

LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS
HUMANOS. APUNTES DE CLASES

CURSO OPTATIVO

**DERECHO INTERNACIONAL DE LOS
DERECHOS HUMANOS**

2023

Claudio Nash Rojas (Ph.D.)

<i>I. INTRODUCCIÓN A LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS derechos HUMANOS.....</i>	<i>8</i>
1. Hitos en la historia de la consagración internacional de los derechos humanos.....	8
1.1. El fracaso de los mecanismos de protección nacional e internacional de los derechos individuales.....	9
1.2. El gran cambio para el derecho internacional: la experiencia de las guerras mundiales.....	10
2. Las teorías sobre la fundamentación del Derecho internacional de los derechos humanos	14
3. Propósitos de la protección internacional	21
4. La especial naturaleza del DIDH y su impacto en las fuentes del derecho internacional	22
<i>II. TEORÍA GENERAL DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.....</i>	<i>26</i>
1. Concepto y características de los derechos humanos	28
2. Categorías de derechos.....	33
2.1. Exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.....	38
2.2. Los derechos colectivos.....	43
3. Normas Comunes.....	48
3.1. El catálogo de derechos y su estructura	48
3.2. Las obligaciones generales.....	58
3.3. Los límites legítimos: restricciones y suspensiones.....	83
3.4. La interpretación	99
4. La responsabilidad internacional del Estado	108
4.1. Elementos de la responsabilidad internacional del Estado por violaciones de derechos humanos	108
4.2. Momento en que se configura la responsabilidad internacional y sus efectos	112
4.4. Excepciones a la responsabilidad	115
5. La obligación de reparar a la víctima	120
5.1. Naturaleza y concepto de la obligación de reparar.	120

5.2. Modalidades de reparación.....	125
5.3. Violaciones graves y sistemáticas y Reparación Integral.....	132
5.4. Criterios de legitimidad de las medidas de reparación.....	133
III. MECANISMOS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE DD.HH.	140
1. Aspectos generales.....	140
2. El sistema de Naciones Unidas (ONU).....	150
2.1. Sistema basado en la Carta de la ONU.....	150
2.2. Sistema basado en los tratados de DD.HH.....	155
2.3. Procedimiento de casos individuales (Comité de Derechos Humanos).....	161
3. El sistema Interamericano (OEA).....	170
3.1. Sistema basado en la Carta de la OEA.....	171
3.2. Sistema basado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).....	174
3.3. Procedimiento de casos individuales OEA.....	175
4. Otros sistemas regionales de derechos humanos.....	203
4.1. Sistema europeo.....	203
4.2. Sistema africano.....	205
IV. ESTUDIO DE CASOS DE DIDH.....	207
1. Pauta de análisis general.....	207
1.1. Afectación y violación de un derecho humano, conceptos distintos.....	207
1.2. Pasos para analizar un caso.....	208
2. Prohibición de la tortura.....	209
2.1. Derecho a la Integridad Personal.....	210
2.2. La prohibición de tortura y otros tratos crueles inhumanos y degradantes.....	214
2.3. Otras formas de afectación de la integridad personal.....	223

2.4. Las Obligaciones del Estado respecto del Derecho a la Integridad Personal	224
3. Libertad de expresión.....	231
3.1. Base normativa.....	231
3.2. Dimensiones.....	233
3.3. Restricciones	235
4. Sujetos de especial de protección.....	242
4.1. Aplicación de la minuta a ciertos sujetos de derechos.....	242
4.2. Derechos de las mujeres.....	243
4.3. Derechos de los niños y niñas.....	252
4.4. Derechos de los pueblos indígenas	255
4.5. Obligaciones del Estado frente a titulares sujetos de especial protección	263
<i>V. SISTEMAS NORMATIVOS HUMANITARIOS y DIDH</i>	<i>270</i>
1. Derecho Internacional Humanitario	270
2. Derecho Internacional Refugiados	278
3. Derecho Penal Internacional.....	283
3.1. Corte Penal Internacional.....	287
3.2. Crímenes internacionales.....	288
3.3. Las cuestiones de acceso a la justicia internacional y complementariedad.....	305
<i>BIBLIOGRAFÍA GENERAL DIDH.....</i>	<i>310</i>

El propósito de este trabajo es entregar a los alumnos y alumnas del Curso Optativo “Derecho Internacional de los Derechos Humanos” del año 2023, un cuadro general sobre el sistema internacional de protección de los derechos humanos. Este documento es una guía para preparar las clases y en ningún caso sustituye la asistencia a las mismas, ni el estudio de las “lecturas obligatorias” asignadas en cada unidad programática.

ABREVIACIONES USUALES

CADH:	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CDH:	Comité de Derechos Humanos
CDI:	Comisión de Derecho Internacional
CIDH:	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CORTE IDH:	Corte Interamericana de Derechos Humanos
DD.HH:	Derechos humanos
DIDH:	Derecho internacional de los derechos humanos
DUDH:	Declaración Universal de Derechos Humanos
PIDCP:	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
OACDH:	Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos
OEA:	Organización de Estados Americanos
ONU:	Organización de las Naciones Unidas

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 al objeto de ir formulando una teoría sobre el derecho internacional de los derechos humanos que permita su estudio en profundidad. Este documento pretende ser un aporte en la clarificación sobre los principales aspectos de lo que hoy se conoce como Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

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 allí 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 este sistema tiene en el campo nacional. En esta línea, el Curso comienza ubicando el DIDH en una historia más amplia de protección de derechos humanos; luego, se entra en la parte central del Curso donde se desarrollan los elementos que configuran una teoría general del DIDH y la protección internacional de derechos humanos; enseguida se entra en el análisis de casos ya no desde una perspectiva procedimental sino que sustantiva; a continuación, se trazan las relaciones entre el DIDH y otros sistemas de carácter humanitario, donde se intenta establecer los vínculos con la materia propia de este Curso.

El estudio estará dividido en las siguientes secciones: la primera (I), introducción a la protección internacional de derechos humanos. La segunda (II), está dedicada a explicar la teoría general del DIDH. La tercera parte (III), trata sobre los mecanismos de protección internacional. La cuarta parte (IV), está destinada al estudio de casos desde un enfoque de derechos humanos. La quinta parte (V), trata sobre la relación del DIDH con otros sistemas normativos de carácter humanitario.

En definitiva, este Curso da cuenta del estado actual del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a la luz de 20 años de dictarse esta materia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

I. INTRODUCCIÓN A LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. HITOS EN LA HISTORIA 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.

Tres hitos históricos permiten comprender cómo se inserta la protección internacional de los derechos humanos en un desarrollo más amplio de límites al poder. Así, en el siglo XIII, la Carta Magna (1215) fue un buen ejemplo de un intento por limitar el poder del monarca de Inglaterra (Juan sin Tierra) a través de un instrumento que establecía una serie de privilegios y concesiones a quienes detentaban algunas condiciones particulares: el clero y los señores feudales. Durante varios siglos esta fue la forma en que se limitó el poder: privilegios y concesiones sobre la base de la pertenencia a un grupo de poder capaz de negociar con quien detentaba un poder mayor.

Un segundo hito fue la Ilustración y las revoluciones asociadas en el siglo XVIII; el gran cambio cultural y de paradigma estuvo en que se reconocieron derechos subjetivos a los individuos de los cuales estos eran titulares por el solo hecho de ser seres humanos. Un cambio total en la forma que se limitaba el poder: ya no eran privilegios y concesiones, sino que derechos que se podían oponer frente al poder; ya no estaban limitados a un grupo o clase, sino que eran inherentes a todos los seres humanos. Obviamente, estos nuevos límites al poder se insertaban en un contexto histórico y cultural, por lo que esta promesa de universalidad de enfrentó con enormes dificultades que terminaron excluyendo de esta titularidad de derechos a amplios

sectores de la sociedad y quedaron radicados en un pequeño grupo (hombres, blancos, propietarios, mayores de edad); empero, las bases para la transformación estaban asentadas¹.

Durante los siglos XIX y XX veremos procesos políticos y sociales destinados a la concreción de esta titularidad universal que incluyeron conflictos, revoluciones, procesos de independencia, guerras civiles, fin de imperios y guerras mundiales. Así, llegamos a nuestro tercer hito: la internacionalización de la protección. Frente a los horrores de las guerras mundiales de la primera parte del siglo XX, la humanidad llegó a un cierto consenso: los derechos humanos no podían quedar entregados a la discrecionalidad del poder soberano, incluido el que emanaba de las mayorías. Así, se desarrollaron nuevas formas de protección nacional de derechos (cartas constitucionales más robustas en materia de derechos y mecanismos de protección) y también comenzó la construcción de un sistema internacional de protección de derechos humanos que limitara la soberanía de los Estados. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 fue el punto de partida de lo que hoy conocemos como derecho internacional de los derechos humanos (DIDH)².

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

El desarrollo de un constitucionalismo fuerte en Europa (Böckenförde, 2001) 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

¹ Para una buena descripción de las limitaciones iniciales a la universalidad del proyecto ilustrado de derechos humanos universales ver Hierro, 2016: 59-114. La conclusión del profesor Hierro es: «ese paradigma de individuo-autónomo sólo se realizaba plenamente, en el imaginario de la época, en el varón adulto propietario, el cual podía ser realmente autónomo si se eliminaban las desigualdades artificialmente introducidas por la legislación del Antiguo Régimen; este paradigma excluía explícita o implícitamente, de todos o de toda parte de los derechos, a los seres humanos que, por una u otra razón, no podían alcanzar una autonomía real: a los esclavos, porque eran propiedad de su amo; a las mujeres, porque estaban sometidas a la autoridad del varón, padre o marido; a los ciegos y trabajadores, porque su sustento dependía del señor o del patrón; y, con mayor naturalidad todavía, a los menores de edad, porque estaban sometidos a la patria potestad. Sin embargo, desde el momento mismo en que inventan los derechos humanos, aparece la reivindicación de iguales derechos para las personas así excluidas» (Hierro, 2016: 85-86). En particular, para la exclusión de los esclavos en el proceso de independencia norteamericano ver Abu-Jamal, 2007: 59-82. Para la exclusión de las mujeres ver una buena síntesis en Fries y Lacramette, 2013: 33-65. Sobre la convergencia entre la exclusión por razones raciales y de género ver: Davis, 2019.

² Para una completa visión del proceso histórico relativo a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 ver Glendon, 2011.

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 fundamentales (Favoreu, 1998; Peces-Barba, 1999; Alexy, 2002). Por otra, el desarrollo de un sistema de protección internacional de los derechos humanos. Este último proceso será el objeto de nuestra atención a continuación.

1.2. 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 Buergethal, 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”³.

Un primer paso en el sistema internacional para mejorar la protección internacional se produce una vez terminada la I 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

³ Un interesante estudio a estos acercamientos de la protección internacional, en Buergethal, 1998: 31-47.

del Trabajo); y profundizar el sistema internacional de protección de las personas refugiadas (Buerghenthal, 1990: 12-14).

Frente a los horrores de que fue testigo la humanidad durante la II 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 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 (DIDH) 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 estas se transformaran en situaciones de violaciones masivas y sistemáticas, esto es, un énfasis fundamentalmente preventivo.

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 podemos 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 impidieron por muchos años lograr los propósitos plasmados en el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas⁴.

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.

⁴Esta 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.

DOCUMENTOS

CARTA MAGNA 1215

I. Primero, hemos garantizado a Dios, y por esto nuestra presente carta hemos confirmado, para nosotros y para nuestros herederos para siempre, que la Iglesia de Inglaterra será libre y tendrá sus derechos y libertades inviolables. También hemos otorgado, y dado a los hombres libres de nuestro reino, para nosotros y nuestros herederos para siempre, estas libertades subscritas, para tener y mantener a ellos y sus herederos, de nosotros y de nuestros herederos para siempre.

IX. La ciudad de Londres tendrá todas las antiguas libertades y costumbres que solía tener. Más aún, aceptaremos y garantizamos que las demás ciudades, distritos, ciudades y barones de los Cinco Puertos, como los demás puertos, tendrán todas sus libertades y costumbres libres.

XXIX. No se tomará ni se encarcelará a ningún hombre libre, ni se usurpará su propiedad vitalicia, o libertades, o aduanas libres, ni se le prohibirá, ni se le exiliará, ni se destruirá de ninguna otra manera; ni será pisoteado, ni le condenaremos, sino por juicio legítimo de sus pares, o por la ley de tierras. No venderemos a nadie, ni negaremos ni postergaremos justicia o derecho a ningún hombre.

DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO DE 1789

Los Representantes del Pueblo Francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del Hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los Gobiernos, han resuelto exponer, en una Declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del Hombre, para que esta declaración, constantemente presente para todos los Miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes; para que los actos del poder legislativo y del poder ejecutivo, al poder cotejarse en todo momento con la finalidad de cualquier institución política, sean más respetados y para que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas desde ahora en principios simples e indiscutibles, redunden siempre en beneficio del mantenimiento de la Constitución y de la felicidad de todos.

En consecuencia, la Asamblea Nacional reconoce y declara, en presencia del Ser Supremo y bajo sus auspicios, los siguientes derechos del Hombre y del Ciudadano:

–

Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común.

2. LAS TEORÍAS SOBRE LA FUNDAMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

No hay duda de que la cuestión de la legitimidad de Derecho Internacional de los Derechos Humanos 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 (el sistema internacional aún tiene que enfrentar masacres, práctica sistemática de tortura, casos graves de discriminación, entre otras urgencias humanitarias). Es importante preguntarse por la legitimidad del DIDH porque este está impactando cada día con más fuerza a los sistemas normativos nacionales y 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. Esto 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, nos centraremos en la discusión sobre la legitimidad del DIDH, ¿dónde están las bases para establecer su obligatoriedad?

En esta discusión la visión más influyente en las últimas décadas son las ideas de RAWLS y se analizará cómo estas ideas nos pueden iluminar para explicar la justificación del DIDH.

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 cuál es el rol que 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 (Rawls, 1999: 93). En una línea similar podemos ubicar a BOBBIO, para quien lo central en materia de derechos humanos será su protección y no su justificación⁵.

⁵ “... 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).

Ahora bien, si partimos el análisis sobre la justificación desde el rol que estos desempeñan en el derecho internacional actual, se debe 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 ¿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 internacionales 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 efecto, 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. En consecuencia, en el ámbito internacional las explicaciones tradicionales de los derechos humanos (iusnaturalistas, racionalistas, historicistas, entre otras), 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). Nos corresponde ahora entrar de lleno en las justificaciones acerca de la obligatoriedad del DIDH para los Estados.

Una justificación podría ser exclusivamente positivista: los derechos humanos obligan porque así lo establecen los catálogos suscritos por los Estados o la costumbre internacional. Con ello, tenemos las certezas propias del positivismo más estricto en cuanto a las obligaciones del Estado, los mecanismos de protección de derechos y las consecuencias de su infracción. Recurrir a las formas más exigentes en materia de fuentes del Derecho Internacional da certeza jurídica, pero impide la ampliación de los alcances de las obligaciones a ámbitos no directamente desarrollado por estas fuentes estrictas.

Esto ha permitido una segundo vía para justificar la legitimidad de obligaciones que emanan no sólo en los tratados o costumbres, sino que en las prácticas de los Estados (una tesis voluntarista más amplia). Dentro de estas prácticas más amplias, cumplen un rol central el

principio de reciprocidad y las teorías de los actos propios. El principio de reciprocidad es clave ya que cualquier manifestación de voluntad de un Estado en materia de derechos humanos respecto de otro, lo obliga a cumplir con aquellos que exige de un tercero. Por otra parte, en materia de actos propios, las expresiones de voluntad en distintos ámbitos (resoluciones internacionales, actuaciones individuales o colectivas, entre otras) pueden ser fuentes de obligaciones internacionales (Kolb, 2016).

Sin embargo, ambas tesis fundadas en la voluntad del Estado (estricta o amplia) no permite la exigencia de un comportamiento estatal que pueda ser impuesto por la comunidad internacional sin una manifestación de voluntad del Estado. Esto es lo que ha abierto la puerta a retomar las ideas eclécticas tan propias del desarrollo histórico del Derecho Internacional.

Las teorías eclécticas, tal como ocurre en Derecho Internacional, justifican la obligatoriedad del DIDH sobre la base de la conjunción de dos elementos: principios internacionales y actos de voluntad soberana. En este caso, los principios dicen relación con aquellas cuestiones que le pueden ser impuestas a los Estados por el hecho de pertenecer a la comunidad internacional. Así, desde hace tiempo se vienen desarrollando principios internacionales vinculados con los derechos humanos como son la prohibición de la esclavitud, de la tortura, del genocidio, entre otros. Esto ha generado ciertas ideas ampliamente desarrolladas a nivel internacional, como una cierta “conciencia jurídica universal” (Cancado, 2015) que es fundamento para la actuación internacional en casos de graves actuaciones nacionales contra estos principios (ver los casos vinculados con la protección internacional o intervención humanitaria o el deber de protección extraterritorial).

Para situar este debate en tiempos actuales 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 derechos⁶. Si aplicamos la visión de RAWLS, deberemos determinar sobre qué base se ha construido el

⁶ Este es precisamente el objetivo de Rawls en su obra *Liberalismo Político*, Rawls, 1993.

derecho internacional, pues este ha servido a su vez de fundamento para el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos.

Así pues, en el campo del derecho internacional es evidente que toda la construcción del sistema normativo se ha erigido sobre el principio del autogobierno (Macedo, 2004: 1721-1738). Efectivamente, el fundamento sobre el que se construyen las instituciones y relaciones internacionales es el respeto por el autogobierno⁷ y, de esta forma, 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 principio⁸. 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 humanos⁹.

En efecto, en la medida que los Estados representen a sus ciudadanos en 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, ya que sin estos derechos mínimos no hay una comunidad política legítima.

⁷ 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.

⁸ 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.

⁹ 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 Naciones Unidas el 24 de septiembre de 1970 –Resolución 2625 (XXV), en este sentido ver Mariño, 2005: 77-79.

Sin derechos humanos no es posible hablar de un sistema democrático legítimo. En consecuencia, 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 bien, 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 que ante un mismo sistema de legitimidad basado en la formación de las decisiones colectivas en el ámbito interno. Por cierto, 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.

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” (Ferrajoli, 2007: 78).

Podemos 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 hemos 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).

DOCUMENTOS

La Asamblea General (ONU, 1948)

Proclama la presente Declaración Universal de los Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.

Artículo 1

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Conferencia Mundial Derechos Humanos (Viena, 1993)

Resuelta a seguir el camino trazado por la comunidad internacional para lograr grandes progresos en materia de derechos humanos mediante renovados y sostenidos esfuerzos en pro de la cooperación y la solidaridad internacionales,

Aprueba solemnemente la Declaración y el Programa de Acción de Viena.

1. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reafirma el solemne compromiso de todos los Estados de cumplir sus obligaciones de promover el respeto universal, así como la observancia y protección de todos los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, otros instrumentos relativos a los derechos humanos y el derecho internacional. El carácter universal de esos derechos y libertades no admite dudas.

En este contexto, el fortalecimiento de la cooperación internacional en la esfera de los derechos humanos es esencial para la plena realización de los propósitos de las Naciones Unidas.

Los derechos humanos y las libertades fundamentales son patrimonio innato de todos los seres humanos; su promoción y protección es responsabilidad primordial de los gobiernos.

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 que 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 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 DIDH Y SU IMPACTO EN LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL

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 estas 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 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 [...] ¹⁰.

En un fallo reciente la Corte ha señalado que esta especialidad de la Convención Americana sobre Derechos Humanos estaría dada porque ésta, al igual que los demás tratados sobre la materia

¹⁰ Corte IDH. El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, párr. 29.

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 Partes¹¹.

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 disposiciones¹².

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 terminarlo¹³, 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 restringidas¹⁴. Así, las actuaciones de los Estados quedan sujetas a un control internacional, cual es, el de los órganos creados por

¹¹ Corte IDH. Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 104.

¹² Corte Internacional de Justicia (CIJ), Réserve á la Convention sur le Génocide (1951), p. 23. Citado en T. Buergenthal, et al., 1991: 172.

¹³ Art. 60.5 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

¹⁴ Corte IDH. El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, párr. 26.

los propios instrumentos internacionales, sin perjuicio de eventualmente sujetarse al control de la Corte Internacional de Justicia.

Un punto evidente de conexión entre el Derecho Internacional Público y el DIDH son las normas *ius cogens* o normas imperativas¹⁵. Si bien aún es materia de discusión en Derecho Interamericano qué son, cómo se identifican y cuáles son los efectos de esta categoría de normas, cada vez hay un mayor consenso en que integran esta categoría de normas varias que corresponden a normas vinculadas con DIDH. Así, en el debate que se lleva a cabo en la Comisión de Derecho Internacional se han identificado algunas de estas normas¹⁶:

- la prohibición del genocidio;
- la prohibición de los crímenes de lesa humanidad;
- las normas básicas del derecho internacional humanitario;
- la prohibición de la discriminación racial y el apartheid;
- la prohibición de la esclavitud;
- la prohibición de la tortura;
- el derecho a la libre determinación.

¹⁵ Artículo 53 Convención Viena Derecho de los Tratados: "53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ("jus cogens"). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".

¹⁶ Comisión de Derecho Internacional. Draft conclusions on identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (jus cogens), 2022

COMPARACIÓN DE PREMISAS

Derecho Internacional Público	Derecho Internacional de los Derechos humanos
Igualdad jurídica de los Estados	Desigualdad de las partes contratantes y los destinatarios
Se estructura sobre la base de la Soberanía = independencia	Límite a la soberanía de Estado
Sistema poder horizontal	Sistema de poder vertical
Objetivo: la regulación de intereses	Objetivo: Establecer un código de conducta para los Estados parte

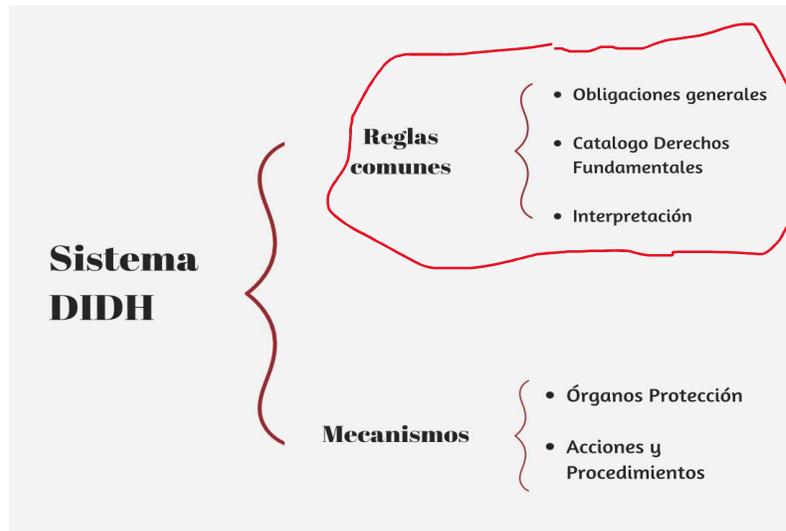
II. TEORÍA GENERAL DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

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 relativas 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 o mandatos, 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 considerarlos como la base del sistema internacional de protección de los derechos humanos o Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En esta primera parte, analizaremos las normas comunes o el código de conducta al que se comprometen los Estados para dar cumplimiento de buena fe a sus obligaciones internacionales.



1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS HUMANOS

En el siglo XXI, los derechos humanos representan un acuerdo ético, político y jurídico y constituyen una de las grandes conquistas históricas de la humanidad. Se fundamentan en la dignidad del ser humano y tienen por objetivo establecer límites al poder del Estado para que esa dignidad sea respetada y garantizada universalmente en todo tiempo y lugar. A través de esta especial categoría de derechos se asegura que las personas puedan desarrollar sus planes de vida en condiciones de libertad e igualdad.

Son un acuerdo ético porque representan un consenso universal sobre determinados valores que hay que garantizar (libertad, igualdad, solidaridad); político, porque implican también un consenso social que se canaliza a través de instituciones políticas; y también jurídico, porque estos acuerdos se consagran en instrumentos vinculantes para los Estados que generan obligaciones exigibles de cumplimiento para que su protección sea eficaz.

La Organización de Naciones Unidas los define como:

derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de raza, sexo, nacionalidad, origen étnico, lengua, religión o cualquier otra condición. Entre los derechos humanos se incluyen el derecho a la vida y a la libertad; a no estar sometido ni a esclavitud ni a torturas; a la libertad de opinión y de expresión; a la educación y al trabajo, entre otros muchos¹⁷.

Una conceptualización que me parece recoge adecuadamente los elementos centrales sobre lo que son los derechos humanos hoy en el mundo la da el profesor Pérez Luño, quien los define como:

conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por el orden jurídico a nivel nacional e internacional (Pérez Nuño, 1979: 43).

Desde una mirada más técnica, siguiendo al profesor HIERRO podemos definir los derechos humanos como:

los derechos humanos son aquellas libertades, inmunidades, pretensiones y potestades que corresponden a todo ser humano como condición necesaria para realizarse como sujeto

¹⁷ Ver en: <https://www.un.org/es/sections/issues-depth/human-rights/index.html>.

moral y cuya satisfacción es condición necesaria y suficiente para justificar la existencia, el origen y el contenido de un sistema jurídico (Hierro, 2016: 131).

A partir de estas conceptualizaciones podemos extraer algunas conclusiones. Los beneficiarios son los individuos sujetos al poder del Estado donde a cada persona se le reconocen derechos por el solo hecho de ser un ser humano (le son inherentes) y no es requisito pertenecer a ningún grupo ni detentar una calidad especial para ser titular de esta categoría de derechos. Este carácter universal de los derechos humanos es la gran conquista de la humanidad (Nikken, 1994; Glendon, 2011; Donnelly, 2003).

Aunque en sus orígenes los derechos humanos no siempre fueron entendidos de la manera en que los conceptualizamos actualmente (por ejemplo, en un comienzo las mujeres no eran consideradas titulares de derechos humanos, tampoco los esclavos, los niños y niñas, entre otros), la exigencia de universalidad se ha ido interpretando conforme a los desarrollos políticos y filosóficos de cada época y sigue siendo una de las grandes promesas incumplidas de la humanidad (Peces-Barba, 1999; Hierro, 2016).

Los derechos humanos se caracterizan por ser: i) universales, ii) mínimos y progresivos, iii) indivisibles, iv) interdependientes e v) inalienables (Serrano y Vásquez, 2013)

- Que sean universales significa que, como ya señalamos, protegen a todos los seres humanos sin distinción, en todo tiempo y lugar y, por tanto, no pueden invocarse diferencias sociales, culturales o políticas como excusa para no protegerlos. Esta es la piedra angular de los derechos humanos.
- Que sean mínimos implica que son un «piso» que el Estado está obligado a respetar y garantizar. Son condiciones básicas para que las personas puedan desarrollar su vida con dignidad. Ello implica que a partir de ese piso básico los Estados pueden ir avanzando y proteger de manera cada vez más amplia los derechos humanos y, por ello, también son progresivos (se va ampliando su alcance, contenido y profundidad).
- Que sean indivisibles expresa que no existe jerarquía entre los derechos, es decir, no existen derechos más importantes que otros. El respeto y garantía de todos los derechos es necesario para cumplir las exigencias de una vida digna.
- Que sean interdependientes reconoce que el goce y ejercicio de todos los derechos se refuerzan mutuamente; así, el avance de uno facilita el avance de los demás derechos.
- Finalmente, que sean inalienables significa que la autoridad los reconoce (no los entrega) y, por tanto, no puede quitarlos. Los derechos humanos no pueden suprimirse y solo pueden ser limitados en determinadas situaciones y según las debidas garantías.

Así, hacer depender los derechos humanos del cumplimiento de ciertos “deberes” es inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos.

Como los derechos humanos son límites al poder del Estado, el destinatario de las obligaciones es el Estado y, en consecuencia, quien puede incurrir en una violación de derechos humanos es precisamente el Estado a través de sus órganos y sus agentes. Así, es el Estado, a través de todo su aparato de poder público (leyes, políticas públicas y la práctica de sus agentes), quien está obligado a respetar y garantizar los derechos humanos. Por ello, cuando hablamos de una violación de derechos humanos estamos hablando de una acción u omisión de agentes del Estado que incumplen sus obligaciones.

Un ejemplo nos puede ayudar a entender quiénes son beneficiarios de derechos humanos y quien debe garantizarlos. Cuando una persona es agredida físicamente, por ejemplo, por un funcionario policial en el contexto de una manifestación pública, se está violando su derecho humano a la integridad física. Existe una violación a sus derechos humanos porque el funcionario policial es un agente del Estado que está obligado a respetar y garantizar la integridad física del manifestante. Si, por el contrario, el funcionario policial es quien es agredido físicamente por un manifestante, no existe una violación a los derechos humanos del funcionario policial, porque el manifestante no es un agente del Estado. Esto no significa que los funcionarios policiales no tengan derechos humanos. Como hemos dicho, todos, todas y todes somos titulares de derechos humanos. Simplemente significa que en ese caso es un individuo quien genera la agresión (y no el Estado) y es el individuo quien deberá responder por ella a través de los mecanismos legales (por ejemplo, a través de una condena penal por agresión).

Sin duda que la universalidad de los derechos humanos es la gran conquista de la humanidad desde el proceso de la Ilustración; así, los derechos humanos como derechos subjetivos del que cada individuo es titular por el solo hecho de ser un ser humano y que no depende ni de una concesión de la autoridad ni del cumplimiento de determinados requisitos personales o de comportamiento personal o social. Esta concepción profunda de los derechos humanos ha sido objeto de un difícil proceso de implementación, donde amplios sectores sociales han sido históricamente excluidos atendidas circunstancias históricas y culturales. Una de las objeciones actuales a la universalidad de los derechos humanos es la del relativismo cultural. Esta postura filosófica y política sostiene que los derechos humanos son una imposición de occidente que debe ceder frente a las prácticas culturales arraigadas en una sociedad. Sin duda el debate sobre la mutilación genital femenina en la década de 1990 fue el punto de quiebre de estas críticas a partir de las cuales se ha ido asumiendo la idea de que las prácticas culturales arraigadas no pueden implicar la violación de ciertos mínimos infranqueables que corresponden a derechos

que no admiten ninguna forma de limitación legítima (prohibición de la tortura, prohibición de la esclavitud, prisión por razones de conciencia, entre otras)¹⁸.

¹⁸ Desde una visión política liberal, ver Donnelly, 2003. La versión más aceptada por la comunidad de derechos humanos es la que se contiene en la Conferencia Mundial de Viena sobre Derechos Humanos de 1993.

CASOS DE ESTUDIO

CASO FAUZIYA KASINGA (TOGO)

Fauziya Kasinga estuvo encarcelada en los Estados Unidos casi 16 meses, del 17 de diciembre de 1994, el día que llegó en busca de asilo político, hasta el 24 de abril de 1996.

Tenía 17 años de edad cuando huyó de su patria, Togo, inmediatamente después de que se le forzara a casarse con un hombre de 45 años de edad, quien ya tenía tres esposas. Aunque Fauziya se había negado a firmar el certificado matrimonial, se le declaró casada y se le encerró en un cuarto a que esperara la llegada de la persona encargada de hacer las circuncisiones, quien la iba a someter a la mutilación genital femenina.

El padre de Fauziya había protegido a ella y a sus hermanas de tal práctica, pero al morir, la madre de Fauziya, quien era oriunda de Benin, prácticamente había sido desterrada de la tribu, y la patria potestad sobre Fauziya, quien era la hija menor y la única hija soltera, había sido transferida a la familia del padre.

Fauziya pudo escapar antes que llegara la persona encargada de la circuncisión, y se fue a los Estados Unidos, donde tiene un primo que vive en Washington, D.C. El 25 de agosto de 1995, en Filadelfia, Pennsylvania, el Juez Donald V. Ferlise negó a Fauziya Kasinga su solicitud de asilo político. El Juez Ferlise declaró en su decisión que aun si creyera a Fauziya Kasinga, lo cual no era el caso, el expediente "no demuestra que haya habido alguna persecución en el pasado, futuro o presente".

La decisión de la BIA (Junta de Apelaciones de Inmigración) invalidó la decisión del Juez Ferlise y estableció un precedente, el cual debe ser obedecido por todos los jueces de inmigración, o sea, que la Mutilación Genital Femenina constituye un tipo de persecución.

PREGUNTAS

¿Quién es el titular de derechos?

¿Quién es el destinatario de las obligaciones?

¿Cuál es el derecho afectado?

¿Puede ser considerada la mutilación genital femenina una práctica cultural legítima o es una forma de persecución basada en condiciones culturales?

2. CATEGORÍAS DE DERECHOS

A continuación, se desarrollará la distinción entre las categorías de derechos humanos consagradas internacionalmente. Tradicionalmente la dogmática de los derechos humanos se ha referido a “*generaciones de derechos*”¹⁹, aludiendo con esto a la diferenciación entre los derechos civiles y políticos (o derechos de primera generación), derechos económicos, sociales y culturales (o derechos de segunda generación) y los derechos colectivos (o derechos de tercera generación). Los primeros, tienen por objeto la tutela de la libertad, la seguridad y la integridad física y moral de la persona. Los segundos en cambio, se basan principalmente en el valor de igualdad, refiriéndose a la existencia de condiciones de vida y acceso bienes materiales y culturales, mientras que los terceros son derechos cuyo titular es un ente colectivo, como la humanidad entera o los pueblos (derecho a la paz, derecho a la autodeterminación de los pueblos).

En este Curso diferimos radicalmente de la teoría de las “generaciones” de derechos que si bien está muy extendida en los estudios tradicionales de derechos humanos, puede ser objeto de críticas, toda vez que desde un punto de vista conceptual no existe una línea exacta de diferenciación entre los derechos analizados. Además, dicho concepto denota la existencia de una jerarquía de derechos, que carece de fundamento alguno, dado que no existen argumentos para considerar superior un derecho frente a otro. Asimismo, su aplicación ha dado pie a la relativización de las obligaciones de los Estados. Finalmente, esta teoría no explica adecuadamente el desarrollo histórico de los derechos humanos.

Toda clasificación requiere adoptar ciertos criterios de distinción que sean relevantes a la luz de la conceptualización de la institución jurídica cuyo contenidos queremos agrupar en clases diferenciadas que comprenden un todo unitario. En materia de derechos humanos estos elementos relevantes pueden ser el titular de derechos, el destinatario de la obligación, la naturaleza de las obligaciones, el contenido de los derechos, su ejercicio y su justiciabilidad. En materia de derechos humanos, se ha entendido que esta tiene una titularidad individual, el destinatario es el Estado y el ejercicio es individual. Su contenido varía de acuerdo al mandato normativo y lo podemos distinguir entre derechos y libertades, pero esto no ha sido un criterio relevante de distinción. De esta forma, será la naturaleza de la obligación y como consecuencia

¹⁹ El concepto, es creación del jurista checo Karel Vasak, en el Instituto Internacional de Derechos Humanos de Francia, en 1977.

de esta, su justiciabilidad donde se ha centrado la distinción relevante para distinguir las categorías de derechos humanos.

La mirada tradicional ha sido muy importante en la práctica de la protección de los derechos humanos y por eso debemos estudiarla con profundidaa. Esta teoría que se basa en una clasificación sustantiva entre dos categorías: derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Esta categorización se ha basado en la idea de que la obligación que tiene el Estado respecto de estos grupos de derechos es distinta basada en sus deberes de omisión y prestacionales (Nikken, 1994). Es así como en los derechos civiles y políticos la obligación estatal se basaría en la abstención (se trata de derechos inmediatamente exigibles, cuyo respeto representa para el Estado una obligación de resultado, susceptible de control jurisdiccional, siendo una *obligación de no hacer*), mientras que la obligación del Estado en los derechos económicos, sociales y culturales, sería prestacional (*obligación de hacer*), donde su exigibilidad está condicionada a la existencia de recursos apropiados para su satisfacción y, por tanto, representa una obligación de medios y que no puede ser judicializada. Sobre esta base se diseñaron los instrumentos internacionales en la década de los 60 que hasta hoy siguen vigentes.

Así las cosas, podemos resumir la diferenciación tradicional de acuerdo al siguiente esquema de análisis²⁰:

²⁰ Los derechos colectivos, se tratarán separadamente, por sus particularidades que dificultan su inserción en la tabla.

	Derechos civiles y políticos	Derechos económicos, sociales y culturales
Titular del derecho	Individuo	Individuo
Obligado por el derecho	Estado	Estado
Contenido y alcance del derecho	Abstención	Prestación
Exigibilidad (judicial)	Obligación de resultado (inmediatamente exigible)	Obligación de medio (solo demandable políticamente)

Sin embargo, esta diferenciación ha sido sometida a diversas críticas principalmente porque en ambas categorías de derechos encontramos obligaciones de abstención y prestación (Abramovich y Courtis, 2004). Por ejemplo, en los derechos civiles y políticos se puede pensar lo que implica tener un sistema judicial que garantice el debido proceso o un sistema electoral que permita elecciones libres e informadas. De esta forma, los derechos civiles y políticos efectivamente contemplan un complejo de obligaciones de hacer y no hacer. En este mismo sentido, los derechos económicos, sociales y culturales, también implican deberes de abstención, como por ejemplo, el no dañar la salud o el no impedir el acceso a la educación.

En consecuencia, se sostiene que las diferencias entre derechos civiles y políticos son diferencias de grado, más que diferencias sustanciales, es decir, en una categoría de derechos la cara visible será la abstención o prestación, lo cual no implica que no existan otro tipo de deberes.

Así, el esquema de distinción cambia:

	Derechos civiles y políticos	Derechos económicos, sociales y culturales
Titular del derecho	Individuo	Individuo
Obligado por el derecho	Estado	Estado
Contenido y alcance del derecho	Abstención y prestación (con distinta graduación)	Prestación y abstenciones (con distinta graduación)
Exigibilidad (judicial)	Elementos que pueden ser demandados judicialmente y otros políticamente. Siempre se puede demandar el incumplimiento de la obligación de no discriminación.	Elementos que pueden ser demandados judicialmente y otros políticamente. Siempre se puede demandar el incumplimiento de la obligación de no discriminación

En síntesis, en relación con las categorías de derechos humanos, esto es, la forma de agruparlos bajo criterios diferenciadores, la tradicional división entre derechos civiles y políticos y económicos sociales y culturales (Nikken, 1994) ha sido superada por la doctrina (Abramovich y Curtis, 2004), pero sigue manteniendo su expresión en los instrumentos de derechos humanos y eso también se refleja en muchas Constituciones. Por cierto, en los primeros instrumentos sobre derechos humanos todos los derechos eran consagrados en forma conjunta, sin distinciones entre diferentes categorías (Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 1948; Declaración Universal sobre Derechos Humanos, 1948); sin embargo, las contingencias de la Guerra Fría impactaron fuertemente en el debate sobre derechos humanos y los tratados sobre la materia son fiel reflejo de esta división. De esta forma, en el ámbito de Naciones Unidas, al momento de convenir en el tema de derechos humanos, los Estados no pactaron un solo instrumento, tal como se había hecho en 1948, sino que el debate dio origen a dos instrumentos con énfasis diferentes: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). Asimismo, en el sistema interamericano los instrumentos convencionales son dos: la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988). En esta mirada histórica es interesante tener en consideración que el

primer instrumento de la era posterior a la Guerra Fría, la Convención de los Derechos del Niño (1989), se estructura como uno único que contiene derechos de diversas categorías.

Para entender los alcances de la visión tradicional que se expresa en los instrumentos internacionales es útil revisar los artículos 2 de los Pactos Internacionales que regulan las obligaciones internacionales del Estado. El artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos (PIDCP) establece que las obligaciones del Estado son “respetar” y “garantizar” “sin discriminación” y dispone:

2.1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC) en su artículo 2 es más cauto con la obligación de respeto, estableciendo una serie de matices respecto del deber del Estado en relación con los derechos contenidos en dicho instrumento. Así, el Pacto habla de “adoptar medidas”, “máximo de los recursos disponibles”, “progresivamente”, “la plena efectividad”. Es claro que la legislación internacional de la época tenía una visión restrictiva en cuanto a la exigibilidad de estos derechos. El artículo 2.1 del PDESC dispone:

2.1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Hoy, los principales organismos de derechos humanos han avanzado en una visión integradora de la protección de los derechos humanos a partir del principio de interdependencia. La idea de la interdependencia se dirige a establecer el criterio de que todos los derechos son necesarios para garantizar la dignidad de las personas, independientemente de que estén regulados en instrumentos diferentes. En este sentido, el respeto de un derecho tendrá impacto

en otros y viceversa (Ferrer Mac-Gregor, 2017; Serrano y Vázquez, 2013).²¹ En relación con el principio de interdependencia la Corte Interamericana ha señalado:

Esta Corte ha reiterado la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello²².

2.1. Exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales

Otra problemática sobreviniente es la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. La exigibilidad, tiene que ver con la posibilidad de solicitar judicialmente al Estado la prestación que implica el derecho consagrado. Es así como hay quienes sostienen que la exigibilidad dependerá de los recursos que dispone el Estado, pero también se han explorado otras alternativas.

Una de ellas es la prohibición de discriminación²³, es decir, la prestación proporcionada por el Estado no puede ser entregada de manera discriminatoria. Una segunda posibilidad está dada por la estrategia de reconducir la problemática a través de los derechos civiles y políticos, es decir, utilizar uno de estos derechos para fundamentar la pretensión (casos donde el derecho a la salud o a la vivienda, se conducen a través del derecho a la vida, por ejemplo). Finalmente, debe cumplirse la obligación de progresividad y prohibición de regresividad, de acuerdo con la cual, el Estado debe tomar las medidas necesarias para dar cumplimiento progresivo a los derechos humanos y evitar la regresividad, y si se adopta una medida regresiva, ésta debe

²¹ En la jurisprudencia de la Corte IDH hay una interesante evolución que se puede consultar en el Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana. Derechos Económicos, Sociales y Culturales N°22. / Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Internacional (GIZ). -- San José, C.R. : Corte IDH, 2021

²² Corte IDH. Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340, párr. 141.

²³ Un ejemplo de esta estrategia, lo podemos encontrar en el “Caso Agüero Hernández Ligia contra directora del Centro Educativo Nuestra Señora de Desamparados”, sentencia de 20 de junio de 2003. Citado en: Espejo, 2009.

justificarse adecuadamente²⁴. En sentencias recientes la Corte ha aclarado los alcances del principio de progresividad y las obligaciones que surgen para los Estados²⁵.

En el sistema interamericano de derechos humanos (SIDH) ha habido un interesante desarrollo en esta materia que merece ser considerado con atención. La protección de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en el Sistema Interamericano está relacionada con el marco jurídico con que éste cuenta para ello. Lo anterior debido a que dicha normativa establece cuáles son los derechos humanos que la Comisión y Corte Interamericanas pueden alegar violentados, representando de esta forma un referente para entender el mandato de ambos órganos.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre²⁶ es el primer instrumento regional de carácter general. En ella se reconoce que "los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana", es decir, los derechos se fundan en la persona, de tal suerte que los Estados americanos no crean o conceden derechos sino que los reconocen. La Corte Interamericana, a través de la labor consultiva²⁷, ha determinado que la Declaración Americana contiene y define los derechos esenciales a los que la Carta de la Organización de los Estados Americanos²⁸ se refiere.

²⁴ Los criterios de progresividad y prohibición de regresividad, han sido enunciados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Corte IDH. Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, párrs. 102-103.

²⁵ Corte IDH. Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, párr. 142.

²⁶ Adoptada el 2 de mayo de 1948, meses antes de que se publicara la Declaración Universal de Derechos Humanos.

²⁷ Corte IDH. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, párr. 43.

²⁸ Suscrita el 30 de abril de 1948, la Carta de la Organización de Estados Americanos se suscribió con el objeto de crear la organización regional, por lo que no es propiamente un tratado de derechos humanos. Sin embargo, incluye un capítulo llamado "Desarrollo Integral" en el que se establece el compromiso de los Estados de alcanzar un desarrollo integral, como condición para la paz y seguridad, lo que abarca los campos económico, social, educacional,

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) es el instrumento principal del Sistema Interamericano²⁹. En ella se establece cuáles son los deberes de los Estados, un catálogo amplio de derechos, y define cuáles serán los medios de protección declarando a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y a la Corte IDH como los órganos competentes "para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes de la Convención"³⁰.

De esta forma, la CIDH y Corte IDH están facultadas para pronunciarse sobre cualquier situación violatoria de los derechos reconocidos en la CADH, siendo ésta su marco jurídico de actuación³¹. Es importante precisar que la Corte IDH estableció, en la Opinión Consultiva No.19, que el marco jurídico de actuación de la CIDH se compone por la CADH, la Declaración, la Carta de la OEA y el reglamento de la Comisión³². En el caso de la Corte IDH, su marco jurídico en principio lo constituye la CADH y los tratados internacionales que le den competencia para ello. Consecuencialmente, la CIDH tiene un marco jurídico más amplio para llevar a cabo su labor de observancia y protección de los derechos.

De la lectura de la CADH se desprende un importante catálogo de derechos civiles y políticos³³, y un único artículo que integra el Capítulo III sobre DESC, que refiere lo siguiente:

Artículo 26. Desarrollo Progresivo

cultural, científico y tecnológico. Este capítulo es que enuncia, en su mayor parte, metas que los Estados deben cumplir y los medios para ello, reconociendo algunos derechos, como el derecho al trabajo (artículo 45, inciso b) o el derecho a la educación (artículo 49).

²⁹ Adoptada el 22 de noviembre de 1969 y entrando en vigor el 18 de julio de 1978.

³⁰ Artículo 33 de la CADH.

³¹ La CIDH tiene competencia para recibir peticiones sobre denuncias o quejas de violación de la CADH (art. 44 CADH). La Corte IDH tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación o aplicación de las disposiciones de la CADH (artículo 62, numeral 3 de la CADH) y artículo 1 del Estatuto de la Corte IDH.

³² Corte IDH. Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-19/05 de 28 de noviembre de 2005. Serie A N, párr. 26.

³³ Del artículo 3 al 25, la CADH reconoce los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la prohibición de la esclavitud y la servidumbre, a la libertad personal, a las garantías judiciales, el principio de legalidad y de retroactividad, el derecho a indemnización, a la protección de la honra y de la dignidad, de libertad de conciencia y religión, de pensamiento y de expresión, de rectificación o respuesta, de reunión, de libertad de asociación, a la protección de la familia, al nombre, los derechos del niño, a la nacionalidad, a la propiedad privada, de circulación y residencia, los derechos políticos, la igualdad ante la ley y a la protección judicial.

Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

De la lectura del artículo 26 interesa destacar tres cuestiones: la primera, que no reconoce explícitamente derechos; segundo, que remite a otro instrumento para derivar del mismo las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura frente a las cuales los Estados deben tomar medidas para la efectividad de los derechos; y tercero, que se refiere al modo en que deben garantizarse estos derechos, de manera progresiva y en función de los recursos disponibles.

Que la CADH tenga un reconocimiento limitado de los derechos económicos, sociales y culturales llevó a la suscripción del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988), en el cual los Estados partes "se comprometen a adoptar las medidas necesarias (...) hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo".

En este escenario, la vía que -principalmente- ha utilizado la Corte IDH para la protección de estos derechos ha sido la vía indirecta, esto es, vía conexión con la violación de derechos civiles y políticos (vida, integridad personal, entre otros)³⁴.

Sin embargo, los últimos años la Corte IDH ha dado pasos en relación con la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales ³⁵; así, podemos destacar el

³⁴ Ver: Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana No.22. Derechos económicos, sociales y culturales / Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Internacional (GIZ). -- San José, C.R. : Corte IDH, 2021.

³⁵ Para profundizar en los argumentos que al respecto se han vertido, se sugiere revisar los Votos Concurrentes del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en los casos Suárez Peralta vs. Ecuador y González Lluay y otros vs. Ecuador.

reconocimiento de que la Corte IDH ejerce jurisdicción plena sobre todos los artículos y disposiciones de la Convención Americana, incluido el artículo 26; el reconocimiento de la interdependencia de los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos civiles y políticos; la declaración, por primera vez en la historia de la Corte Interamericana, de la violación de una norma prevista en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, declarando la violación del derecho a la educación; o los debates para reconocer la violación directa del derecho a la vivienda, trabajo, seguridad social, salud y otros a partir de la posibilidad de derivar dicho derecho de las normas contenidas en la Carta de la OEA declarando la violación del artículo 26³⁶.

En cuanto a las obligaciones del Estado que surgen del artículo 26, la Corte ha señalado:

[...]

En consecuencia, al existir una obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos contemplados por el artículo 26, en los términos del artículo 1.1 de la Convención, la Corte tiene competencia para calificar si existió una violación a un derecho derivado del artículo 26 en los términos previstos por los artículos 62 y 63 de la Convención. Este último artículo prevé que cuando exista una violación de un derecho o libertad protegido por la Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcado, y dispondrá que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de un derecho. Asimismo, la Corte ha señalado en reiteradas ocasiones que, en virtud del artículo 1.1, 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 establecidos en la Convención. Así, la Corte considera que ahí donde sea posible identificar una acción u omisión atribuible al Estado, que vulnere un derecho protegido por el artículo 26, la Corte podrá determinar la responsabilidad del Estado por dicho acto y establecer una reparación adecuada³⁷.

³⁶ Esta línea jurisprudencial se desarrolla a partir del caso Corte IDH. Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340.

³⁷ Corte IDH. Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, párr. 84.

A modo de conclusión, podemos afirmar que la práctica de los órganos de protección se han planteado el tema de la exigibilidad de los DESC a partir de un modelo aún anclado en la tradicional división entre categorías de derechos dependientes de su exigibilidad normativa.

2.2. Los derechos colectivos

Cuando nos referimos a derechos colectivos, hablamos principalmente de derechos que tienen por *titular* a una colectividad, es decir a un conjunto de personas. La discusión dogmática se ha basado principalmente en si estos pueden ser considerados derechos humanos. Los derechos que integran el sistema internacional han sido consagrados bajo una línea de pensamiento individual, lo que implica el hecho de que los derechos colectivos han sido excluidos del catálogo de derechos humanos³⁸.

La visibilidad de esta discusión en la dogmática se ha generado a partir de la temática indígena, donde las exigencias de estos grupos se basan principalmente en un ejercicio y titularidad colectiva de derechos en virtud de su calidad de “pueblos”. En esta materia, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha ido evolucionando desde un reconocimiento del derecho de los “miembros de las comunidades indígenas” para reclamar derechos colectivos, a un reconocimiento directamente de derechos colectivos como derechos humanos convencionalmente protegidos:

En anteriores oportunidades, en casos relativos a comunidades o pueblos indígenas y tribales el Tribunal ha declarado violaciones en perjuicio de los integrantes o miembros de las comunidades y pueblos indígenas o tribales. Sin embargo, la normativa internacional relativa a pueblos y comunidades indígenas o tribales reconoce derechos a los pueblos como sujetos colectivos del Derecho Internacional y no únicamente a sus miembros. Puesto que los pueblos y comunidades indígenas o tribales, cohesionados por sus particulares formas

³⁸ Un desarrollo de esta discusión, se puede encontrar en: Stavenhagen, 1992: 123-143. Asimismo, encontramos diversas sentencias de la CIDH en que se otorgan reparaciones a las comunidades indígenas, en virtud de su titularidad de derechos colectivos o en relación a elementos culturales, Ver: Corte IDH, Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, sentencia de 31 de agosto de 2001, Caso Bámaca Velásquez - reparaciones (Artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 22 de febrero de 2002; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010.

de vida e identidad, ejercen algunos derechos reconocidos por la Convención desde una dimensión colectiva, la Corte señala que las consideraciones de derecho expresadas o vertidas en la presente Sentencia deben entenderse desde dicha perspectiva colectiva³⁹.

En sentido contrario, el Comité de Derechos Humanos sostiene que no tiene competencia para conocer reclamaciones sobre la base del artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (volvemos sobre este tema *infra* en este Curso), pero sí ha considerado que puede analizar las normas relativas a derechos de las minorías (art. 27 Pacto) en relación con el artículo 1, lo que abre la puerta a una mirada más compleja entre los derechos individuales y colectivos consagrados en dicho tratado⁴⁰.

Sin duda, este reconocimiento de los derechos colectivos como derechos humanos implica una ampliación del concepto de derechos humanos, desde una mirada que solo da cuenta de derechos subjetivos individuales a derechos subjetivos colectivos.

³⁹ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 231.

⁴⁰ Un caso muy interesante en este sentido es CDH. Comunicación N° 547/1993. CCPR/C/70/D/547/1993, dictamen de 16 de noviembre de 2000, párr. 9.2.

CASOS DE ESTUDIO

Caso Virginia Marcell contra Hospital San Juan de Dios⁴¹

Virginia Marcell, es una mujer chilena y pensionada de 57 años. El año 2009 le diagnosticaron cáncer renal con metástasis. El tratamiento indicado por el comité oncológico del Hospital San Juan de Dios, para esta enfermedad, consiste en ocho dosis de 50 mg de un medicamento llamado "Sutent". El costo de este medicamento, asciende a los \$3.900.000 de pesos mensuales. Virginia Marcell, recibe una renta mensual de \$140.000 pesos, por lo que no puede acceder a este medicamento de forma particular.

La droga, podría extender la vida de la paciente hasta por cinco años, pero si no la consume, el plazo se reduce sólo a algunos meses. Actualmente, recibe por parte del Hospital, sólo un tratamiento paliativo del dolor (Paracetamol y Tramal). La señora Marcell acude al Hospital San Juan de Dios para requerir el medicamento. El Servicio de Salud Metropolitano, en virtud de lo resuelto por el Fondo de Auxilio Extraordinario del Ministerio de Salud, se niega a proporcionarle el medicamento bajo el argumento de que deben optimizar recursos y otorgar el tratamiento a personas con mejores posibilidades de sobrevivencia, ya que su enfermedad es una condición progresiva e incurable.

PREGUNTAS

- *¿Qué derecho/s se ven afectados en este caso?*
- *¿Podría la Corte de Apelaciones chilena, acoger la pretensión de la recurrente a través del derecho a la salud?*

⁴¹ Corte de Apelaciones de Santiago. Recurso de Protección de Virginia Marcell contra Hospital San Juan de Dios de fecha 10 de noviembre 2009, rol N° 8826.

Caso Poblete Vilches

El señor Poblete Vilches de 76 años ingresó al Hospital Sótero del Río el 17 de enero de 2001 por una insuficiencia respiratoria grave, fue hospitalizado y permaneció cuatro días hospitalizado en la UCI Médica y fue trasladado el 22 de enero de 2001 a la Unidad de Cuidados Intensivos Quirúrgica donde estuvo amarrado con cables de sonda y bajo efectos sedantes. Durante este primer ingreso fue intervenido quirúrgicamente el día 26 de enero, encontrándose inconsciente, sin obtener el consentimiento de sus familiares, en el expediente aparecía que su hija Blanca Margarita Tapia Encina había prestado su consentimiento para que se realizará dicha cirugía, pero ella nunca firmó y era la cónyuge del señor Vilches.

Cuando salió de dicha intervención sus familiares notaron que el señor Vilches tenía en la cintura tres grandes heridas de las cuales salía un tubo de drenaje. Finalmente fue dado de alta de manera temprana el 2 de febrero, sin darle mayores indicaciones, a pesar de que al llegar al hospital sus familiares trataron de hablar con alguien del Hospital porque notaron que el mal estado de salud del señor Vilches. Por lo que fue trasladado a su domicilio en una ambulancia privada, al no haber una ambulancia del hospital disponible.

El señor Poblete tuvo que ingresar nuevamente al Hospital Sótero del Río el día 2 de febrero, con una elevada fiebre y salía pus de sus heridas. Durante esta segunda instancia estuvo en la unidad de cuidados intermedia, a pesar de que la ficha médica disponía su internación en sala de cuidados intensivos. El 5 de febrero de 2001 sus familiares llamaron a la doctora privada, Sandra Castillo Montufar, quien, luego de examinarlo, ordenó trasladarlo de inmediato al hospital, debido a que presentaba un cuadro febril complicado y diagnosticó "shock séptico, bronconeumonía bilateral, diabetes mellitus 2 y pericarditis". Además, el señor Vilches requería de un ventilador mecánico, dicha asistencia no fue prestada y un hijo al preguntar por la disponibilidad de este a un doctor le respondió que "no sacaban nada con ponérselo, ya que igual iba a durar unos siete días más". Finalmente, el señor Poblete Vilches falleció el día 7 de febrero de 2001.

PREGUNTAS

- 1. ¿Existe alguna actuación u omisión del Estado que viole un derecho consagrado internacionalmente?*
- 2. ¿Se puede recurrir al art. 26 de la Convención Americana para establecer la obligación del Estado de otorgar atención de salud sin discriminación?*

Artículo 1 Común Pactos De Naciones Unidas, 1966

1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural. 2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia. 3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.

Carta Africana sobre los Derechos Humanos y los Derechos de los Pueblos, 1981

Artículo 19 Todos los pueblos serán iguales; todos disfrutarán del mismo respeto y tendrán los mismos derechos. Nada justificará la dominación de un pueblo por otro.

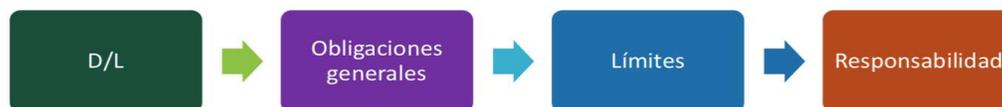
Artículo 20 1. Todos los pueblos tendrán derecho a la existencia. Tendrán el incuestionable e inalienable derecho a la autodeterminación. Decidirán libremente su status político y procurarán su desarrollo económico y social según la política que ellos mismos hayan escogido libremente. 2. Los pueblos colonizados u oprimidos tendrán derecho a liberarse de las ataduras de la dominación recurriendo a cualquier medio reconocido por la comunidad internacional. 3. Todos los pueblos tendrán derecho a la ayuda de los Estados firmantes de la presente Carta en su lucha por la liberación de la dominación extranjera, ya sea política, económica o cultural.

3. NORMAS COMUNES

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

- Catálogo de derechos
- Obligaciones generales
- Límites legítimos
- La interpretación de los tratados de derechos humanos

ESQUEMA DE ANÁLISIS



3.1. El catálogo de derechos y su estructura

A continuación analizaré la forma en que debe entenderse la estructura de los derechos fundamentales, en tanto estándar normativo. Se desarrollarán (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)⁴².

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.

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 (Prieto, 2003: 175). 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).

⁴² Seguimos en esta materia a Alexy, 2002; Prieto, 2003; Bernal, 2005.

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.⁴³

Esto obliga a contar con algún sistema para resolver los conflictos entre principios. En este sentido, ha sido particularmente influyente la propuesta del profesor R. ALEXY sobre “juicio de ponderación”⁴⁴.

¿Qué se entiende por ponderación? La ponderación, según BERNAL, consiste “en la actividad de sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas” (Bernal, 2005: 97). Para ALEXY la ponderación deriva del principio de proporcionalidad que, a su vez, se compone de tres elementos: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad propiamente tal. La idoneidad y la necesidad se refieren a la optimización de lo que es fácticamente posible; la proporcionalidad, a las posibilidades normativas. La idoneidad cumple un rol como criterio negativo, esto es, nos permite excluir los medios no idóneos⁴⁵. El subprincipio de necesidad, a juicio de ALEXY, “exige que de dos medios igualmente idóneos sea escogido el más benigno con el derecho fundamental

⁴³ 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).

⁴⁴ Sobre el juicio de ponderación se ha escrito mucho, los textos más relevantes que he tenido en consideración y que son necesarios que para tener una visión general del tema en los sistemas normativos estudiados, son: Alexy, 2002: 90-98 / 160-172; Alexy 2002b: 13-64; Bernal, 2005: 93-111; Moreso, 2003: 99-121; Prieto, 2003: 175-216.

⁴⁵ Señala Alexy “El subprincipio de idoneidad tiene más bien el status de un criterio negativo, mediante el cual se puede detectar qué medios no son idóneos. Un criterio negativo de esta naturaleza no lo fija todo, sino que únicamente excluye algo: los medios no idóneos. Por esta razón es compatible con la idea de un orden marco. Como elemento de un orden marco, su función consiste en excluir lo no idóneo, sin que de este modo llegue a fijarlo todo”, (Alexy, 2002b: 28).

afectado”⁴⁶, por tanto, su rol ya no es de exclusión, sino que nos entrega un criterio de selección. En cuanto a la proporcionalidad, en sentido estricto esta “expresa lo que significa la optimización en relación con los principios que juegan en sentido contrario” y, por tanto, coincide con la ley de ponderación “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro” (Alexy, 2002b: 31-32).

La ponderación distingue tres elementos: fórmula del peso, ley de ponderación y cargas de argumentación y para desarrollar el juicio de ponderación, es necesario un sistema inferencial similar a la lógica de la subsunción en el sistema de reglas (Alexy, 2002b: 33-49). Su propuesta es la “fórmula del peso”, según la cual cada principio puede ser afectado en un sistema de escalas (“escala triada”): afectación leve, moderada y grave⁴⁷. Por tanto, en cada caso habrá que determinar la intensidad de la afectación a la luz de la importancia del principio opuesto. Para ALEXY, el juicio de ponderación supone tres pasos:

- a) establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio;
- b) determinar la importancia de la satisfacción del segundo principio; y
- c) determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero.

La conclusión del juicio consistirá en lo que ALEXY denomina la “ley de ponderación”, la que puede expresarse en los siguientes términos: “a mayor intensidad de la afectación, mayor tendrá que ser la justificación de la importancia del principio beneficiado” (Alexy, 2002b: 31-32). Como vemos, este es el mismo criterio que surge del principio de ponderación en sentido estricto.

De esta forma, el juicio de ponderación constituirá el procedimiento que permitirá interpretaciones de las normas en conflicto respetando la validez de cada una. Por tanto, no

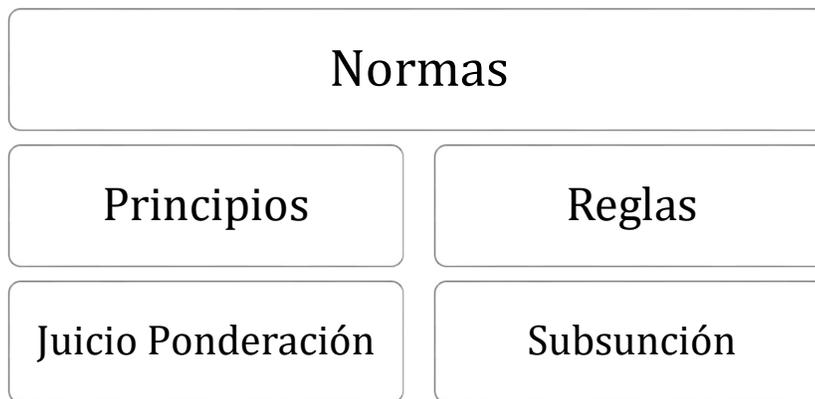
⁴⁶ Alexy, 2002b: 28. El alcance de este principio es aclarado por el propio Alexy quien señala que la aplicación de este principio es expresión del óptimo de Pareto. Por tanto “[a] legislador no le está categóricamente prescrito adoptar el medio más benigno. Únicamente se afirma que si el Legislador quiere perseguir su fin sólo puede adoptar el medio más benigno, o un medio igualmente benigno o un medio un poco más benigno. No se trata de una optimización hacia un determinado punto máximo, sino simplemente de la prohibición de sacrificios innecesarios para los derechos fundamentales” (Alexy, 2002b: 29).

⁴⁷ A juicio de Alexy “[l]os tres rangos del modelo triádico constituyen una escala que intenta sistematizar las valoraciones que tienen lugar tanto en la práctica cotidiana como en la argumentación jurídica” (Alexy, 2002b: 40-41).

procede establecer relaciones de dependencia o de jerarquía ajenas a un sistema coherente de derechos y libertades consagradas positivamente. De esta forma, los límites de los derechos surgirán de un proceso racional que se vincule con las necesidades y justificación de tutela de otros principios en pugna (Prieto, 2003: 191).

Un aspecto que debemos tener en cuenta y que es de relevancia para la coherencia del sistema de derechos fundamentales, es que el juicio de ponderación establece un cierto orden de preferencia relativo al caso concreto, pero que no implica un triunfo en todo caso de un principio sobre otro (Prieto, 2003: 192). De esta forma, se respeta la idea de igualdad entre los derechos y se evita visiones jerarquizantes entre derechos fundamentales que pueden romper la coherencia del sistema.

Esta idea relativa a los conflictos entre principios está vinculada directamente con los límites de los derechos humanos que se tratarán más adelante (*infra* 3.3.1).



(b) Un segundo tema que debemos considerar en estas nociones comunes es la forma en que se expresan las normas (principios o reglas) en el DIDH. En los catálogos contenidos en los instrumentos internacionales se produce una interesante confluencia de al menos tres vertientes de pensamiento: liberal, igualitaria y democrática o participativa. En efecto, 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.

Así, pues, si mirados los derechos y libertades consagrados internacionalmente, nos encontramos con derechos de libertad, derechos de igualdad, y derechos de participación. Lo

importante es que estos derechos que estructuran el sistema internacional de derechos humanos pueden ser interpretados en un sentido amplia, donde la libertad también comprende la autonomía personal; la igualdad no se limita a la igualdad formal o igualdad ante la ley, sino que a formas de igualdad real o material y la participación no se limita a la participación electoral, sino que complejas formas de actuación e incidencia en el ámbito de lo colectivo.

(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.

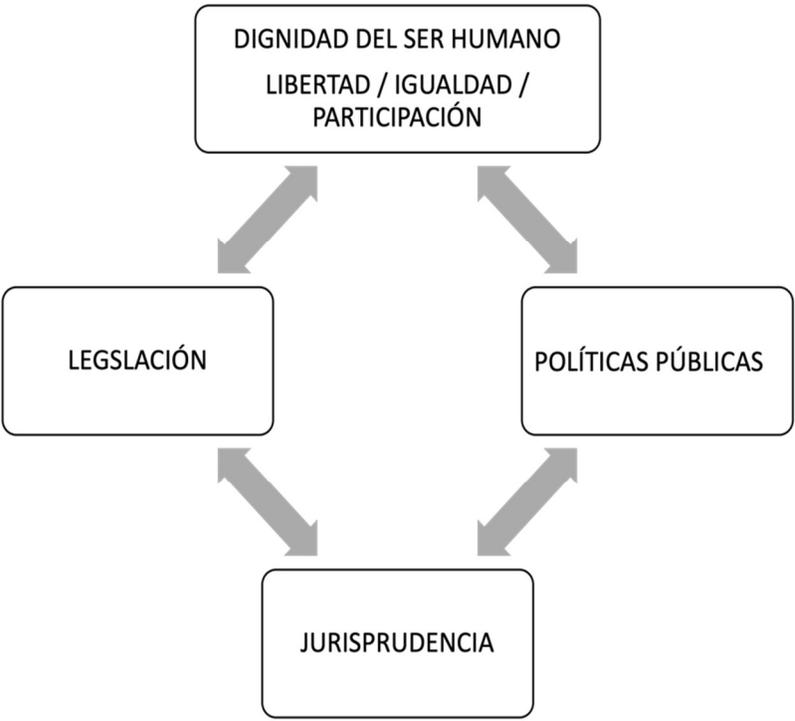
En cuanto a su naturaleza, la dignidad personal me parece que es un valor moral que debe inspirar la interpretación de cada uno de los derechos, tanto como un meta-valor hacia el cual deben estar dirigidos los derechos fundamentales, como un criterio que sirva para una adecuada ponderación de los derechos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

¿Sobre qué bases se sustentan los derechos humanos garantizados internacionalmente que dan validez a las decisiones colectivas? La respuesta, más obvia, es que se sustentan en la idea de dignidad del ser humano. El problema es que si los acuerdos en el ámbito internacional se sustentan bajo el concepto de dignidad, un principio indeterminado, que sienta las bases en materia de derechos humanos, estamos ante una definición tan amplia que si bien tendría un amplio consenso, existirían una infinidad de respuestas e ideas diversas sobre lo que es dignidad. Resulta necesario, entonces, dotar de cierto contenido a esa idea de dignidad.

Así, los principios básicos que dan expresión concreta al valor de la dignidad son la libertad y la igualdad. Se establece entonces, la igualdad y la libertad como principios estructurantes para desarrollar el proceso de codificar los derechos humanos y, en consecuencia, más allá de los que cada uno piense acerca de qué es el ser humano, parece haber un cierto consenso, en que el Estado debe tratar a los individuos como si fueran libres e iguales.

En un sistema codificado, como el internacional, que opera bajo la lógica de la sistematicidad, es decir, que cualquier decisión que nosotros tomemos en el ámbito de las políticas públicas, en el ámbito normativo, en la interpretación/implementación de normas, en las decisiones judiciales u otras, tiene que ser capaz de explicar cómo dicha decisión es coherente con el respeto y la plena vigencia de los principios estructurantes del sistema. Sólo en la medida que se dé eficacia a estos principios estaremos dando cumplimiento al valor de la dignidad, que es el presupuesto sobre el cual cualquier decisión de la autoridad obtiene legitimidad.

Entonces, en un sistema que se legitima sobre la base del cumplimiento de estos principios, es básico dotar de algún contenido a estos principios estructurantes y así otorgar certeza a todo el sistema jurídico y eso se logra con una lectura integral de la normativa internacional, las decisiones de los órganos de control y el aporte de la doctrina.



CASOS DE ESTUDIO

Caso Sandra Cecilia Pavez Pavez⁴⁸

La señora Sandra Pavez se desempeñó por más de 20 años como profesora de religión en una institución de educación pública. Sin embargo, el 25 de julio de 2007 el vicario para la educación del Obispado de San Bernardo revocó su certificado de idoneidad, que según el Decreto 924 del Ministerio de Educación de 1938 requería para ejercer tal función. Por lo tanto, la señora Sandra Pavez quedó inhabilitada para ejercer dicho puesto docente. La revocatoria se basó en la orientación sexual de Sandra Pavez.

Ante esto, se interpuso un recurso de protección, el cual fue rechazado por la Corte de Apelaciones de San Miguel al considerar que el acto recurrido no era ilegal o arbitrario, decisión que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia.

Por otra parte, el Estado alegó que no incurrió en discriminación por orientación sexual pues la normativa interna otorga a las religiones la potestad de determinar la idoneidad de las personas que enseñan tal asignatura, lo cual resulta legítimo y constituye una forma de respetar la libertad religiosa. Agregó que no le corresponde inmiscuirse en tales decisiones.

Preguntas

- 1. ¿Qué derecho(s) se ven afectados por esta decisión del Obispado y del Poder Judicial?*
- 2. ¿Existe alguna afectación a la dignidad humana?*
- 3. ¿Se puede enmarcar la orientación sexual dentro del principio de libertad consagrado internacionalmente?*

⁴⁸ Ver: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2019/12997Fondo-ES.PDF>

Caso Wackenheim⁴⁹

El peticionario es el señor Manuel Wackenheim, ciudadano francés, quien padece de enanismo y se desempeñaba desde julio de 1991 en espectáculos conocidos como “lanzamiento de enanos”. Estos consistían en que, con las debidas protecciones, el sujeto era lanzado a cortas distancias hacia un colchón inflable por los clientes de las discotecas en los que estos espectáculos se realizaban.

En noviembre de 1991 el ministerio del interior emitió una circular referida a los espectáculos públicos. Esta ponía especial énfasis en el “lanzamiento de enanos”, estableciendo que esta quedaba prohibida por atentar contra el artículo 3 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (integridad personal), por ser una conducta degradante y atentatoria contra la dignidad humana.

La circular en cuestión se encontraba motivada en las diversas quejas presentadas por organizaciones de personas que sufren de enanismo, las cuales sostenían que la práctica del “lanzamiento de enanos” afectaba su dignidad y perpetuaba una imagen estereotipada de las personas con enanismo

El peticionario requirió ante los tribunales nacionales para que la prohibición fuera levantada, sin embargo la judicatura consideró que esta actividad atentaba contra la dignidad humana, cuyo respeto formaba parte del orden público y por lo tanto confirmó la prohibición. Como consecuencia de lo anterior el señor Wackenheim quedó desempleado.

El peticionario recurre ante el CDH argumentando que la prohibición impuesta por el Estado francés es un atentado contra su dignidad humana, pues la prohibición de ejercer un trabajo lícito es un atropello a su autonomía personal. El recurrente argumenta que la actividad que realiza es segura e inofensiva en comparación con numerosos comportamientos realmente violentos y agresivos que son tolerados por la sociedad francesa.

Preguntas

¿Qué tipo de conflicto presenta la práctica del “lanzamiento de enanos”?

¿Existe una afectación a la dignidad personal o colectiva?

¿Cree usted que afecta la igualdad ante la ley la prohibición de la práctica del “lanzamiento de enanos”?

⁴⁹ Caso completo en: ONU (en línea). [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.C.75.D.854.1999.Sp?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.C.75.D.854.1999.Sp?Opendocument). (Consulta: 07 Enero 2010)

3.2. Las obligaciones generales

Como es propio del derecho internacional, los Estados deben cumplir con sus compromisos de buena fe⁵⁰. 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 campo⁵¹.

Si bien pueden formularse diversas clasificaciones, en este estudio se seguirá la nomenclatura usada por los instrumentos internacionales. Se tratará, en primer lugar, los alcances de las obligaciones de respeto, garantía y no discriminación que son la concreción del principio de buena fe en materia de derechos humanos. En segundo lugar, se analizará el desarrollo que ha realizado la jurisprudencia internacional sobre ciertas exigencias especiales para los Estados en situaciones particulares.

Tanto los Pactos Internacionales de Naciones Unidas como la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagran dentro de las obligaciones generales de los Estados las obligaciones generales de respeto, garantía y la obligación de no discriminación. Asimismo, estos instrumentos internacionales contemplan una norma particular sobre las medidas que deben adoptar los Estados para dar efectividad a los derechos consagrados internacionalmente⁵². En concreto, los instrumentos internacionales son claros en que los Estados deben adoptar medidas de orden legislativo y de “otro carácter” para hacer efectivos

⁵⁰ Art. 26: «Pacta sunt servanda». Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe (Convenio de Viena de Derecho de los Tratados incorporado al sistema interno nacional chileno en 1981).

⁵¹ Completos estudios en este campo se pueden encontrar en Nowak, 2003; Abramovich y Courtis, 2004.

⁵² Artículo 2.2. PIDCP: “2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter”.

Artículo 2 CADH: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

los derechos humanos. Así, la garantía de los derechos humanos no es solo una cuestión legislativa, sino que implica medidas de políticas públicas, actuaciones judiciales, entre otras.

Por último, siempre debemos tener presente que estas obligaciones generales de respeto, garantía y el principio de no discriminación corresponden a la forma de cumplimiento de los mandatos normativos de cada derecho o libertad consagrado internacionalmente. Es necesario, por tanto, 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 en cada para determinar el contenido y alcance de estos derechos particulares a la luz de las obligaciones generales.

3.2.1. Medidas generales

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 sea el tipo de documento en el que se consagre; en conjunto con el principio de igualdad y no discriminación⁵³.

(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) y/o negativas (implican una actividad de abstención) y estarán determinadas por cada derecho o libertad⁵⁴.

⁵³ 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.

⁵⁴ “El artículo 1.1 de la Convención Americana consagra el deber de respetar los derechos y libertad reconocidos en ella y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción sin discriminación alguna. La Comisión reitera que la obligación de respetar: “se define por el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho [...]”. De este modo, en palabras de la Corte

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 públicas⁵⁵. En estos casos, las medidas que adopte el Estado deben tender progresivamente a la plena realización del derecho y se deben evitar medidas de carácter regresivo (Abramovich y Curtis, 2004). Así, las políticas públicas, entendidas como un conjunto de medidas coordinadas y pertinentes adoptadas desde el Estado para cumplir objetivos sociales, suponen una adecuada lectura de la realidad (contexto) y elegir aquellos instrumentos eficaces para los objetivos propuestos. De esta forma, una política pública con enfoque de derechos humanos debe cumplir con requisitos procedimentales (participación social efectiva) y sustantivos (principios de igualdad y no discriminación, universalidad, acceso a la justicia, rendición de cuentas, transparencia, transversalidad e intersectorialidad). En consecuencia, la evaluación, el diseño y la implementación de las políticas públicas en el marco de la pandemia deben cumplir con estos mínimos, ya que estamos ante políticas estatales que buscan satisfacer las obligaciones del Estado en materia de salud, trabajo, educación y calidad de vida.

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,

Interamericana, "en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal" (CIDH, 2019, párr. 250).

⁵⁵ 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.

Por su parte, 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" (Comité Desc, 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).

pero debe existir un desarrollo progresivo⁵⁶. Que el proceso sea progresivo no quiere decir en ningún caso que éste quede a la discrecionalidad de la autoridad⁵⁷. Por una parte, se contempla la prohibición de tomar medidas que perjudiquen los derechos que han ido siendo concedidos a la población; por otra, 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 razonabilidad⁵⁸:

- ¿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 y/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 internacional⁵⁹. Además, en todo evento, el sistema de control

⁵⁶ 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.

⁵⁷ Comité Desc, 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, párr. 9.

⁵⁸ Comité Desc. Observación General N° 9, La aplicación interna del Pacto, 1998, publicada en HRI/GEN/1/Rev.7, párrs. 9 y 10.

⁵⁹ Sobre la relación del control nacional e internacional en materia de derechos con un fuerte componente prestacional, ver Abramovich, 2006: 35-49. Esta ha sido, precisamente, la vía por la cual la Corte Constitucional de Colombia ha entrado en temas de políticas públicas a través de lo que se conoce como sentencias estructurales (Corte Constitucional Colombia, T-153/1998).

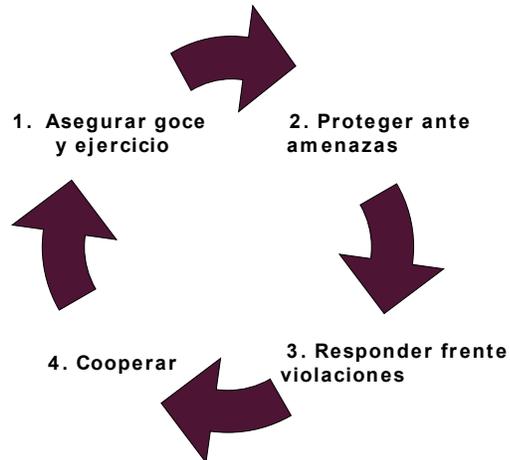
deberá prestar especial atención al hecho de que las medidas de progresividad no sean aplicadas en forma discriminatoria.

(b) La obligación de GARANTIA, 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 sea su contenido normativo⁶⁰. 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 que 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 internacionalmente⁶¹. Los alcances de esta obligación han sido desarrollados ampliamente por los órganos de control internacional, en especial, por parte de la Corte Interamericana.

⁶⁰ “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 vs. Honduras. Sentencia de 28 de julio de 1988, serie C, N°4, párr. 166).

⁶¹ Corte IDH. Caso López Soto y otros vs. Venezuela. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C, N°362, párr. 129.

GARANTIZAR



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 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 o deber de justicia frente a casos de violaciones graves de derechos; y, iv) 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 o prevenir la violación de los derechos humanos.

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 de 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. 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 ciudadanía⁶².

Un aspecto particular sobre el deber de asegurar los derechos humanos en el ámbito interno está vinculado con las medidas que debe adoptar el Estado para la vigencia de sus obligaciones en el ámbito interno. Así, con base en el artículo 2 de la Convención Americana, la Corte Interamericana ha desarrollado los alcances de las medidas legislativas y de otro carácter que debe adoptar el Estado para cumplir de buena fe sus obligaciones⁶³.

(ii) El Estado tiene la obligación de **amparar** o **proteger** a las personas frente a la amenaza de sus derechos, ya sea por agentes del Estado o por privados⁶⁴. 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.

⁶² Sobre los alcances de la obligación de garantía en el sistema internacional, ver: CDH, Observación General No. 31, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, de 26 de mayo de 2004.

⁶³ Corte IDH. Caso Maldonado Ordóñez Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de mayo de 2016. Serie C No. 311, párr. 111.

⁶⁴ Si bien hay autores, por ejemplo Nowak, 2003: 23-30 y Abramovich y Curtis, 2004: 31.

Un mecanismo relevante para la protección de derechos son las acciones de protección judicial. Por su importancia, estos mecanismos se encuentran regulados como derechos autónomos en los tratados de derechos humanos. Sobre los alcances de la protección judicial, la Corte Interamericana ha señalado que los Estados deben garantizar el acceso a estos recursos y su eficacia⁶⁵. Dicha eficacia no se satisface con la sola existencia de un recurso para la protección de derechos, sino que este debe ser efectivo atendidas las condiciones del caso concreto⁶⁶.

Un ejemplo de 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 afectados⁶⁷.

Otro desarrollo particular del deber de protección corresponde a personas que se encuentran en situaciones agravadas de vulnerabilidad⁶⁸.

(iii) En el ámbito de la **reacción frente a violaciones o el deber de justicia** 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 de 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 impunidad⁶⁹.

⁶⁵ Corte IDH. Caso Romero Feris Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2019. Serie C No. 391, párr. 134.

⁶⁶ Corte IDH. Caso Cordero Bernal Vs. Perú. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 16 de febrero de 2021. Serie C No. 421, párr. 100.

⁶⁷ CDH, Observación General No. 31, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, de 26 de mayo de 2004, párr. 11.

⁶⁸ Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 364.

⁶⁹ Esta materia tiene un amplio desarrollo internacional. El principal documento son los Principios y directrices básicas 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. Resolución 60/147, aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005. Disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/remedyandrepairation.aspx>

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 destaca el deber de evitar situaciones de impunidad en caso de violaciones graves de derechos humanos⁷⁰. Asimismo, esta es una forma de cumplir con la garantía de no repetición al evitar que la impunidad crónica envíe un mensaje de que es posible violar gravemente derechos humanos sin consecuencias efectivas⁷¹.

De esta forma, las principales obligaciones en este sentido serán: investigar, sancionar y reparar, toda vez que el fin último del deber de prevención es evitar la impunidad y que esta permita la repetición de estas violaciones⁷². En consecuencia, la investigación debe ser seria y destinada a lograr establecer la verdad y las responsabilidades asociadas a las violaciones de derechos humanos, la sanción debe ser proporcional y las penas deben ser efectivamente cumplidas⁷³. Por ello, existe una amplia jurisprudencia internacional en orden a que los crímenes graves de derechos humanos (ejecuciones extrajudiciales, tortura sistemática, desaparición forzada, esclavitud, entre otras) no pueden ser objeto de medidas que impida su juzgamiento y sanción, tales como amnistías, medidas de prescripción o indultos⁷⁴.

(iv) **Obligación de cooperar.** En el caso de la Convención Americana y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 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 conociendo⁷⁵. 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. Por otra

⁷⁰ CDH, Observación General No. 31, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, de 26 de mayo de 2004, párr. 18.

⁷¹ Corte IDH. Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párr. 126.

⁷² Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, N°154, párr. 110. En similar sentido, CDH, Observación General No. 31, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, de 26 de mayo de 2004, párr. 15.

⁷³ Corte IDH. Caso Isaza Uribe y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2018. Serie C No. 363, párr. 153.

⁷⁴ Caso Herzog y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de marzo de 2018. Serie C No. 353, párr. 277.

⁷⁵ CDH, Caso Massera et. al v. Uruguay. Comunicación 5/1977, dictamen de 15 de agosto de 1979, párr. 9 letras d) y e), p. 43.

parte, el mismo artículo 40, así como el 48. A y D CADH y 39 del Reglamento CIDH establecen las consecuencias de no cooperar para los Estados. El artículo 40 señala:

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a presentar informes sobre las disposiciones que hayan adoptado y que den efecto a los derechos reconocidos en el Pacto y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos:

- a) En el plazo de un año a contar de la fecha de entrada en vigor del presente Pacto con respecto a los Estados Partes interesados;
- b) En lo sucesivo, cada vez que el Comité lo pida.

El artículo 48 establece:

La Comisión, al recibir una petición o comunicación en la que se alegue la violación de cualquiera de los derechos que consagra esta Convención, procederá en los siguientes términos:

a) si reconoce la admisibilidad de la petición o comunicación solicitará informaciones al Gobierno del Estado al cual pertenezca la autoridad señalada como responsable de la violación alegada, transcribiendo las partes pertinentes de la petición o comunicación. Dichas informaciones deben ser enviadas dentro de un plazo razonable, fijado por la Comisión al considerar las circunstancias de cada caso;

(...) d) si el expediente no se ha archivado y con el fin de comprobar los hechos, la Comisión realizará, con conocimiento de las partes, un examen del asunto planteado en la petición o comunicación. Si fuere necesario y conveniente, la Comisión realizará una investigación para cuyo eficaz cumplimiento solicitará, y los Estados interesados le proporcionarán, todas las facilidades necesarias.

Mientras que el artículo 39 señala:

Se presumirán verdaderos los hechos alegados en la petición cuyas partes pertinentes hayan sido transmitidas al Estado en cuestión, si éste no suministra información relevante para controvertirlos dentro del plazo fijado por la Comisión conforme al artículo 38 del presente Reglamento, siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria.

(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.

Una pregunta relevante en materia de igualdad y no discriminación es determinar cuál es la relación entre ambos principios. Estos están íntimamente ligados y se ha llegado a plantear la

figura de que ambos constituirían una suerte de “dos caras de una misma moneda”⁷⁶. Explicando esta relación, algún autor ha planteado que el principio de no discriminación es una manifestación instrumental o de garantía del principio de igualdad de trato (Espejo, 2000). Una buena explicación de la relación entre ambos principios sería considerar a la prohibición de discriminación como una conducta especialmente prohibida respecto del principio de igualdad. En efecto, es posible pensar en diferentes formas a través de las cuales es posible establecer limitaciones legítimas al principio de igualdad, pensando que estamos ante un mandato de optimización que permite un cumplimiento gradual (Alexy, 2002), pero lo que no sería aceptable son conductas discriminatorias. La prohibición de discriminación sería de exigibilidad inmediata y constituiría una expresión de concreción activa del principio de igualdad.

Esta obligación ha sido destacada por la jurisprudencia internacional como un principio del DIDH e incluso, para la Corte Interamericana, esta obligación de no discriminación sería una norma perentoria o *ius cogens*⁷⁷.

El Comité de Derechos Humanos 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 personas⁷⁸.

Este concepto de discriminación nos permite desprender y vislumbrar algunos aspectos relevantes para delimitar más claramente a qué nos estamos refiriendo.

- En primer lugar, la determinación de la existencia de igualdad o de discriminación supone un ejercicio relacional. En efecto, requiere necesariamente realizar una comparación entre la situación de uno o más sujetos respecto de uno o más objetos (recursos, cualidades, bienes, derechos, etc.).

⁷⁶ Corte IDH. 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, voto separado del Juez Piza Escalante, párr. 10.

⁷⁷ Corte IDH. OC-18/03. Condición Jurídica y Derechos De Los Migrantes Indocumentados, párr. 101.

⁷⁸ CDH, Observación general No. 18. No discriminación (1989), párr. 7.

- En segundo lugar, la discriminación requiere, en términos generales, una acción u omisión estatal, que puede consistir en una “distinción, exclusión, restricción o preferencia”. La mayoría de estas expresiones aluden a la concesión o negación de algo que se otorga a unos y no a otros, lo que nos sugiere que las diferenciaciones suelen ser jurídicamente más problemáticas. En este sentido, existe una opinión generalizada en orden a considerar que, mientras para autorizar un tratamiento igual no hace falta esgrimir motivación razonada, para consentir una diferencia de trato es preciso ofrecer una fundamentación suficiente. Esta asimetría nos conduce a interpretar la máxima de igualdad “en el sentido de un principio de igualdad que, *prima facie*, exige un tratamiento igual y sólo permite un tratamiento desigual si puede ser justificado con razones opuestas” (Alexy, 2002: 398). Consecuencialmente, la carga argumentativa se inclinaría a favor del tratamiento igual.

Asimismo, las restantes condiciones que deben añadirse a la acción u omisión estatal para que estemos en presencia de discriminación, previenen que no toda diferencia de trato puede equipararse a ella. Así lo reconoce el Comité de Derechos Humanos justo después de describir en qué consiste la discriminación, al señalar que “el goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en toda circunstancia”⁷⁹. Por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos ha puesto de relieve la importancia del tratamiento diferenciado para garantizar la igualdad de derechos al consignar que “El derecho a no ser discriminado en el goce de los derechos garantizados por la Convención, también es violado cuando los Estados, sin una justificación objetiva y razonable, no tratan diferente a personas cuya situación es significativamente diferente”⁸⁰.

Esto nos recuerda, por una parte, la antigua máxima aristotélica⁸¹ conforme la cual la regla de justicia (igualdad) prescribe tratar de manera igual a los iguales y desigual a los desiguales. Por otra, nos llama la atención sobre la relevancia de evaluar el motivo o causa en virtud de la cual se dispensa ese trato. En efecto, aquella máxima por sí sola tan sólo nos indica que la diferencia de trato se encontraría autorizada siempre que ella se aplique de manera homogénea a quienes se hallan bajo un mismo supuesto de hecho. Sin embargo, tal conclusión no obstaría, por ejemplo, a la segregación racial, en tanto

⁷⁹ CDH, Observación general No. 18. No discriminación (1989), párr. 8.

⁸⁰ Corte IDH. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 56.

⁸¹ **ARISTOTELES**. La Política. Vol. II. Editorial Panamericana, Colombia, 1998. xxx

con ella se brindaría el mismo trato a las personas de un mismo color o raza. Por lo tanto, salta a la vista la necesidad de determinar bajo qué criterios podemos estimar que una distinción es legítima.

- Esto nos lleva a otro de los aspectos más destacables del concepto de discriminación: los motivos de diferenciación. La definición del Comité de Derechos Humanos y las cláusulas que prohíben la discriminación hacen mención de una serie de motivos no taxativos en base a los cuales las personas pueden ser discriminadas. Algunos de ellos han llegado a concitar un elevado nivel de rechazo y a ser considerados altamente indiciarios de arbitrariedad, por lo que han dado lugar a un escrutinio más estricto. Esto significa que las distinciones que se funden en algunos de esos motivos activan un examen más riguroso, de modo que al Estado sólo le estará autorizada en caso que esgrima un objetivo especialmente imperativo, sistema que proviene de la jurisprudencia estadounidense⁸². Los criterios que disparan esta revisión más severa han sido denominados “categorías sospechosas”, precisamente porque se aprecia en ellas un indicio de arbitrariedad, derivado de su uso reiterado o prolongado para relegar a ciertos sectores de la sociedad. Tales criterios frecuentemente no logran satisfacer una relación de medio-fin. Estos criterios no son un listado cerrado, sino que tienen una cláusula de apertura con la expresión “otra condición social”, esta debe corresponder al criterio base de las otras condiciones, esto es, que son elementos definitorios del individuo y que no es lícito que la autoridad lo obligue a modificarlos. Así, se ha reconocido la orientación sexual, la identidad de género, la identidad sexual, la etnia, la condición económica, a las personas mayores, entre otras categorías que quedan cubiertas por la prohibición de discriminación⁸³.

⁸² El criterio del escrutinio estricto fue creado por la Corte Suprema Norteamericana a mediados del siglo XX, cuando con el caso *Brown v. Board of Education* se vio enfrentada por primera vez al sistema de segregación escolar y a las prohibiciones de mestizaje.

⁸³ Se puede consultar un detalle con los casos ante la Corte Interamericana que han avanzado en este sentido en: Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana No. 14, Igualdad y No Discriminación / Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Internacional (GIZ). -- San José, C.R. : Corte IDH, 2021.

Para la opinión del Comité de Derechos Humanos, ver CDH, Observación general No. 18. No discriminación (1989).

- Por otra parte, entre los últimos elementos que caracterizan la definición de discriminación encontramos el que ésta tiene “por objeto” o “por resultado” la producción de un perjuicio, consistente en: anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas. Lo anterior ha llevado a sostener que la discriminación puede ser “directa” o “indirecta”. La primera se verifica en aquellos casos en que la acción u omisión tiene por objeto el menoscabo en el goce de derechos de una o más personas, es decir, se realiza con el propósito o la intención de ocasionar ese perjuicio. En cambio, la denominada discriminación indirecta, es aquella que sin perseguirlo, ocasiona el mismo resultado, puesto que produce igualmente dicho efecto perjudicial⁸⁴. En términos más precisos, se ha estimado que la discriminación indirecta tiene lugar cuando una norma o medida en apariencia neutral produce un efecto perjudicial que impacta de manera exclusiva o desproporcionada sobre personas que forman parte de un grupo determinado, sin que dicha medida pueda justificarse de manera objetiva y razonable⁸⁵.

Sin embargo, 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 cumplimiento de estos elementos para justificar un trato diferenciado es lo que conocemos como el test de discriminación. En relación con la posibilidad de una afectación legítima del principio de igualdad, el Comité de Derechos Humanos lo ha expresado en los siguientes términos:

En el caso de la Corte Europea, un buen resumen se encuentra en: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=press/factsheets&c=>

⁸⁴ Comité de Derechos Humanos. Caso Derksen v. los Países Bajos. CCPR/C/80/D/976/2001, párr. 9.3.

⁸⁵ Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 103.

...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 Pacto⁸⁶.

En consecuencia, un trato diferenciado legítimo debe basarse en una condición objetiva (no subjetiva); debe perseguir un objetivo legítimo (conforme a estándares internacionales) y ser razonable, esto es, debe ser una medida conducente a lograr el objetivo perseguido y proporcional (menor afectación del principio a fin de lograr el objetivo perseguido). En este sentido, aquellos tratos diferenciados basados en alguna de las “condiciones sospechosas” a las que hemos hecho referencia, deberán ser objeto de un escrutinio estricto, ya que basar un trato diferenciado que afecta derechos en un condición o calidad que el individuo no puede modificar o no es legítimo exigirle que lo modifique porque afecta su autonomía individual puede ser la base de arbitrariedades y persecuciones⁸⁷.

Lo que analizaremos a continuación es de qué forma la realidad de las situaciones de discriminación en las que se encuentre el titular de derechos, puede dar lugar a ciertas medidas específicas, obligar a la adopción de medidas más enfocadas en ciertos colectivos y cómo estas medidas pueden ir creciendo en intensidad. Por tanto, las medidas de garantía son el género y hay ciertas medidas específicas que deben adoptarse en ciertos contextos particulares de violación de derechos humanos. Algunas de estas medidas son: acciones afirmativas, medidas de debida diligencia y medidas especiales respecto de grupos en situación de vulnerabilidad [ver cuadro al final del apartado]⁸⁸.

⁸⁶ CDH, Observación general No. 18. No discriminación (1989), párr. 13 (destacado nuestro).

⁸⁷ Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.

⁸⁸ Corte IDH. Caso Guachalá Chimbo y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie C No. 423, párr. 81.

Una de las medidas centrales para enfrentar casos de discriminación son las acciones afirmativas⁸⁹. Estas son medidas de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto de un determinado grupo. Estas medidas tienen la particularidad de que son medidas destinadas a los miembros de grupos vulnerables o desaventajados que han sido afectados por una situación de discriminación prolongada. Las medidas de este tipo son especialmente controvertidas ya que suelen consistir en tratos diferenciados de carácter preferente (una de las medidas típicas en este sentido son las “cuotas” de acceso a cargos, cupos educacionales, etc.). El requisito de legitimidad de estas medidas es que deben estar encaminadas a la igualdad efectiva en el goce de derechos que, sin éstas, no resultaría posible, debido a la existencia de patrones de exclusión arraigados institucional y culturalmente. Estas medidas tienen un límite, cual es, su temporalidad, esto es, deben finalizar una vez alcanzado el objetivo de igualdad perseguido.

Por último, es importante tener en consideración que los instrumentos internacionales contemplan la obligación del Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad en toda su legislación (igualdad ante la ley e igual protección por parte de la ley) y no sólo respecto de los derechos consagrados internacionalmente⁹⁰. En este sentido, el principio de igualdad y no discriminación opera tanto como principio estructurante del sistema de derechos humanos, como obligación general y como derecho autónomo. Eso da cuenta de la centralidad de este principio para el DIDH.

3.2.2. Medidas especiales y debida diligencia

La adopción de las medidas generales a que hemos referencia no es suficiente en ciertos casos complejos de afectaciones o amenazas a los derechos humanos. De ahí, con el objeto de dar eficacia a la protección de estos, los órganos internacionales de han ido avanzando en ordenar

⁸⁹ La primera recepción normativa de este tipo de medidas fue el art. 4.1 de la CEDAW, que dispone: “1. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato”.

⁹⁰ A modo de ejemplo, ver art. 24 de la CADH y art. 26 del PIDCP.

a los Estados tomar medidas más intensas y dirigidas hacia grupos e individuos en situaciones de especial vulnerabilidad o vulnerabilidad agravada de sus derechos.

Es interesante en este sentido, revisar con algún detalle la argumentación que ha desarrollado 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 Estado, comenzó a establecer estándares de mayor exigencia respecto de las medidas que debe adoptar para el cumplimiento de sus obligaciones en determinados contextos donde por las características del titular de derechos o su situación las exigencias de efectividad de las medidas deben ser mayores.

El razonamiento ha sido 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. 4.1⁹¹ y 1.1⁹² 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 derecho⁹³.

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

⁹¹ Artículo 4.1. 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”

⁹² Artículo 1.1 CADH:” Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

⁹³ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 153.

protección...”⁹⁴. Así, 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”⁹⁵.

De esta forma, 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. Estas medidas deben ser efectivas y no meramente formales; además, estas medidas deben adoptarse por cada autoridad del Estado dentro del ámbito de sus competencias.

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. Así lo ha expresado la Corte:

[E]s 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 del Estado en estos casos:

[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

⁹⁴ Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, 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.

⁹⁵ Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 154.

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 riesgo⁹⁶.

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 igualdad⁹⁷.

Finalmente, la Corte Interamericana ha ido desarrollando una completa jurisprudencia en torno a la protección de ciertos grupos que por razones de contexto cultural (mujeres, grupos LGTBIQ+), razones de contexto fáctico (migración o privados de libertad) o por sus labores (periodistas, defensores de derechos humanos), obligan al Estado a adoptar medidas de debida diligencia (efectividad) para la garantía efectiva de sus derechos. Si bien esta línea jurisprudencial partió desarrollándose a partir del deber de investigar adecuadamente las violaciones de derechos de estos y otros grupos en condiciones de vulnerabilidad, se ha ampliado a medidas preventivas y de debida protección⁹⁸. De las misma forma, se ha avanzado -en años recientes- en materia de medidas diferenciadas respecto de personas pertenecientes a grupos históricamente discriminados que se encuentran privados de libertad⁹⁹ y en el caso de

⁹⁶ Ambas citas corresponden a Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 155.

⁹⁷ Corte IDH. Caso Guachalá Chimbo y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie C No. 423, párr. 86.

⁹⁸ Se puede revisar un detallado desarrollo jurisprudencial en Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana No. 12. Debido Proceso / Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Internacional (GIZ). -- San José, C.R. : Corte IDH, 2022.

⁹⁹ Corte IDH. Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad (Interpretación y alcance de los artículos 1.1, 4.1, 5, 11.2, 12, 13, 17.1, 19, 24 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros instrumentos que conciernen a la protección de los derechos humanos). Opinión Consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022. Serie A No. 29.

personas en situación de discapacidad se ha venido desarrollando la idea de medidas o ajustes necesarios que permitan el goce y ejercicio de derechos en condiciones de igualdad¹⁰⁰.

Un buen ejemplo de esta construcción compleja del deber de debida diligencia es el estándar que ha fijado la Corte referido a la protección de defensores y defensoras de derechos humanos donde se combinan medidas preventivas, de protección y el deber de justicia a la luz del contexto en el que estas personas desarrollan sus labores de vigilancia, denuncia y educación en derechos humanos¹⁰¹.

En similar sentido, los organismos de Naciones Unidas han ido desarrollando estándares particulares de garantía efectiva de derechos. Algunos ejemplos nos pueden ilustrar la convergencia entre el razonamiento de la Corte IDH y los desarrollos en los comités de Naciones Unidas.

En primer lugar, el Comité de Derechos Humanos en una reciente Observación General sobre el Derecho a la Vida ha señalado:

El deber de proteger el derecho a la vida requiere que los Estados partes adopten medidas especiales de protección destinadas a las personas en situaciones de vulnerabilidad cuya vida corra un riesgo particular debido a amenazas concretas o a patrones de violencia preexistentes. [...] Los Estados partes deben intervenir de manera urgente y eficaz para proteger a las personas que se enfrentan a una amenaza concreta, adoptando medidas especiales como la asignación de protección policial permanente, la emisión de órdenes de alejamiento y de protección contra posibles agresores y, en casos excepcionales y únicamente con el consentimiento libre e informado de la persona amenazada, la custodia precautoria¹⁰².

En definitiva, los órganos de derechos humanos son claros en el sentido que no bastan las medidas generales para garantizar los derechos de grupos en situación de discriminación y que son necesarias medidas especiales que le den eficacia al reconocimiento de derechos.

¹⁰⁰ Corte IDH. Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246; Corte IDH. Caso Guachalá Chimbo y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie C No. 423.

¹⁰¹ Corte IDH. Caso Digna Ochoa y familiares Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2021. Serie C No. 447, párr. 100.

¹⁰² CDH, Observación General No. 36 - Artículo 6 (derecho a la vida), CCPR/C/GC/36, de 02 nov. 2018, párr. 23.

MEDIDAS A LAS QUE ESTÁ OBLIGADO EL ESTADO PARA CUMPLIR

DE BUENA FE SUS OBLIGACIONES INTERNACIONALES

- En los casos de las medidas de acción positiva, los destinatarios son todos los titulares de derechos, para asegurar el goce de todo derecho y las medidas deben tener un nivel de efectividad general.
- En las medidas de acción afirmativa, los destinatarios deberán determinarse según el contexto y su posición social. Ellas se justifican por la situación de discriminación en que se encuentra un determinado colectivo y las medidas deberán ser aquellas eficaces para lograr una igualdad real o de facto.
- Por su parte, las medidas de debida diligencia, enfoques diferenciados o ajustes necesarios son aquellas que se adoptan respecto de una parte o sector de un determinado grupo, que se encuentra en una situación particular de riesgo en el pleno goce y ejercicio de sus derechos. Esto supone que, dentro de un colectivo, identificamos a una parte o segmento de éste que se encuentra en situación de peligro y adoptamos medidas eficaces para superar esa situación de riesgo provocada por un contexto de discriminación.
- Por último, en el caso de las medidas especiales y de debida diligencia, el sistema interamericano dispone la identificación de ciertos titulares concretos y precisos (individualizados) que son parte de un colectivo y que se encuentra en una situación de riesgo. Respecto de esos individuos se deben adoptar medidas eficaces, en tanto dicha situación esté en conocimiento de las autoridades. La evaluación de la efectividad de las medidas será más estricta.

CASOS DE ESTUDIO

Caso María Eugenia Morales¹⁰³

La Sra. Morales de Sierra está casada y vive en Guatemala, por tanto, está sometida a los efectos inmediatos del régimen legal de patrimonio conyugal vigente en el Estado.

En virtud del artículo 109 del C.Civil, vigente desde 1990, la representación conyugal corresponde al marido que, en virtud del artículo 131, administra el patrimonio conyugal. Los artículos 115 y 133 permiten la administración por parte de la mujer sólo cuando el marido y no la mujer, se encuentra ausente. En virtud del artículo 255, el marido representa y administra los bienes de los menores y los discapacitados. La mujer sólo puede asumir esa función en determinados casos y aún entonces puede ser excluida del ejercicio de la tutela en virtud de su sexo y de lo dispuesto en el artículo 317.

Esos artículos impiden que la Sra. Morales de Sierra represente legalmente sus propios intereses y los de su familia, y exigen que dependa de su marido para ello.

Aunque el esposo de la víctima nunca se opuso a que ésta ejerciera su profesión, por ley, puede hacerlo en cualquier momento y, en el caso de una disputa, la decisión corresponde a un juez.

Guatemala es parte del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y de su Protocolo Facultativo desde 1992.

PREGUNTAS RESPECTO DEL CASO

- *¿Qué derechos se ven afectados por estas disposiciones del Código Civil de Guatemala?*
- *¿Qué obligación(es) general(es) estaría infringiendo el Estado de Guatemala?*
- *¿Cuándo un trato diferenciado puede ser considerado “legítimo”?*
- *¿Qué medidas debiera adoptar el Estado de Guatemala para remediar esta situación?*

¹⁰³ Caso completo en; CIDH, (En línea). <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Guatemala11.625.htm> (Consulta: 07 Enero 2010).

Caso Velásquez Rodríguez

El 12 de septiembre de 1981, entre las 16.30 y las 18.00 hrs. en la ciudad de Tegucigalpa, Honduras, desapareció el estudiante Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez, quien según testimonios de testigos, fue secuestrado por varios hombres, fuertemente armados, vestidos de civil, que se movilizaban en un vehículo sin patente. Desde esa fecha no se tuvieron más noticias sobre el paradero de Velásquez Rodríguez y el gobierno hondureño no realizó ninguna acción para dar con él y cerró todos los expedientes judiciales que se abrieron para esclarecer el caso. Incluso llegó a señalar que Manfredo Velásquez se encontraba con grupos guerrilleros del Salvador.

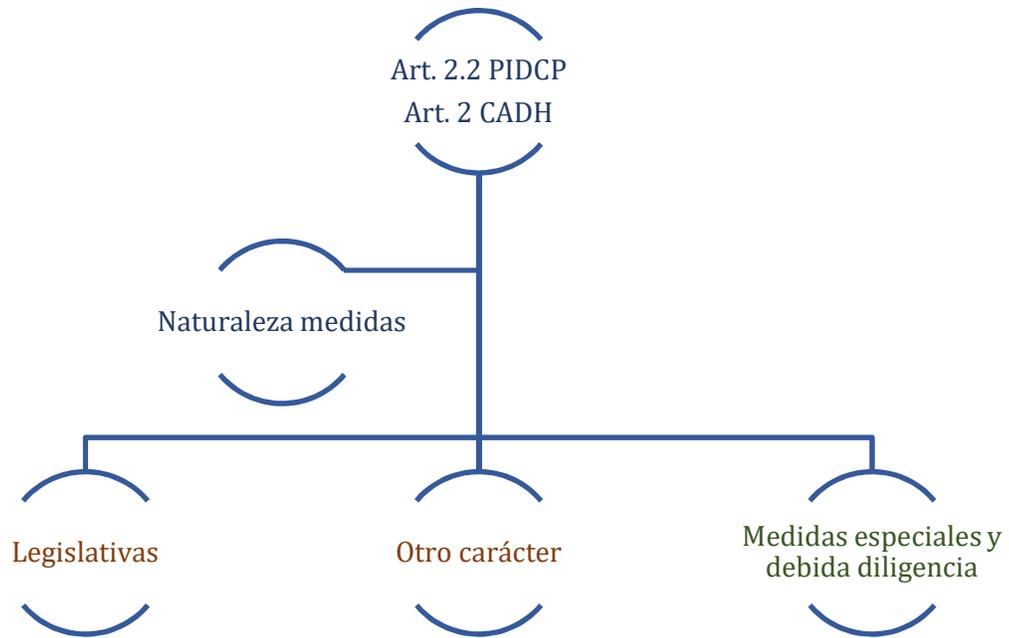
Entre los años 1981 a 1984, un número de personas entre 100 y 150 desapareció sin que se volviese a tener noticias de ellas. Estas desapariciones seguían un patrón muy similar. Todas ellas ocurrieron de día, en lugares poblados, con hombres armados, vestidos de civil y que actuaban con una aparente impunidad, en vehículos sin placa patente o con una falsa. La población consideraba como un hecho público y notorio que estos secuestros eran efectuados por agentes militares.

La Comisión denunció al Estado de Honduras por la violación de los Arts. 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal) y 7 (Derecho a la Libertad Personal) de la Convención.

PREGUNTAS RESPECTO DEL CASO

- *¿Qué obligación(es) general(es) estaría infringiendo el Estado de Honduras?*
- *¿Cuáles derechos se verían afectados por la práctica de desapariciones forzadas?*
- *¿Qué obligación internacional estaría incumpliendo el Estado de Guatemala?*
- *¿Qué reacción frente a estas violaciones debiera adoptar el Estado de Guatemala?*





3.3. 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, esto es, que estemos ante una afectación legítima de derechos humanos. 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 derechos¹⁰⁴.

Siempre debemos tener presente que hay algunos derechos que no admiten límites legítimos y por tanto, en estos casos la afectación de derechos configura un ilícito internacional. Estos derechos que quedan excluidos de estos límites son un reducido número que no admiten ni restricciones ni suspensión en su ejercicio, se les conoce como «derechos absolutos» o «normas pétreas», tales como las prohibiciones de esclavitud y de tortura, el derecho a la libertad de conciencia, a la personalidad jurídica o al nombre. Estos son acuerdos sustantivos (imperativos) y no sujetos al principio de mayor utilidad (utilitarismo)¹⁰⁵.

3.3.1. 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, entre otros), aquellos derechos que admiten restricciones particulares (derechos de propiedad, asociación de fuerzas armadas) y otros -la generalidad- que admitan restricciones generales. Nos centraremos en estos últimos.

¹⁰⁴ Ver Corte Interamericana, ver Cuadernillo de Jurisprudencia N°26. Restricción y suspensión de derechos humanos / Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Internacional (GIZ). -- San José, C.R. : Corte IDH, 2022.

¹⁰⁵ La idea de derechos absolutos la usamos aquí en el sentido de que no admiten límites legítimos (restricciones o suspensión). Sobre la discusión teórica y práctica en el derecho internacional de los derechos humanos ver Mavronicola, 2012: 723-758. Para una buena síntesis de la discusión teórica y también del debate posterior a los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 y la subsecuente «lucha contra el terrorismo» y los intentos por relativizar la prohibición de tortura ver: Garrigue, 2014.

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 condiciones, 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 ley¹⁰⁶. 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 establece¹⁰⁷ 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 limitaciones¹⁰⁸.

(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 otros¹⁰⁹.

¹⁰⁶ 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.

¹⁰⁷ Artículo 30 CADH: "Alcance de las Restricciones. Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas".

¹⁰⁸ Corte IDH. La expresión «leyes» en el artículo 30 de la Convención Americana sobre derechos humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A, N°6, párr. 17.

¹⁰⁹ A modo de ejemplo ver en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) la restricción a los derechos de libertad de expresión (art. 13), derecho de reunión (art. 15) y derecho de asociación (art. 16).

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” o límites a asociación de miembros de las fuerzas armadas.

(c) El tercer requisito es que las medidas de restricción respeten el principio de proporcionalidad¹¹⁰. 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 proporcional¹¹¹. Por ‘necesaria’ se ha entendido que no debe ser indispensable, pero sí que la restricción debe responder a una apremiante necesidad social.; así, 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” dice relación con que la medida debe ser aquella que consiga el fin buscado afectando de menor forma el goce o ejercicio del derecho objeto de la restricción, lo que implica que, si la hay una alternativa menos gravosa, debe emplearse esa alternativa¹¹².

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

¹¹⁰ Un excelente estudio sobre el alcance de este principio (desde una perspectiva fundamentalmente constitucional), ver Bernal, 2003.

¹¹¹ Corte IDH. La expresión «leyes» en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986, serie A, N°6, párr. 18.

¹¹² Corte IDH, Caso Jenkins vs. Argentina. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2019. Serie C, N°397, párr. 76.

de preservar formas de multiculturalidad como base del pluralismo que la caracteriza¹¹³. 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 para resolver el conflicto, 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 derechos¹¹⁴.

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.

Así las cosas, como es posible que se genere un conflicto entre los derechos y los intereses de la comunidad e incluso con otros derechos, ha sido necesario que la jurisprudencia desarrolle algunos criterios generales para resolver estos conflictos cuando se producen entre principios que no pueden ser anulados en beneficio de otros, sino que deben ser ponderados¹¹⁵. Por ello, no puede 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; como no hay jerarquía, 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; y la resolución de estos 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. Sobre esa base podremos decidir en el caso concreto cuál es el derecho que debe ceder para permitir el ejercicio del derecho que en el caso concreto sería más grave limitar y también se podrá evaluar hasta dónde es necesario que el derecho a ser limitado sea restringido, que nunca puede ser más allá de lo estrictamente indispensable para permitir el objetivo que justificó su límite¹¹⁶.

¹¹³ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 148.

¹¹⁴ Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párrs. 104-105.

¹¹⁵ Sobre juicio de ponderación la voz más autorizada e influyente en Latinoamérica es el profesor alemán Robert Alexy, en particular sobre el tema de juicio de ponderación. Ver Alexy, 2002.

¹¹⁶ Ver en esta materia un muy buen trabajo del profesor Prieto Sanchis (Prieto, 2003) y un estudio reciente de Jesús Casal (Casal, 2020).

CASOS DE ESTUDIO

COMUNICACIÓN No. 1119/2002: REPÚBLICA DE COREA¹¹⁷

El Sr. Jeong-Eun Lee, ciudadano de la República de Corea, señala que cuando cursaba el cuarto año de estudios de arquitectura en la Universidad de Konkuk, fue elegido Vicepresidente del Consejo General de Estudiantes de esa Universidad. Tal cargo lo convirtió automáticamente en miembro de la Convención de Representantes, el órgano decisorio de mayor rango de la Federación Coreana de Consejos de Estudiantes (Hanchongnyeon).

En 1997, el Tribunal Supremo de la República de Corea determinó que la Hanchongnyeon era un "grupo que favorecía al enemigo" y una organización antiestatal, en el sentido que podía poner en peligro la existencia y seguridad del Estado así como el orden democrático fundamental.

El 8 de agosto del mismo año fue detenido y posteriormente inculpado con arreglo a los párrafos 1 y 3 del artículo 7 de la Ley de seguridad nacional. Mediante fallo de 28 de septiembre de 2001, el Tribunal de Distrito de Seúl le impuso una pena de un año de prisión y un año de suspensión del ejercicio de sus derechos cívicos.

El párrafo 1 del artículo 7 de la Ley de seguridad nacional dice lo siguiente: "Toda persona que elogie o que sea instigadora o propagadora de las actividades de una organización antiestatal, o que sea miembro de una organización de esa índole, o cualquier persona que haya recibido órdenes o actúe de conformidad con ella, o que sea propagadora o instigadora de una rebelión contra el Estado, a sabiendas de que con ello puede poner en peligro la existencia y la seguridad del Estado o el orden democrático fundamental, será sancionada con una pena de prisión que no será superior a siete años". El párrafo 3 del artículo 7 de la Ley de seguridad nacional dice lo siguiente: "Toda persona que haya constituido una organización o se haya unido a ella con vistas a cometer los actos estipulados en el párrafo 1 del presente artículo será sancionada con pena de prisión por más de un año".

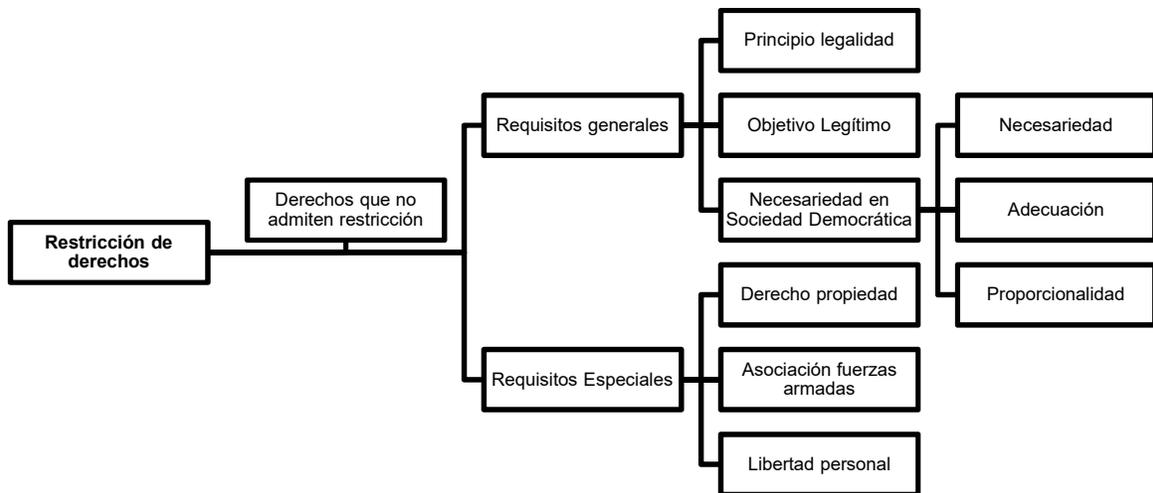
PREGUNTAS RESPECTO DEL CASO

- *¿Cumplió la medida de restricción con los requisitos establecidos internacionalmente?*
- *¿Fue establecida por ley? ¿Cuál es el propósito que persigue la medida? ¿Fue proporcional?*
- *¿Fue necesaria en una sociedad democrática?*

¹¹⁷ Caso completo en: ONU (en línea) [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.C.84.D.1119.2002.Sp?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.C.84.D.1119.2002.Sp?OpenDocument)

(Consulta: 07 enero 2010)

Restricciones legítimas Respecto de aquellos derechos que admiten un límite legítimo por parte de la autoridad estatal	
<p>El Estado, principalmente a través de la actividad judicial, debe velar porque esta medida cumpla con los siguientes requisitos</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1) Principio de legalidad: la medida debe estar establecida en la constitución o en la ley 2) Objetivo legítimo: la medida de restricción debe estar autorizada tanto por el derecho interno como por el derecho internacional de los derechos humanos 3) Proporcionalidad: la medida restrictiva división necesaria en una sociedad democrática (no hay otro medio menos lesivo para obtener el fin buscados), adecuada para lograr el fin (idónea para obtener lógicamente el resultado perseguido) y debe ser proporcional en sentido estricto (el daño al derecho debe ser el estrictamente necesario para obtener el objetivo legítimo)
<p>Si en el caso concreto no concurren todos y cada uno de los requisitos para legitimar una restricción de derechos, esta es ilegítima y por lo tanto se compromete la responsabilidad internacional del Estado por violación de derechos humanos</p>	



3.3.2. La suspensión temporal de obligaciones

En cuanto a la posibilidad de suspensión de derechos, debemos tener en cuenta que esta es una medida que procede en circunstancias extraordinarias en la vida de los países y que debe ser objeto de un escrutinio estricto porque abre espacios peligrosos para la vigencia de los derechos humanos. Este límite de derechos ha adquirido especial importancia en el marco de la pandemia del Covid-19, donde se han declarado estados de excepción constitucional en una gran cantidad de países que les han permitido a las autoridades tomar medidas excepcionales. Lo central para tener en cuenta es que estos momentos de excepcionalidad y crisis también son regulados por el derecho internacional de los derechos humanos y no implican facultades discrecionales para las autoridades.

En su regulación normativa, nos interesa revisar brevemente el Pacto de Derechos Civiles y políticos de Naciones Unidas (art. 4) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 27). El Pacto, en su artículo 4, permite a los Estados parte suspender temporalmente algunas obligaciones contraídas en virtud de dicho tratado; lo mismo hace la Convención Americana en su artículo 27.

En este sentido el artículo 4 establece:

1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.
2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.
3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión.

Por su parte, el artículo 27 señala:

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que,

en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

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 esta 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.

Una mirada conjunta de ambas normas nos permite establecer un cierto marco general para la suspensión de derechos. Así, las causales por las cuales se pueden suspender ciertas obligaciones del tratado son más amplias en la Convención Americana (guerra, peligro público u otra emergencia que amenace independencia o la seguridad del Estado) que en el Pacto, el cual solo permite estas medidas cuando está en riesgo la «vida de la nación».

Por otra, parte, ambos instrumentos coinciden en el hecho de que solo algunos derechos que pueden ser suspendidos y hay un amplio grupo de estos no admite suspensión alguna (art. 4.2 del Pacto; art. 27.2 de la CADH). En este sentido, 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). Es importante analizar con mayor profundidad el tema de las garantías judiciales en el contexto de suspensión de derechos. En este sentido, la Convención Americana es claramente es más restrictiva para los Estados, probablemente por la experiencia que el continente americano ha tenido con los estados de excepción. Así, 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 que, por unanimidad, opinó en la primera consulta

"que los procedimientos jurídicos consagrados en los artículos 25.1¹¹⁸ y 7.6¹¹⁹ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no pueden ser suspendidos conforme al artículo 27.2 de la misma, porque constituyen garantías judiciales indispensables para proteger derechos y libertades que tampoco pueden suspenderse según la misma disposición"¹²⁰.

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

¹¹⁸ El art. 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.

¹¹⁹ El art. 7 regula el derecho a la libertad personal y establece el recurso de hábeas corpus en su inciso 6.

¹²⁰ Corte IDH. El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 44.

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"¹²¹.

De la misma forma, 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 conjunto¹²².

Otro aspecto relevante es el requisito de la proporcionalidad se consagra 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 permite 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"¹²³. Así, las medidas que adopta la autoridad para enfrentar la situación de emergencia no son discrecionales, sino que deben regirse por ciertos principios: deben ser proporcionales, limitadas en el tiempo y en la forma en que se verán limitados los derechos (art. 4.1 del PIDCP, art. 27.1 de la CADH) y, en consecuencia, todas estas medidas deben estar directamente relacionadas con la situación de hecho que ha permitido que se dicten estas medidas; las medidas no pueden ser discriminatorias (art. 4.1 del PIDCP, art. 27.1 de la CADH); se entienden incluidas en la prohibición de suspensión

¹²¹ Corte IDH. Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 41.

¹²² CDH, Observación general No. 29 - Estados de emergencia (artículo 4), CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 , de 31 agosto 2001, párrs. 15 y 16.

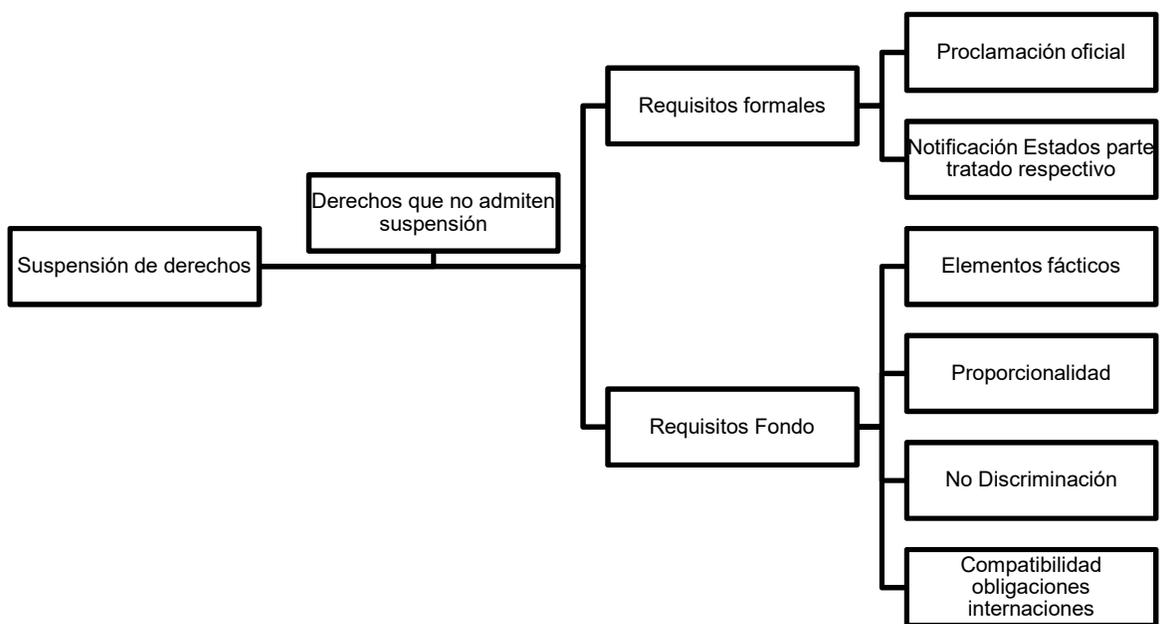
¹²³ CDH, Observación general No. 29 - Estados de emergencia (artículo 4), CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 , de 31 agosto 2001, párr. 4.

las garantías procesales que se basan en los principios de legalidad y del Estado de derecho inherentes a los instrumentos internacionales en su conjunto, y la prohibición de suspender obligaciones cuando esta es incompatible con las demás obligaciones internacionales del Estado en razón de que este debe aplicar la norma que más favorezca a los individuos (art. 4.1 del PIDCP, art. 27.1 de la CADH; cumplimiento de aspectos formales destinados al conocimiento y control de esta situación de excepcionalidad (art. 4.3 del PIDCP, art. 27.3 de la CADH).

En cuanto al tema de la prohibición de discriminación en el contexto de suspensión de derechos, 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, 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.

En relación con los aspectos formales de la declaración de los estados de excepción, 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.



CASOS DE ESTUDIO

Núm. 473.- Santiago, 19 de octubre de 2019.

Visto: Lo dispuesto en los artículos 32° N° 5, y 42, de la Constitución Política de la República de Chile; en la Ley N° 18.415, Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción; y en la resolución N° 7, de 2019, de la Contraloría General de la República, y

Considerando:

1.- Que, durante la presente jornada, han tenido lugar múltiples atentados contra la propiedad pública y privada, además de desórdenes públicos y barricadas que han impedido la adecuada circulación de vehículos y personas a través de la Región, afectándose con ello la garantía de libre circulación de las personas, así como el orden y la seguridad públicos.

2.- Que, todo lo anterior, representa una grave alteración del orden público, frente a la cual el Estado debe actuar con todos los medios disponibles, con el objeto de asegurar la integridad, seguridad y tranquilidad de sus habitantes, requiriéndose de medidas extraordinarias orientadas a la protección de las personas y sus bienes.

3.- Que, de conformidad a los fundamentos expuestos, se hace necesaria la dictación del correspondiente acto administrativo, por lo que vengo en dictar el siguiente:

Decreto:

Artículo primero: Declárase estado de excepción constitucional de emergencia, como zona afectada, la Región de Valparaíso, con excepción de la provincia de Isla de Pascua y la comuna de Juan Fernández, por un plazo de 15 días desde la publicación del presente decreto en el Diario Oficial, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 8° de la ley No. 18.415.

Artículo segundo: Designese como Jefe de la Defensa Nacional en la zona señalada en el artículo anterior al Contralmirante, señor Juan Andrés de la Maza Larraín, cédula nacional de identidad N° 7.025.884-6.

Artículo tercero: En el ejercicio de sus funciones, el Jefe de la Defensa Nacional tendrá todas las facultades previstas en el artículo 5° de la ley No. 18.415, y específicamente la prevista en su número 1, esto es, asumir el mando de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública que se encuentren en la zona declarada, para los efectos de velar por el orden público y de reparar o precaver el daño o peligro para la seguridad en la zona, debiendo observar las facultades administrativas de las autoridades institucionales colocadas bajo su jurisdicción, especialmente, la del Intendente de la Región de Valparaíso. Anótese, tómese razón, comuníquese y publíquese.- SEBASTIAN PIÑERA ECHENIQUE, Presidente de la República.- Andrés Chadwick Piñera, Ministro del Interior y Seguridad Pública.- Alberto Espina Otero, Ministro de Defensa Nacional.

PREGUNTAS RESPECTO DEL CASO

- ¿Cuáles fueron las causales invocadas por el gobierno de Chile?
- ¿Cumple la suspensión con el requisito de proporcionalidad?

Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador¹²⁴

Los señores Wilmer Zambrano Vélez, Segundo Olmedo Caicedo y José Miguel Caicedo fueron ejecutados durante un operativo de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional de Ecuador, realizado en el marco de una suspensión de garantías no ajustada a los parámetros pertinentes. Asimismo, más de trece años después de ocurridos los hechos, el Estado no efectuó una investigación seria ni identificó a los responsables materiales e intelectuales de las ejecuciones de las víctimas, razón por la cual éstos se encuentran impunes.

El decreto en cuestión (Decreto No. 86 de 3 de septiembre de 1992) establecía:

Considerando

Que en todo el territorio nacional y, especialmente en las ciudades de Quito y Guayaquil, continúan suscitándose hechos de vandalismo, atentados contra la integridad física de las personas y considerables perjuicios a la propiedad pública y privada, que han determinado un grave estado de conmoción interna;

Que es indispensable mantener y defender el sistema jurídico y democrático de la República, así como precautelar el orden y la seguridad de los habitantes del ECUADOR, arbitrando las medidas adecuadas; y

En ejercicio de las atribuciones legales,

ARTICULO PRIMERO.- Dispónese la intervención de las Fuerzas Armadas en todo el territorio nacional, como medio de precautelar la seguridad de las personas y de los bienes públicos y privados.

ARTICULO SEGUNDO.- El presente Decreto entrará en vigencia desde la presente fecha, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial y de su cumplimiento encárguese el señor Ministro de Defensa Nacional.

PREGUNTAS RESPECTO DEL CASO

- *¿Cuáles fueron las causales invocadas por el gobierno de Ecuador?*
- *¿El derecho afectado es susceptible de suspensiones?*
- *¿Cumple la suspensión con el requisito de proporcionalidad?*

¹²⁴ Caso completo en: CIDH (En línea) http://www.corteIDH.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_166_esp1.pdf (Consulta: 07 Enero 2010)

3.4. La interpretación

Un aspecto que no puede ser omitido es que en materia de derechos humanos debemos aplicar reglas particulares de interpretación¹²⁵. Las normas para la interpretación de los tratados están contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El artículo 31 de dicho tratado establece que:

31.1. 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.

Para estos efectos, el contexto de un tratado comprende: a) el texto, incluyendo el preámbulo y los anexos; b) todo acuerdo que se refiere al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración de este; y c) 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)). La formulación de la norma del artículo 31 acentúa la idea de que los diversos elementos que la configuran forman un sistema de interpretación sin que haya entre ellos ninguna jerarquía: toda norma convencional debe interpretarse teniendo en cuenta simultáneamente la buena fe, el sentido corriente de los términos en el contexto del tratado y el objeto y fin de este. En cuanto a la historia de la adopción del tratado (*les travaux préparatoires*), la Convención de Viena la relega a una posición secundaria.

El primer criterio hermenéutico que nos interesa es el *carácter dinámico o evolutivo de la interpretación*, que se refiere a la obligación que tiene el intérprete, en cada caso, de buscar aquella lectura de la norma que le permita al titular gozar y ejercer sus derechos humanos frente a nuevas realidades que pudieran estar fuera del imaginario de los Estados al momento de consagrar los derechos en instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Así ha sido destacado por la Corte Interamericana:

En otras oportunidades, tanto este Tribunal como la Corte Europea de Derechos Humanos, han señalado que los tratados de derechos Humanos son instrumentos vivos, cuya

¹²⁵ Sobre interpretación en materia de derechos humanos ver Salvioli, 2019: 385-438; Rodríguez, 2019: 869-877.

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 Derechos de los Tratados¹²⁶.

Esta técnica, por tanto, exige interpretar las normas sobre derechos humanos de modo que estas se adapten a las nuevas realidades y puedan ser efectivas en el momento que se les interpreta.

Un segundo criterio relevante con fines interpretativos es el de la *integralidad en la interpretación*. A partir de esta idea, el artículo 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) 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.

En el sistema interamericano, la idea de la integralidad está reflejada y ampliada en las letras b), c) y d) del artículo 29 de la Convención Americana (1969). La letra b) de este tratado interamericano reproduce la idea del artículo 5.2 del Pacto y en su letra c) no permite que se interprete ninguna norma de la Convención en el sentido de «excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno»¹²⁷. Asimismo, en la letra d) del artículo 29 establece que ninguna disposición de la Convención será interpretada en el sentido de «excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza». Esta norma apoya la posición de que las resoluciones de órganos internacionales pueden llegar a tener valor jurídico, aun cuando formalmente y en principio no parecieran tenerlo, y señala que el intérprete no las puede ignorar¹²⁸.

¹²⁶ Corte IDH. Caso Yakye Axa vs Paraguay. (2005), párrafos 66 y 67.

¹²⁷ Recordamos aquí, como ejemplo de esta posición, la interpretación hecha por la Corte Interamericana de la expresión «garantías judiciales indispensables», inserta en el art. 27 de la CADH. Ver Corte IDH. Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A, N°9).

¹²⁸ Corte IDH. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989. Serie A, N°10, párr. 36.

En consecuencia, para determinar el contenido y alcance de una norma en materia de derechos humanos debemos estar a todos los actos de voluntad del Estado y verificar si en los instrumentos del que es parte, en los principios generales y otros actos (resoluciones internacionales, actos de voluntad del Estado, entre otros) podemos encontrar elementos que nos permitan dar sustancia a los derechos objeto de interpretación.

Finalmente, en materia de interpretación en derechos humanos, atendido el objeto y fin de esta normativa (la protección eficaz de los individuos), el criterio central en materia de interpretación es la *interpretación pro persona*. En efecto, si consideramos que uno de los elementos para interpretar la norma internacional es la consideración del objeto y fin del tratado, y que estos son la protección de los derechos humanos, puede concluirse que la interpretación debe ser siempre en favor del individuo. Esto ha sido reiterado por la Corte Interamericana, que expresó en el primer asunto del que conoció que "... el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, siempre que ello no implique una alteración del sistema"¹²⁹ y constituye el norte que debe guiar al intérprete en todo momento. A mayor abundamiento, la Corte vincula la 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 solo es aplicable a las normas sustantivas, sino que también a las normas procesales¹³⁰. Esta preferencia interpretativa tiene dos manifestaciones: a) la interpretativa extensiva de los derechos y b) la interpretativa restringida de los límites (Castilla, 2009).

La interpretación extensiva tiene diversas expresiones.

- En primer lugar, que el principio *pro persona* debe ser una guía en el sentido de que los derechos deben ser interpretados de la manera más amplia posible para dar efectividad a su concreción en el caso en cuestión y dotar a la norma de un efecto útil para que logre garantizar el goce y ejercicio de los derechos de las personas. La segunda son aquellos casos en que existe más de una interpretación posible de un texto, en cuyo caso debe preferirse aquella que de mejor manera respete y garantice el pleno goce y ejercicio de derechos. Una tercera manifestación de la interpretación

¹²⁹ Corte IDH. Asunto de Viviana Gallardo y otras. Serie A, N°101, párr. 16.

¹³⁰ Corte IDH. Caso de la «Masacre de Mapiripán» vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, N°134, párr. 105.

extensiva serían aquellos casos en los cuales la norma es contraria a los derechos humanos y no es posible su interpretación conforme al tratado. En dichos casos de acuerdo con el principio pro persona la norma podría ser inaplicada en el asunto en concreto.

- En cuanto a la preferencia interpretativa restringida de los límites, es posible señalar que la Convención de Viena dispone que uno de los elementos para interpretar los tratados lo constituye el fin y el objeto (que en el caso de los tratados que nos ocupan apunta a la protección de los derechos humanos) y como consecuencia la interpretación de dichos convenios siempre debe hacerse a favor del individuo. Así, los límites legítimos de las obligaciones del Estado siempre deben interpretarse de manera estricta. El equilibrio de la interpretación se obtiene orientándolo en el sentido más favorable al destinatario y respetando el principio de proporcionalidad en la afectación de los derechos. Otro punto que hay que tener en consideración es que este principio se aplica no solo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino que también en relación con las normas procesales.
- El segundo uso que tiene este principio se refiere a la preferencia de normas, que a su vez tiene dos manifestaciones: a) preferencia de la norma más protectora y b) la conservación de la norma más favorable. La preferencia normativa aporta una solución práctica de gran importancia frente al supuesto de colisión de normas. Esta interpretación desplaza la tradicional discusión sobre la jerarquía de las normas, ya que si el fin último es la protección de los derechos de la persona, lo que importa es la aplicación de la norma que mejor dé vigencia a los derechos humanos, sin importar la posición que ocupe en el entramado jurídico. Cuando el principio se manifiesta de la primera manera, mediante la aplicación de la norma más protectora, permite al juez seleccionar de entre varias normas concurrentes o al menos de entre dos normas aquella cuyo contenido ofrezca una protección más favorable a la persona o aquella que contenga de manera más especializada la protección que se requiere para el individuo o víctima en relación con sus derechos humanos. Y cuando el principio se manifiesta mediante la conservación de la norma más favorable se añade un elemento de temporalidad, ya que se trata de casos en los que una norma posterior puede dejar sin aplicación o incluso derogar una norma anterior de igual o inferior jerarquía, ya sea de manera expresa o tácita con el fin de proteger de mejor manera los derechos humanos.

En definitiva, la interpretación pro persona es un instrumento vital para que las autoridades estatales puedan ejercer sus funciones de control y protección adecuadamente, ya que configura un parámetro claro para decidir en casos donde puede haber más de una

interpretación razonable dentro del sistema normativo u opiniones contrapuestas de distintas autoridades. Poder resolver estas tensiones dentro de un sistema sólidamente fundado en la lógica del sistema internacional de derechos humanos puede ser de gran ayuda para la fundamentación y motivación de las decisiones por parte de todas las autoridades del Estado.

Por su parte, la Corte IDH ha establecido que el principio *pro persona* le entrega al intérprete una guía en el sentido de que los derechos deben ser interpretados de la manera más amplia posible para su efectiva concreción en el caso, y las restricciones deben ser miradas de una manera lo más estricta posible, de forma tal que no sean desproporcionadas en el tiempo en cuanto al objetivo legítimo para hacer convivir dos derechos o intereses que están en contraposición¹³¹.

Por último, es importante en materia interpretativa recordar algunas cuestiones sobre las resoluciones internacionales (*soft law*)¹³². Es necesario reiterar que estos son instrumentos internacionales que cumplen un papel interpretativo en materia de derechos humanos. Si los tratados internacionales contienen un catálogo de derechos y libertades y estos están acompañados de códigos de conducta exigentes para los Estados, es necesario poder determinar el contenido y alcance de estos derechos en casos concretos. Para ello es necesario siempre un ejercicio de interpretación. Como hemos visto, en el sistema convencional interamericano, la letra d) del artículo 29 establece que ninguna disposición de la Convención será interpretada en el sentido de «excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza». Esta norma apoya la posición de que las resoluciones de órganos internacionales pueden llegar a tener valor jurídico aun cuando formalmente y en principio no parecieran tenerlo, y dispone que el intérprete no puede ignorarlas. De esta forma, a partir de una interpretación *pro persona* que tiene como fin último lograr la mejor protección de los derechos humanos, un análisis de las fuentes que dotan de contenido y alcance a las normas vinculantes es un ejercicio necesario. Por ello, la sugerencia es no quedar atrapados en el debate sobre la fuerza vinculante, en gran parte superado a través de la aplicación de la interpretación *pro persona*.

¹³¹ Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A, N°5, párr. 51.

¹³² Sobre este tema los textos clásicos de estudio son Higgins, 1994: 17-38; Pocar, 1995.

CASOS DE ESTUDIO

Caso Mayagna Awas Tingni vs. Nicaragua

- *La Comunidad Awas Tingni (de la etnia Mayagna o Sumo) es una comunidad indígena de la Costa Atlántica de Nicaragua situada en la Región Autónoma Atlántico Norte (RAAN).*
- *La propiedad indígena se haya reconocida por el ordenamiento jurídico paraguayo, sin embargo las tierras de la comunidad Awas Tingni no se encuentran adecuadamente delimitadas.*
- *En marzo de 1996 el Estado de Nicaragua, a través del Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales (MARENA), otorgó una concesión por 30 años a la empresa coreana SOLCARSA para explotar 62,000 hectáreas de selva tropical en la región de la Costa Atlántica, dentro de las tierras reclamadas por la Comunidad Mayagna.*
- *La Comisión demandó, entre otras cosas, al Estado por no haber demarcado las tierras comunales de la Comunidad Awas Tingni, ni haber tomado medidas efectivas que aseguren los derechos de propiedad de la Comunidad en sus tierras ancestrales y recursos naturales,*
- *A la fecha de dictación de la Sentencia, el referido proyecto de ley que regularizaba la situación no había sido aprobado como ley en Nicaragua.*

PREGUNTAS

- *¿Qué derecho(s) se ve(n) afectado(s) en este caso?*
- *¿Qué particularidades presenta la interpretación de los tratados sobre DD.HH?*
- *¿Cómo podría interpretarse el art. 21 de la Convención para dar lugar al reclamo de la comunidad Awas Tingni?*

Caso Gregoria López Ostra vs. España

La señora Gregoria López Ostra es una ciudadana española, residente junto a su familia en la ciudad de Lorca (Murcia), relativamente cerca del centro de la ciudad. En esa zona, existe una gran concentración de industrias del cuero. A sólo 12 metros de su vivienda se instaló una planta depuradora de desechos líquidos y sólidos de la empresa, construida con subsidio del Estado.

El mal funcionamiento de la depuradora originó la producción de emanaciones de gas, olores pestilentes y contaminación que afectaron principalmente a los vecinos del barrio donde residía la señora López Ostra. Los habitantes fueron evacuados de sus casas y realojados gratuitamente en el centro de la ciudad entre julio y septiembre de 1988.

Un mes más tarde, la señora López Ostra y su familia se trasladó de nuevo a su casa, donde vivió hasta febrero de 1992. En febrero de 1993 tuvo que comprar una casa en un lugar distinto de la ciudad, por su precaria condición de vivienda.

La señora López Ostra recurrió ante las instancias internas. El Tribunal consideraba que la depuradora no constituía un peligro grave para la salud de las familias, aunque sí causaba un deterioro de su calidad de vida pero que ello no era suficientemente importante para suponer un atentado a los derechos fundamentales reclamados. La recurrente apeló ante el Tribunal Supremo quien rechazó el recurso.

La señora López Ostra acudió entonces ante la Comisión Europea de Derechos Humanos alegando la vulneración del art. 8, párrafo 1 y del art. 3, estimando que era víctima de una violación de su derecho a respetar su domicilio, haciendo imposible su vida privada y familiar, así como ser sometida a un trato degradante.

Convenio Europeo de Derechos Humanos

Artículo 3. Prohibición de la tortura. Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

Artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar. 1 Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

PREGUNTAS

- 1. ¿Cree Ud. Que se ha visto infringido el derecho de la señora López Ostra al respeto de su domicilio, vida privada y familiar, en los términos que consagra el art. 8º?*
- 2. ¿Pudo el Estado haber actuado de manera tal de conciliar el interés del bienestar económico de la ciudad -el de tener una planta de tratamiento de residuos- y el disfrute efectivo de la recurrente de su derecho al respeto a su domicilio y a su vida privada y familiar?*
- 3. ¿Considera correcto afirmar que la señora López Ostra ha sido sometida a un "trato degradante" en los términos que establece el art. 3º?*

4. Interpretación

→ Art. 31 Convención de Viena

↓
Interpretación de buena fe

- a) Interpretación pro persona
- b) Interpretación dinámica
- c) Interpretación integral

5. Responsabilidad internacional del Estado

• Elementos que configuran la responsabilidad internacional

- a) Acto u omisión que viole una obligación establecida por una norma de derecho internacional
- b) Acto ilícito debe ser imputable al Estado

• Responsabilidad por actos de privados: Responsabilidad por incumplimiento de obligaciones que tiene el Estado. No existe responsabilidad directa.

• Legitimidad de la acción internacional: Responsabilidad estatal sólo puede exigirse internacionalmente cuando Estado haya tenido oportunidad de repararlo por sus propios medios.

• Consecuencias de la responsabilidad internacional

Obligación de reparar a las víctimas

4. 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.

Este tema debe ser ubicado en un contexto más amplio de las diversas responsabilidades que surgen de las violaciones de derechos humanos; en efecto, estas pueden ser de diversa naturaleza, institucionales, históricas e incluso morales¹³³. Todo ello con independencia de las responsabilidades personales que pueden surgir para los agentes estatales involucrados en los ilícitos internacionales (políticas, penales, civiles o administrativas).

4.1. Elementos de la responsabilidad internacional del Estado por violaciones de derechos humanos

La responsabilidad internacional del Estado surge cuando existe un ilícito internacional en materia de derechos humanos (incumplimiento de las obligaciones del Estado respecto del catálogo de derechos tal como la analizamos previamente) y este es imputable a la actuación (acción u omisión) de agentes estatales¹³⁴. ¿Qué quiere decir esto en materia de derechos humanos? El Estado es responsable cuando incumple las obligaciones que ha adquirido internacionalmente en materia de derechos humanos, ya sea porque realizó un acto que directamente violó los derechos humanos o porque omitió actuar cuando debería haberlo hecho. Esta responsabilidad se genera de manera inmediata cuando se infringen las normas obligatorias. ¿A qué normas nos referimos? Las obligaciones a las que hacemos referencia se encuentran establecidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos que ha

¹³³ Para Jaspers la responsabilidad puede ser de cuatro formas: criminal, política, moral y metafísica. Esto permitió en la posguerra (1946-1947) enfrentar el tema de la responsabilidad en Alemania de una forma más amplia que la mera discusión penal individual (Jaspers, 1998).

¹³⁴ “Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado” (CDI, 2001: artículo 2).

suscrito el Estado, así como también en prácticas consuetudinarias que de acuerdo con el derecho internacional público son consideradas obligatorias. Cuando nos referimos a acciones u omisiones del Estado implica que cualquier poder u órgano estatal que viole obligaciones internacionales (Poder Ejecutivo, Judicial o Legislativo) hace incurrir al Estado en responsabilidad internacional.

En el sistema interamericano, a partir de la sentencia en el caso *La Última Tentación de Cristo*, 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 daño¹³⁵.

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. 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 internacional¹³⁶.

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, 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

¹³⁵ “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. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 72. Para una explicación completa de los alcances de este fallo, ver voto concurrente juez A.A. Cançado Trindade, en la misma sentencia.

¹³⁶ Corte IDH. Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 107.

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. 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. 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, incluyendo la Constitución¹³⁷.

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 Estado¹³⁸.

La responsabilidad estatal internacional es el tipo de responsabilidad que revisan los organismos internacionales de protección de derechos humanos. Cuando, por ejemplo, la Corte

¹³⁷ Corte IDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 72.

¹³⁸ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124.

Interamericana de Derechos Humanos emite un fallo constatando que existieron violaciones de derechos humanos en Chile, lo que hace es analizar la responsabilidad del Estado en su conjunto. Esta responsabilidad internacional solo puede ser exigida una vez que el Estado ha podido actuar a nivel interno. Para que un caso se considere resuelto a nivel interno es necesario que se reconozca la responsabilidad, cese la violación y se repare a las víctimas¹³⁹.

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.

La Corte Interamericana 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 Convención¹⁴⁰.

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

¹³⁹ La Corte Interamericana ha dicho: “[...] En este sentido, la Corte ha señalado que la responsabilidad estatal bajo la Convención solo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de reconocer, en su caso, una violación de un derecho, y de reparar por sus propios medios los daños ocasionados. En consecuencia, el Tribunal ha establecido que los Estados no son internacionalmente responsables cuando han reconocido la comisión de un hecho ilícito internacional, han cesado la violación, y han reparado las consecuencias de la medida o situación que lo configuró” (Corte IDH. Caso Urrutia Laubreaux vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de agosto de 2020. Serie C, N°409, párr. 91 (parte final)).

¹⁴⁰ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 172. En el mismo sentido Corte IDH. Caso Pavez Pavez Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2022. Serie C No. 449, párr. 111.

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 Convención¹⁴¹.

Un aspecto que ha ido tomando especial relevancia en materia de responsabilidad por actos de terceros dice relación con la responsabilidad de las empresas. En este sentido, el sistema sigue operando bajo la lógica que el destinatario de las obligaciones en derechos humanos es el Estado y éste debe regular y fiscalizar la actividad de las empresas para que esta no incurran en actos que de haber sido cometidos por agentes estatales sería una violación de derechos humanos¹⁴².

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.

4.2. Momento en que se configura la responsabilidad internacional y sus efectos

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 esta puede ser exigida a nivel supranacional. La Corte señala que la “[L]a 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”¹⁴³.

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 (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

¹⁴¹ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 173.

¹⁴² Corte IDH. Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) Vs. Honduras. Sentencia de 31 de agosto de 2021. Serie C No. 432, párrs. 48 y 49.

¹⁴³ Corte IDH. Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 113.

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.

En este sentido, la Corte Interamericana ha llamado la atención sobre el carácter complementario del sistema internacional de derechos humanos:

El referido carácter complementario de la jurisdicción internacional significa que el sistema de protección instaurado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que las complementa. De lo anterior se desprende que, en el sistema interamericano, existe un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión, y los mecanismos de protección, tanto los nacionales como los internacionales, puedan ser conformados y adecuados entre sí. Así, la jurisprudencia de la Corte muestra casos en que se retoman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico; en otros casos se ha reconocido que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso; ya han resuelto la violación alegada; han dispuesto reparaciones razonables, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad. En este sentido, la Corte ha señalado que la responsabilidad estatal bajo la Convención solo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de reconocer, en su caso, una violación de un derecho, y de reparar por sus propios medios los daños ocasionados. En consecuencia, el Tribunal ha establecido que los Estados no son internacionalmente responsables cuando han reconocido la comisión de un hecho ilícito internacional, han cesado la violación, y han reparado las consecuencias de la medida o situación que lo configure¹⁴⁴.

Por lo tanto, existen tres momentos a tener en cuenta respecto a la responsabilidad internacional de un estado por violación a sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos:

¹⁴⁴ Corte IDH. Caso Urrutia Laubreaux vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de agosto de 2020. Serie C, N°409, párr. 91.

- La responsabilidad se configura al momento de concurrir los elementos de ésta: la infracción a una obligación internacional por acción u omisión atribuible al Estado.
- La legitimación para concurrir a una instancia internacional sólo se da cuando, además de configurarse la responsabilidad del Estado, se han agotado todos los recursos internos.
- Las obligaciones que surgen a partir de la responsabilidad (reparación) son exigibles desde que se configura la responsabilidad en el ámbito interno.

En cuanto a los efectos, es relevante considerar dos cuestiones. Por una parte, que al configurarse la responsabilidad internacional el Estado sigue obligado al cumplimiento de la obligación incumplida, esto es, debe cesar con la actuación (acción u omisión) que configura el ilícito internacional¹⁴⁵. Procesalmente, la responsabilidad internacional solo puede ser exigida ante las instancias internacionales una vez que el Estado ha podido actuar a nivel interno¹⁴⁶. Así, para que un caso se considere resuelto a nivel interno es necesario que se reconozca la responsabilidad, cese la violación y se repare a las víctimas¹⁴⁷. Para cesar la violación el Estado debe adoptar medidas efectivas y cuando las violaciones son consecuencias de situaciones

¹⁴⁵ Principios sobre Responsabilidad Internacional del Estado por hechos ilícitos (CDI): “Artículo 30: cesación y no repetición. El estado responsable del hecho internacionalmente ilícito está obligado: A) a ponerle fin, si ese hecho continúa; B) a ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen”.

¹⁴⁶ La responsabilidad solo puede ser exigida a nivel internacional una vez que el Estado ha podido 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. Sobre este importante tema ver Faúndez, 2007.

¹⁴⁷ La Corte Interamericana ha dicho: “[...] En este sentido, la Corte ha señalado que la responsabilidad estatal bajo la Convención solo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de reconocer, en su caso, una violación de un derecho, y de reparar por sus propios medios los daños ocasionados. En consecuencia, el Tribunal ha establecido que los Estados no son internacionalmente responsables cuando han reconocido la comisión de un hecho ilícito internacional, han cesado la violación, y han reparado las consecuencias de la medida o situación que lo configuró” (Corte IDH. Caso Urrutia Laubreaux vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de agosto de 2020. Serie C, N°409, párr. 91 (parte final)).

creadas directamente por el Estado, el estándar que se exige de la actuación estatal es alto, ya que se exige que las medidas sean necesarias, suficientes y eficaces¹⁴⁸. Como ejemplos de medidas de cese de la violación podemos señalar, órdenes de liberación en caso de privación de la libertad en contradicción con la Convención Americana, dejar sin efecto leyes discriminatorias, tomar medidas de control de convencionalidad que apliquen la legislación de origen nacional acorde a estándares internacionales, entre otras.

La otra consecuencia que el hecho de que se configure responsabilidad internacional es que surge una nueva obligación (obligación secundaria ya que la obligación primaria sigue vigente y no es sustituida), cual es, la de reparar integralmente el daño o perjuicio que se haya provocado por el actuar ilícito que le es atribuible al Estado (vemos el tema de la reparación en el apartado siguiente en este Curso).

4.4. Excepciones a la responsabilidad

No puede excepcionarse la responsabilidad invocando normas del Derecho interno, según lo establecido en el artículo 27 de la Convención de Viena para el Derecho de los Tratados: *“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.”*

Tampoco puede excepcionarse la responsabilidad argumentando que otros Estados no cumplen, a pesar de que esto sea permitido para otros tratados por el artículo 60 de la Convención de Viena: *“Una violación grave de un tratado bilateral por una de las partes facultará a la otra para alegar la violación como causa para dar por terminado el tratado o para suspender su aplicación total o parcialmente.”*

¹⁴⁸ La Corte Interamericana ha señalado: “[...] 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. La declaratoria de ilegalidad de éstos debía traducirse en la adopción de medidas suficientes y efectivas para evitar las consecuencias del riesgo creado” (Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 126).

Así mismo, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, en su informe sobre Chile en 2019 (donde constata violaciones de derechos humanos en el marco de las protestas sociales de octubre de 2019), concluyó expresamente “Preocupa también a la ACNUDH que casos de lesiones oculares continuaron reproduciéndose, pese a la existencia, desde la etapa inicial de las protestas, de información relacionada con el impacto causado por armas menos letales. Hubo una omisión por parte de los responsables al no adoptarse medidas eficaces, expeditas y oportunas para minimizar el riesgo para las personas” (Informe de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos sobre la Misión a Chile 30 de octubre – 22 de noviembre de 2019, conclusión 7).

CASOS DE ESTUDIO

Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras

El 12 de septiembre de 1981, entre las 16.30 y las 18.00 hrs. en la ciudad de Tegucigalpa, Honduras, desapareció el estudiante Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez, quien según testimonio de testigos, fue secuestrado por varios hombres, fuertemente armados, vestidos de civil, que se movilizaban en un vehículo sin placa patente. Desde esa fecha no se tuvieron más noticias sobre el paradero de Velásquez Rodríguez y el gobierno hondureño no realizó ninguna acción para dar con él y cerró todos los expedientes judiciales que se abrieron para esclarecer el caso. Incluso llegó a señalar que Manfredo Velásquez se encontraba con grupos guerrilleros del Salvador.

Entre los años 1981 a 1984, un número de personas entre 100 y 150 desapareció sin que se volviese a tener noticias de ellas. Estas desapariciones seguían un patrón muy similar y todas ellas ocurrieron de día, en lugares poblados, con hombres armados, vestidos de civil y que actuaban con una aparente impunidad, en vehículos sin placa patente o con una falsa. La población consideraba como un hecho público y notorio que estos secuestros eran efectuados por agentes militares.

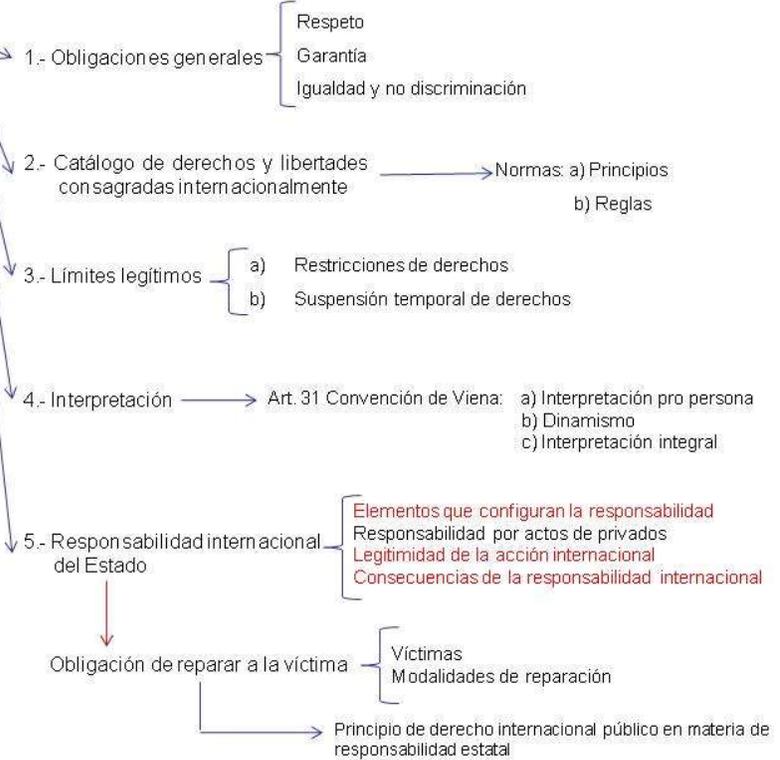
La Comisión denunció al Estado de Honduras por la violación de los Arts. 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal) y 7 (Derecho a la Libertad Personal) de la Convención.

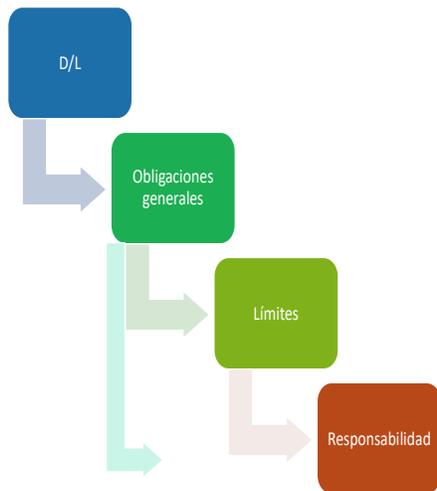
PREGUNTAS RESPECTO DEL CASO

- *¿Existe una obligación establecida por una norma del derecho internacional vigente para el Estado de El Salvador?*
- *¿El acto atentatorio con el derecho a la vida y a la integridad personal es imputable al Estado?*
- *¿Cuál o cuáles poderes del Estado son responsables de estas violaciones?*
- *¿Se configura entonces la responsabilidad internacional del Estado de El Salvador?*

SISTEMA INTERNACIONAL DE RESPONSABILIDAD ESTATAL

Normas comunes





Normas Relevantes

Comisión Derecho Internacional. Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (AG/56/83), 12 de diciembre de 2001

Artículo 1: responsabilidad del estado por sus hechos internacionalmente ilícitos

Todo hecho internacionalmente ilícito del estado genera su responsabilidad internacional.

Artículo 2: elementos del hecho internacionalmente ilícito del estado

Hay hecho internacionalmente ilícito del estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión:

A) es atribuible al estado según el derecho internacional; y

B) constituye una violación de una obligación internacional del estado.

Artículo 3: calificación del hecho del estado como internacionalmente ilícito

La calificación del hecho del estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno.

Artículo 4: comportamiento de los órganos del estado

1. Se considerará hecho del estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del estado.

2. Se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del estado.

Artículo 12: existencia de violación de una obligación internacional

Hay violación de una obligación internacional por un estado cuando un hecho de ese estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación.

Artículo 29: continuidad del deber de cumplir la obligación

Las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito con arreglo a lo dispuesto en esta parte no afectan la continuidad del deber del estado responsable de cumplir la obligación violada.

5. LA OBLIGACIÓN DE REPARAR A LA VÍCTIMA

5.1. Naturaleza y concepto de la obligación de reparar.

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 (Nash, 2013; Correa, 2019). 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 hacerlo¹⁴⁹.

En cuanto a su incorporación en los tratados de derechos humanos, podemos destacar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 63.1) 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.

De esta forma, cuando se configura responsabilidad del Estado no solo se mantiene la obligación principal vigente y, en consecuencia, debe cesar el ilícito, sino que además surge una nueva obligación, cual es, la de reparar integralmente a las víctimas por el daño sufrido por la violación de sus derechos. En consecuencia, la reparación es una consecuencia de responsabilidad internacional que consiste en adoptar todas las medidas necesarias para hacerse cargo del daño ocasionado por el ilícito internacional atribuible al Estado.

¹⁴⁹ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 25.

La Corte Interamericana, para definir el concepto de reparación, ha dado siempre un concepto genérico, enumerando las distintas formas que puede tomar la reparación:

La reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas cómo 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 lesivos¹⁵⁰.

Sin embargo, este concepto no da cuenta de los alcances de lo que significa el derecho a una reparación integral. La reparación integral debe ser entendido como el derecho de la víctima de una violación de derechos humanos y su entorno a ser restaurados en los perjuicios causados por el actuar ilícito del Estado, a ser compensada en los perjuicios de alcance económico sufridos, en ser rehabilitadas de las secuelas físicas y psicológicas sufridas, a que se restablezca su buen nombre y la relación con la comunidad y el Estado que se ve dañada por el ilícito sufrido; asimismo, comprende el derecho de la víctima, su entorno inmediato y la sociedad en su conjunto (entorno mediato) a que se corrijan aquellos aspectos que permitieron la violación y a que se adopten las medidas transformadoras para evitar que situaciones estructurales de violación de derechos humanos sigan causando dichas violaciones.

De esta forma, las medidas de reparación pueden ser de naturaleza restitutorias, compensatorias, correctivas y/o transformadoras¹⁵¹ y deben reparar el daño a la víctima directa, su entorno inmediato (familia, comunidad) y entorno social relevante (sociedad en su

¹⁵⁰ Corte IDH. Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 41.

¹⁵¹ Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C, N°163, párr. 198.

conjunto). Con dicho fin, el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias, lo que incluye la adopción de medidas administrativas, legislativas y de políticas públicas de reparación del daño¹⁵².

En consecuencia, para tener una respuesta integral desde la víctima, la reparación también debe hacerse cargo del impacto de la violación sufrida y de las causas basales de dicho ilícito (contexto). Esta interpretación compleja de la integralidad de la reparación comprende, a lo menos, los siguientes elementos. En primer lugar, que las medidas se formulen desde la víctima como un sujeto integral respecto del cual la afectación de derechos que ha sufrido le ha provocado debe ser evaluada atendiendo a las particularidades de cada titular de derechos. Estas particularidades dicen relación con aspectos subjetivos que es necesario explorar en cada caso. No estamos ante una reparación integral si para dictar las medidas solo se tienen en cuenta modelos o paradigmas genéricos que muchas veces terminan siendo excluyentes y revictimizadores.

Asimismo, las medidas deben ser evaluadas desde la situación de la víctima, como un sujeto inserto en un contexto que es su entorno inmediato (familia, comunidad) y un entorno mediato significativo (sociedad). En consecuencia, la integralidad no solo dice relación con el individuo aislado, sino que es necesario situarlo en los distintos contextos que son relevantes para el individuo, por ello, nos hemos referido al entorno inmediato, la familia y la comunidad; y, al entorno mediato significativo, la sociedad en la cual la víctima ha sufrido la violación de sus derechos.

Finalmente, la reparación integral debe tomar en consideración las particularidades situacionales (por ejemplo, privados de libertad) y culturales (por ejemplo, grupos indígenas y/o tribales) de las víctimas de violaciones de derechos humanos. Aquí el tema de la identidad cultural, las particularidades en el goce y ejercicio de derechos, entre otros elementos, deben ser un tema a considerar para lograr una reparación efectiva.

En resumen, la violación de derechos humanos es un acto antijurídico complejo que consiste en el incumplimiento de una obligación constitucional, legal o internacional respecto de un derecho o libertad inherente al ser humano por parte de un agente del Estado que tiene como consecuencias la obligación de cesar dicho incumplimiento y la reparación integral del daño producido. Por tanto, cuando se produce un acto que puede configurar una violación de

¹⁵² Sobre reparación por violación de derechos humanos, un texto clásico es el de Shelton, 2015 y una discusión actual puede encontrarse en Marxsen et al., 2018.

derechos humanos es pertinente determinar las causas de dicho ilícito, el contexto en que se produce, las formas en que se materializa la ejecución y las consecuencias que este tiene para las posibles víctimas, su entorno inmediato, la sociedad y la comunidad internacional. Estos elementos permitirán a los órganos de control nacional e internacional disponer las medidas eficaces para el cese de la violación de derechos humanos, la reparación integral de las víctimas y las medidas de garantía de no repetición. Para determinar dichas medidas de reparación eficaces es necesario establecer un vínculo causal entre el ilícito y el daño producido, y este vínculo causal debe consistir, en lo fundamental, en una relación previsible y necesaria entre el acto ilícito y el resultado lesivo¹⁵³.

Por último es importante clarificar qué se entiende por víctima de una violación de derechos humanos. En el ámbito internacional se ha conceptualizado en términos amplios quién puede ser considerada una víctima de violación a los derechos humanos. Así, la Declaración de Principios de Naciones Unidas sobre la reparación de víctimas de violaciones graves de derechos humanos y de derecho internacional humanitario señala:

A los efectos del presente documento, se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término «víctima» también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización.

Una persona será considerada víctima con independencia de si el autor de la violación ha sido identificado, aprehendido, juzgado o condenado y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima¹⁵⁴.

¹⁵³ Quien ha trabajado con detalle en estos elementos a la luz de los principios internacionales es la Comisión de Derecho Internacional. Ver CDI, 2001.

¹⁵⁴ ONU. 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. 60/147 Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005, párr. 8.

Esta conceptualización amplia de la noción de víctima es muy importante, ya que no exige que estén determinadas las responsabilidades penales o civiles, sino que basta que la persona haya sido afectada ilícitamente en el goce y ejercicio de sus derechos humanos para ser considerada una víctima y para que surjan las consecuencias propias de la responsabilidad internacional: cese de la violación y reparación integral. Determinar las responsabilidades personales o institucionales es un deber del Estado, pero no determina la calidad de víctima del sujeto afectado ilegítimamente en sus derechos. Asimismo, las resoluciones de órganos nacionales o internacionales que estudien un caso determinado lo que hacen es reconocer una situación (declaración) y no constitutivas de dicha calidad.

En cuanto al daño, este no es un elemento propio de la responsabilidad internacional, sino que es un aspecto relevante en materia de reparación. El daño constituye el perjuicio sufrido como consecuencia del ilícito internacional atribuible al Estado. Se entiende que el daño puede tener diversas expresiones: físico, psicológico, moral, pecuniario. Relevante en este sentido es que el análisis del daño y de la reparación en general debe realizarse desde la víctima y no desde el sujeto dañador como es la forma tradicional de enfrentar el daño.

En este sentido, en la búsqueda de una reparación integral la Corte ha recurrido a la figura del daño al proyecto de vida como una forma de abarcar situaciones que no siempre quedan comprendidas dentro de la noción de daño. 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”¹⁵⁵. En el año 2012 en un caso de discriminación por orientación sexual, la Corte amplió el concepto, estableciendo que este no sólo se limita a considerar las expectativas de desarrollo vocacional, profesional y familiar, sino que lo hace extensivo a la orientación sexual y a su ejercicio, pues este ámbito es expresión y consecuencia necesaria del proyecto de vida de las personas¹⁵⁶. En esta misma línea, en un caso sobre la prohibición estatal de utilizar técnicas de fertilización *in vitro*, la Corte señala que no

¹⁵⁵ Corte IDH. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42, párr. 147.

¹⁵⁶ Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 133.

poder ejercer de manera autónoma los derechos implica el no poder desarrollar un proyecto de vida independiente¹⁵⁷. Uno de los desarrollos más interesantes es el que se da en el caso *Mendoza y otros vs. Argentina*, relativo a la aplicación de la pena perpetua respecto de menores de 18 años, ya que en este caso la Corte vincula el proyecto de vida con el derecho a la educación y desarrolla una idea amplia de proyecto de vida¹⁵⁸.

5.2. Modalidades de reparación.

A continuación, analizaremos las distintas modalidades de reparación y la forma en que estas han sido usadas por la Corte Interamericana para obtener una reparación integral.

RESTITUCIÓN

Las medidas de restitución, conforme los principios de Naciones Unidas comprenden:

La restitución, siempre que sea posible, ha de devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o la violación grave del derecho internacional humanitario. La restitución comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes¹⁵⁹.

En la jurisprudencia de la Corte Interamericana nos encontramos con una serie de medidas en este sentido. Como ejemplo de estas medidas de cese de la violación podemos señalar: anulación de procesos por infracción al debido proceso, órdenes de liberación en caso de privación de la libertad en contradicción con la Convención Americana, nulidad de leyes por

¹⁵⁷ Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 363.

¹⁵⁸ Corte IDH. Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013, párr. 314.

¹⁵⁹ ONU. 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. 60/147 Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005, párrafo 19.

incompatibilidad con la Convención, condonación de deudas con el Estado que tengan su origen en procesos violatorios del debido proceso, cesación de los efectos de sentencias violatorias de la Convención, reformas constitucionales en aquellas materias incompatibles con las obligaciones convencionales del Estado, eliminación de antecedentes penales, restitución del material incautado como medida de censura previa, devolución de los cadáveres de las víctimas a las familias, inscripción del hijo a petición de la madre, suministrar alimentos y agua potable a la comunidad, junto con brindar atención médica periódica, entre otras.

En este sentido, un caso que muestra claramente este sentido integral es la sentencia *Norin Catrimán y otros vs. Chile*, en la cual se dispone como medida de reparación, dejar sin efecto en “todos sus extremos” las sentencias penales dictadas en el ámbito interno respecto de los denunciados¹⁶⁰.

COMPENSACION

La Corte a través del conocimiento de casos individuales, se ha dado cuenta que en la mayoría de los casos, no es posible borrar los efectos del ilícito, por lo cual, el concepto de la *restitutio in integrum* se muestra insuficiente e ineficaz respecto al fin reparador que debe contener y perseguir toda sentencia de acuerdo al artículo 63.1 de la Convención. La Corte ha señalado:

(...) De no ser esto factible (la plena restitución), como ocurre en la mayoría de los casos, el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron y establecer una indemnización que compense los daños ocasionados¹⁶¹.

Por esta vía quedan abiertos otros caminos de reparación y, en consecuencia, este concepto adquiere un carácter amplio que le permitirá dar cuenta a través de las reparaciones de la integralidad de los daños al titular de derechos.

¹⁶⁰ Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr. 422.

¹⁶¹ Corte IDH. Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227, párr. 145.

El daño material ha sido entendido por la Corte como “la pérdida o detrimento 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”. 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”¹⁶².

A continuación, analizaremos algunos ejemplos en que se han ido ampliando los alcances de estas modalidades de reparación para dar cuenta de una reparación integral.

- El **daño emergente** es equivalente a los gastos directos e inmediatos que ha debido cubrir la víctima o sus representantes con ocasión del ilícito. Inicialmente, en los procesos seguidos ante la Corte Interamericana fue un elemento básico el aportar los medios de prueba que acrediten la efectividad y cuantía de estos gastos, no siendo suficiente que estos sean simplemente invocados. En todos los casos se debe acreditar el vínculo entre el daño reclamado y la violación sufrida.
- El **lucro cesante o pérdida de ingresos** dice relación con las pérdidas patrimoniales ocasionadas por una merma de ingresos, con ocasión de una violación de derechos humanos.
- 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"¹⁶³. Si bien la Corte en sus inicios se había inclinado en sus inicios por la doctrina del daño moral como *pretium doloris*, esto es, establecer un vínculo directo entre el daño moral con el

¹⁶² Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 192.

¹⁶³ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 27.

padecimiento y sufrimiento de la víctima¹⁶⁴. Su jurisprudencia ha evolucionado en esta materia, agregando una nueva perspectiva que, si bien no es completamente diferente al criterio antes señalado, lo amplía y permite una reparación amplia en esta materia. En efecto, en su jurisprudencia se ha formulado un nuevo acercamiento al tema a través de los elementos que comprendería el daño moral¹⁶⁵. Respecto de la forma en que el Estado debe reparar los daños inmateriales, la Corte ha señalado un concepto amplio de reparación, que considera tanto compensaciones pecuniarias, como otro tipo de medidas. Así como la Corte ha ido ampliando el concepto de daño moral, desde la afección síquica a otro tipo de afecciones, también ha considerado las características particulares del titular del derecho a la hora de indemnizar, especialmente, en el caso de las personas que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad¹⁶⁶.

SATISFACCIÓN

Las violaciones de derechos humanos generan un quiebre no solo entre el Estado y la persona, sino que también en la relación de la persona con la sociedad en la que se encuentran inserto. Ese quiebre de las relaciones de solidaridad y respeto es parte del daño que debe ser asumido por las reparaciones para alcanzar un estándar de integralidad (De Greiff, 2004).

Las medidas que comprenden esta categoría son las peticiones de perdón, los monumentos, el establecimiento de días conmemorativos, entre otros. Todas estas medidas buscan el restablecimiento de la memoria de la víctima, pero también buscan restablecer las relaciones de confianza con la comunidad. Por ello, es importante que estos procedimientos sea apropiados y no meramente formales.

¹⁶⁴ Sigue este mismo criterio el fallo Caso Velásquez Rodríguez (reparaciones), párrs. 76 y 91, al momento de determinar los beneficiarios de la indemnización y al momento de determinar su monto. Este es un criterio seguido hasta el día de hoy.

¹⁶⁵ “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”, Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, párr. 84.

¹⁶⁶ Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 237.a).

Una forma de reparación que merece ser destacada en este sentido es la orden que ha dado la Corte a los Estados de entregar los restos mortales en casos de detenidos-desaparecidos, lo que ha sido calificado por la Corte como un acto de justicia y reparación en sí mismo¹⁶⁷.

Otro aspecto que ha considerado la Corte es la necesidad de tomar medidas para que estas reparaciones cumplan efectivamente su objetivo, lo que requiere su pertinencia cultural. En materia de reparaciones con pertinencia cultural, una importante cuestión dice relación con la publicación y difusión de la sentencia¹⁶⁸.

En cuanto a las medidas de satisfacción vinculadas con la memoria llama la atención, por el sentido reparador integral que le da la Corte:

El derecho a conocer la verdad entraña tener un conocimiento pleno y completo de los actos que se produjeron, las personas que participaron en ellos y las circunstancias específicas, en particular de las violaciones perpetradas y su motivación. En los casos de desaparición forzada de personas, el derecho a la verdad tiene también una faceta especial: el conocimiento de la suerte y el paradero de las víctimas. La Corte considera que, aparte de las labores realizadas por diversas entidades para el conocimiento de la suerte y el paradero de las víctimas y el enjuiciamiento de personas responsables, corresponde al Estado, como medida de reparación que busca satisfacer el derecho de la sociedad en su conjunto a conocer la verdad, recurrir a mecanismos idóneos para mantener viva la memoria de las víctimas y dar transparencia a los hechos que violentaron los derechos humanos por medio del establecimiento de espacios de memoria pública, ya sean estos memoriales, monumentos, museos, entre otros¹⁶⁹.

Estas medidas son ilustrativas de su visión holística en materia de reparaciones y medidas de satisfacción. Como se aprecia, la Corte no se limita a establecer medidas individuales, sino que,

¹⁶⁷ Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr.79.

¹⁶⁸ Corte IDH. Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá, párr. 217.

¹⁶⁹ Corte IDH. Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 285, párr. 234.

además, toma en consideración una serie de elementos culturales y de contexto que buscan lograr que el acto de entrega de los restos mortales sea una medida efectiva de reparación integral.

GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN

Una de las modalidades de reparación más interesante para el DIDH es la garantía de no repetición. Dicha importancia radica en el efecto preventivo de alcance general de este tipo de medidas¹⁷⁰.

Las garantías de no repetición se encuentra recogida con un estatus especial, dentro de las normas codificadas de la responsabilidad internacional del Estado. En efecto, de acuerdo con el artículo 30 de los Principios de Responsabilidad Internacional del Estado, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas: “El Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito está obligado: b) A ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen”¹⁷¹.

Para nuestro análisis es importante destacar que las garantías de no repetición tienen una naturaleza correctiva, ya que apuntan a modificar las bases institucionales (legislativas, prácticas, procedimientos, instituciones) y culturales a partir de las cuales se produjo la violación de derechos que ocasionó la responsabilidad internacional del Estado.

¹⁷⁰ Sobre el rol preventivo de estas medidas se ha pronunciado el Relator de la Comisión de Derecho Internacional encargada del proceso de codificación de los principios del derecho internacional público en materia de Responsabilidad Internacional de los Estados por hechos Ilícitos, profesor James Crawford, quien refiriéndose a esta materia señala: “Estas exigencias no siempre se expresan en función de seguridades y garantías, pero comparten las características de estar orientadas hacia el futuro y obedecer a la preocupación por otras posibles violaciones. Se centran en la prevención más bien que en la reparación ...” (Crawford, 2004: 242).

¹⁷¹ Comisión de Derecho Internacional, Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 53 Período de sesiones (23 de abril al 01 de junio y 02 de julio al 10 de agosto de 2001), A/56/10.

La Corte IDH ha señalado que la finalidad de las medidas de no repetición, no solo tienen un rol correctivo en los términos que tradicionalmente ha sido entendido, sino que estas medidas deben tener un carácter transformador¹⁷².

Esta realidad ha visibilizado la necesidad de disponer medidas que no solo miren a la víctima, sino que también tengan por objetivo transformar las bases estructurales que permiten o facilitan violaciones de derechos humanos. En esto vemos una manifestación clara y precisa de la necesidad de que las reparaciones, para tener un carácter integral, deben mirar el entorno mediato significativo para la víctima (la sociedad y su diseño institucional y prácticas relativas a la vigencia de los derechos humanos).

Si la Corte sólo dispusiera medidas restitutorias y compensatorias en este tipo de casos, la protección de los derechos humanos se volvería ineficaz, toda vez que permanecerían las circunstancias en las que se produjo la violación, lo que genera no sólo un daño a la víctima -al verse amenazada nuevamente por dichas circunstancias- sino también legitimaría situaciones que dan cuenta de un Estado que no se hace cargo de sus obligaciones en materia de derechos humanos. Esto habilita a la Corte a disponer garantías de no repetición como vía para enfrentar las causas de fondo de este tipo de violaciones. La Corte destaca el rol que cumplen las garantías de no repetición cuando las violaciones de derechos humanos que ha constatado se dan en un contexto de discriminación estructural¹⁷³.

Una de las manifestaciones más claras de la extensión de las medidas de reparación que puede ordenar la Corte en el análisis de casos particulares, pero que tienen un impacto general, es el del control de convencionalidad¹⁷⁴.

¹⁷² Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 267.

¹⁷³ Corte IDH. Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 461.

¹⁷⁴ Ver: Cuadernillo Jurisprudencia de la Corte Interamericana No.7, Control de Convencionalidad / Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Internacional (GIZ). -- San José, C.R. : Corte IDH, 2021.

Esta afirmación lleva a la Corte a señalar que los/as jueces/zas y toda autoridad pública, en el ámbito de sus competencias y en el ejercicio de sus funciones, están obligados a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin¹⁷⁵.

Todo este análisis nos permite confirmar nuestro planteamiento respecto de la amplitud de la reparación respecto del entorno social mediato y significativo de la víctima.

5.3. Violaciones graves y sistemáticas y Reparación Integral

Frente a un cuadro de graves violaciones de derechos humanos es obligación del Estado reparar integralmente a las víctimas de la violencia represiva. La reparación integral implica adoptar un conjunto de medidas coherentes, coordinadas y eficaces a fin de hacerse cargo del daño ocasionado. Estas medidas, conforme a los estándares internacionales en casos de violaciones generalizadas, no pueden ser una cuestión que se aborde individualmente ni con los mecanismos de la normalidad institucional, sino que deben aplicarse a través de una política pública que compromete a todo el aparato estatal en la ejecución de las medidas de reparación (ONU, 2005).

Respecto a estos estándares internacionales de reparación integral es importante recordar que la Corte Interamericana ha establecido como elementos centrales y característicos de la reparación que esta busca restablecer la situación de la víctima al momento anterior al hecho ilícito, borrando o anulando las consecuencias de dicho acto u omisión ilícitos, pero también que busca rehabilitar a las víctimas, corregir aquellos aspectos que permitieron la violación de derechos e incluso, en casos de violaciones estructurales de derechos humanos, las reparaciones deben tener un rol transformador en el ámbito interno (Correa, 2019).

En casos de violaciones graves, masivas y sistemáticas, la Corte Interamericana ha establecido la obligación que tiene el Estado de diseñar un mecanismo que contemple medios legales e

¹⁷⁵ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano, párr.125; Caso La Cantuta, párr.173; Caso Boyce, párr.78; Caso Radilla Pacheco, párr.339; Caso Trabajadores Cesados del Congreso, párr.128; Caso Cabrera García y Montiel Flores, párr.233; Caso Gelman, párr.239 y; Caso Atala Riffo y niñas, párr.282.

institucionales para que las personas puedan reclamar las reparaciones individuales por violaciones de derechos humanos¹⁷⁶. Asimismo, ha dispuesto que las reparaciones no queden supeditadas a los resultados de las investigaciones penales¹⁷⁷ y además que las reparaciones administrativas no sean un obstáculo para exigir las reparaciones individuales¹⁷⁸.

Estas medidas deben ser desarrolladas por el Estado a través de políticas públicas y no dejar entregada la reparación a una cuestión individual sujeta a la actuación de las víctimas.

5.4. Criterios de legitimidad de las medidas de reparación

Si bien he visto cómo se ha avanzado en materia de derechos humanos para lograr una reparación integral, esta también tiene límites para ser legítimas dentro del sistema de derechos humanos. La integralidad puede ser vista como el aspecto que le otorga legitimidad a las medidas de reparación en relación con las víctimas. Por su parte, son dos los aspectos centrales de la legitimidad en relación con los Estados: naturaleza compensatoria de las reparaciones y el nexo que debe existir entre la violación de derechos y las medidas de reparación.

La naturaleza de las reparaciones es de carácter compensatorio y no punitivo, tal como lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia¹⁷⁹. Atendida su naturaleza compensatoria 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" (Monroy, 1986: 272). A juicio de la Corte, la responsabilidad no puede extenderse a elementos ajenos de aquellos efectos inmediatos del acto. Además, dichos efectos inmediatos

¹⁷⁶ Corte IDH. Caso García Lucero y otras vs. Chile. Excepción preliminar, fondo y reparaciones. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C, N°267, párr. 182.

¹⁷⁷ Corte IDH. Caso García Lucero y otras vs. Chile. Excepción preliminar, fondo y reparaciones. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C, N°267, párr. 183.

¹⁷⁸ Corte IDH. Caso García Lucero y otras vs. Chile. Excepción preliminar, fondo y reparaciones. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C, N°267, párr. 190.

¹⁷⁹ Corte Internacional de Justicia, Caso Estrecho de Corfú, (1949).

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 Convención¹⁸⁰.

En segundo lugar, para que la medida de reparación que dispongan los organismos de derechos humanos, sea nacionales o internacionales, sea legítima en relación con el Estado, es necesario que se pueda establecer un nexo causal entre la violación sufrida por la víctima y la medida de reparación. De ahí que en casos complejos, por ejemplo, casos estructurales o de violaciones graves y masivas, es fundamental acreditar el contexto en el que se produjo la violación y cómo dicho contexto es determinante para la configuración del ilícito; solo si se logra establecer dicha relación entre el contexto y la violación, los órganos de derechos humanos podrán disponer medidas de corrección e incluso transformación institucional y/o culturales¹⁸¹.

¹⁸⁰ CPJI, Caso Factory al Chorzow, (1928), párr. 47.

¹⁸¹ Un completo estudio sobre el rol de los contextos en materia de violaciones de derechos humanos ver: Hinestrosa y Serrano, 2017.

Normas relevantes

Comisión Derecho Internacional. Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (AG/56/83), 12 de diciembre de 2001

Artículo 30: cesación y no repetición

El estado responsable del hecho internacionalmente ilícito está obligado:

A) a ponerle fin, si ese hecho continúa;

B) a ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen.

Artículo 31: reparación

1. El estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito.

2. El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del estado.

Artículo 34: formas de reparación

La reparación íntegra del perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito adoptará la forma de restitución, de indemnización y de satisfacción, ya sea de manera única o combinada, de conformidad con las disposiciones del presente capítulo.

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. 60/147 Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005

4. En los casos de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyen crímenes en virtud del derecho internacional, los Estados tienen la obligación de investigar y, si hay pruebas suficientes, enjuiciar a las personas presuntamente responsables de las violaciones y, si se las declara culpables, la obligación de castigarlas. Además, en estos casos los Estados deberán, en conformidad con el derecho internacional, cooperar mutuamente y ayudar a los órganos judiciales internacionales competentes a investigar tales violaciones y enjuiciar a los responsables.

10. Las víctimas deben ser tratadas con humanidad y respeto de su dignidad y sus derechos humanos, y han de adoptarse las medidas apropiadas para garantizar su seguridad, su bienestar físico y psicológico y su intimidad, así como los de sus familias. El Estado debe velar por que, en la medida de lo posible, su derecho interno disponga que las víctimas de violencia o traumas gocen de una consideración y atención especiales para que los procedimientos jurídicos y administrativos destinados a hacer justicia y conceder una reparación no den lugar a un nuevo trauma.

11. Entre los recursos contra las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario figuran los siguientes derechos de la víctima, conforme a lo previsto en el derecho internacional:

a) Acceso igual y efectivo a la justicia;

b) Reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido;

c) Acceso a información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos de reparación.

15. Una reparación adecuada, efectiva y rápida tiene por finalidad promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario. La reparación ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido. Conforme a su derecho interno y a sus obligaciones jurídicas internacionales, los Estados concederán reparación a las víctimas por las acciones u omisiones que puedan atribuirse al Estado y constituyan violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario. Cuando se determine que una persona física o jurídica u otra entidad está obligada a dar reparación a una víctima, la parte responsable deberá conceder reparación a la víctima o indemnizar al Estado si éste hubiera ya dado reparación a la víctima.

CASOS DE ESTUDIO

CASO LOAYZA TAMAYO vs. Perú

El 6 de febrero de 1993 la señora María Elena Loayza Tamayo, peruana, profesora de la Universidad San Martín de Porres, fue arrestada junto con un familiar suyo, el señor Ladislao Alberto Huamán Loayza, por miembros de la División Nacional contra el Terrorismo (en adelante "DINCOTE") de la Policía Nacional del Perú, sin orden expedida por la autoridad judicial competente como presunta colaboradora del grupo subversivo Sendero Luminoso.

La señora María Elena Loayza Tamayo estuvo detenida por la DINCOTE desde el 6 hasta el 26 de febrero de 1993 sin haber sido puesta a disposición del Juzgado Especial de la Marina, en contravención del artículo 12.c del Decreto-Ley No. 25.475 (delito de terrorismo). En la DINCOTE permaneció 10 días incomunicada y fue objeto de torturas, tratos crueles y degradantes y de apremios ilegales, todo con la finalidad de que se autoinculpara y declarara pertenecer al Partido Comunista de Perú -Sendero Luminoso- (en adelante "PCP-SL"). Sin embargo, esta declaró ser inocente, negó pertenecer al PCP-SL y, por el contrario, "criticó sus métodos: la violencia y la violación de derechos humanos por parte de ese grupo subversivo".

Durante los 10 días en que permaneció incomunicada no se le permitió comunicarse con su familia ni con su abogado, quienes tampoco fueron informados del lugar de detención. Su familia se enteró de la detención el 8 de febrero de 1993, por una llamada anónima. No se interpuso ninguna acción de garantía en su favor, porque el Decreto-Ley No. 25.659 (delito de traición a la patria) prohibía presentar el "recurso de hábeas corpus por hechos relacionados con el delito de terrorismo".

El 26 de febrero de 1993 la señora María Elena Loayza Tamayo fue presentada a la prensa, vestida con un traje a rayas, imputándosele el delito de traición a la patria. Fue llevada al antiguo Hospital Veterinaria del Ejército - convertido luego en una "carceleta"- donde permaneció hasta el 3 de marzo del mismo año, cuando fue trasladada al Centro Penitenciario de Máxima Seguridad de Mujeres de Chorrillos.

En el fuero privativo militar se procesó a la señora María Elena Loayza Tamayo por el delito de traición a la patria y, posteriormente, fue puesta a disposición del Juzgado Especial de Marina para su juzgamiento. El Juzgado Especial de Marina, integrado por jueces militares sin rostro, por sentencia de 5 de marzo de 1993, la absolvió. Posteriormente, el Consejo de Guerra Especial de Marina, enalzada, mediante sentencia de 2 de abril de 1993, la condenó. El Tribunal Especial del Consejo Supremo de Justicia Militar por sentencia de 11 de agosto de 1993, declaró sin lugar un recurso de nulidad que fue interpuesto, la absolvió por ese delito y ordenó remitir lo actuado al fuero común para el estudio del delito de terrorismo. El Fiscal General Adjunto Especial interpuso ante la Sala Plena del Tribunal Supremo Militar Especial un recurso de revisión extraordinario contra dicha sentencia, el cual fue resuelto el 24 de septiembre de 1993 mediante sentencia que confirmó su absolución.

La señora María Elena Loayza Tamayo continuó detenida en el período transcurrido entre la sentencia del Tribunal Especial del Consejo Supremo de Justicia Militar dictada el 11 de agosto de 1993 y el decreto de detención del fuero ordinario dictado el 8 de octubre de 1993, aun cuando durante ese período "su situación procesal fue la de detenida absuelta no procesada ni condenada".

En la jurisdicción ordinaria se procesó a la señora María Elena Loayza Tamayo por el delito de terrorismo en varias instancias: el 43º Juzgado Penal de Lima dictó auto de instrucción el 8 de octubre de 1993. Dicha

señora dedujo la excepción de cosa juzgada de acuerdo con el principio non bis in idem. El 10 de octubre de 1994 el “Tribunal Especial sin rostro del Fuero Común” desestimó la excepción interpuesta y, con fundamento en los mismos hechos y cargos, la condenó a 20 años de pena privativa de la libertad.

Posteriormente a la demanda, la Comisión informó que contra dicha sentencia se interpuso recurso de nulidad ante la Corte Suprema de Justicia, el cual fue declarado sin lugar el 6 de octubre de 1995. Durante el trámite, tanto en el fuero militar como en el fuero ordinario, la señora María Elena Loayza Tamayo permaneció encarcelada.

PREGUNTAS RESPECTO DEL CASO

- *¿Cuáles medidas reparatorias considera usted que debiera adoptar el Estado del Perú?*
- *¿Cuáles medidas debiera adoptar el Estado del Perú para garantizar la no repetición de estas violaciones?*
- *¿Cómo evaluaría usted los perjuicios sufridos por María Elena Loayza para establecer una indemnización justa?*

Obligación de reparar a las víctimas

Es principio de derecho internacional público

Consecuencia principal de la responsabilidad internacional del Estado por violaciones de D.D.H.H.

• Víctimas

Directas

Indirectas

• Modalidades de reparación

i. Reparaciones materiales: Indemnización

- a) Daño material directo
- b) Daño material indirecto
- c) Daño moral
- d) Daño al proyecto de vida

ii. Reparaciones inmateriales

- a) Restitución del derecho conculcado
- b) Satisfacción
- c) Garantías de no repetición

Actuaciones en el ámbito interno

- a) Obligación de investigar
- b) Sancionar a los responsables

III. MECANISMOS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE DD.HH.

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 y protección internacional.

Una cuestión que debemos recordar al analizar los mecanismos internacionales 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 (Nowak, 2003).

La premisa básica a tener en cuenta es que los mecanismos se han estructurado en la práctica, por lo tanto, los sistemas están basados en la experiencia de los distintos tipos de violaciones de derechos humanos.

1. ASPECTOS GENERALES

Las formas de violar los derechos humanos pueden tener distintas características y de ellas pueden surgir distintos tipos de violaciones de derechos humanos (TIPOLOGÍA). Es importante diferenciar los tipos de violaciones y las consecuencias asociadas, no para establecer una jerarquía entre ellas, sino que, más bien, para determinar las medidas que se deben tomar, definir las responsabilidades asociadas y comprender a qué mecanismos se debe acudir para enfrentarlas eficazmente.

La tipología generalmente aceptada está compuesta de dos clases de violaciones:

- Violaciones graves y sistemáticas.
- Violaciones individuales.

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, cual es, la de las violaciones estructurales de derechos.

Por una parte, las violaciones de derechos humanos pueden estar determinadas por la gravedad de la forma en que estas se generan. Así, en el DIDH se han usado como sinónimos expresiones

como «violaciones graves» y «violaciones masivas y sistemáticas», y en inglés se habla de «*gross violations*» o «*serious violations*» (Geneva Academy, 2014). Esta categoría está circunscrita a una forma particular de violación de derechos humanos en la que concurren los siguientes elementos:

- i) cantidad o magnitud, referida a la masividad o generalidad en la perpetración de la violación; ii) periodicidad, tomando como referencia la ocurrencia de los hechos dentro de un determinado periodo de tiempo; iii) planeación en la perpetración, haciendo hincapié en la sistematicidad o grado de organización de los perpetradores de la violación; iv) la naturaleza del derecho o los derechos conculcados; v) el nivel de vulnerabilidad de la(s) víctima(s) y vi) el impacto de la violación en las víctimas (DeJusticia, 2015: 18).

De esta forma, esta categoría está definida por un actuar del Estado a través de un patrón de conductas ilícitas que generalmente afectan a un gran número de personas o a un sector de la población civil. En este caso, lo que las caracteriza es que existe una decisión política que se expresa a través de un patrón de conducta, esto es, hay disposición de medios para llevarlas a cabo y coordinación y estructura de mando y capacidad de implementación de estas políticas. Los derechos afectados en este tipo de violaciones son múltiples, pero cobra especial relevancia la violación del derecho a la vida (ejecuciones extrajudiciales), integridad física (tortura sistemática y/o masiva) o libertad de conciencia (prisioneros de conciencia). Un clásico ejemplo de estas violaciones es el de aquellas ocurridas en las dictaduras militares del Cono Sur y que consistieron, entre otras, en desapariciones forzadas y torturas.

Frente a este tipo de violaciones de derechos humanos, el centro de la acción internacional está en determinar la veracidad de los hechos denunciados y, por ello, la intervención de órganos del sistema internacional es vital para lograr que este tipo de situaciones no se repita y se modifiquen las conductas violatorias de derechos humanos. En consecuencia, en este tipo de violaciones es fundamental la intervención de los mecanismos políticos y cuasi-judiciales del sistema internacional¹⁸². Esta es una categoría general relativa a los actos del Estado y no debe confundirse con la responsabilidad penal por crímenes de lesa humanidad¹⁸³.

En definitiva, 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

¹⁸² Para una completa aproximación a la protección internacional en este tipo de violación de derechos humanos ver van Boven, 2000; Sikkink, 2011.

¹⁸³ Corte IDH. Caso Herzog y otros vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de marzo de 2018. Serie C, N°353, párr. 232.

petionario 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 política y comunicacional ante las instancias nacionales con capacidad de modificar la conducta violatoria de derechos humanos. Por lo tanto, el objetivo de la intervención de los órganos políticos es modificar la conducta de quien detenta el poder.

También pueden existir *violaciones individuales o aisladas* de derechos humanos. En este tipo de violaciones hay infracción a las obligaciones consagradas en tratados internacionales o a la Constitución en materia de derechos humanos, pero no hay una decisión política estatal comprometida con dichas violaciones y, por ello, se espera que la primera respuesta provenga del propio aparato estatal para su cese y reparación. Dichas violaciones pueden provenir de fallas legales, problemas interpretativos o de prácticas funcionarias o infracciones aisladas de agentes públicos. En este tipo de casos, generalmente el Estado por sí mismo puede poner fin a las violaciones y si no lo hace es posible recurrir a los mecanismos internacionales de denuncias individuales establecidos en el sistema internacional destinados a la reparación de las víctimas¹⁸⁴. Así, sólo en el evento que la violación no sea resuelta de forma satisfactoria 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 objetivo de la intervención de estos organismos es disponer de medidas de reparación y de no repetición. Debemos tener en consideración que todo el sistema de casos individuales ante los organismos internacionales se construye sobre esta idea de protección ante casos individuales o aislados como subsidiario del sistema nacional¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Corte IDH. Caso Colindres Schonenberg vs. El Salvador. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de febrero de 2019. Serie C, N°373, párr. 75.

¹⁸⁵ Sobre la protección internacional en casos individuales ver Nowak, 2009; Joseph y Kyriakakis, 2010; Alston y Goodman, 2013.

Finalmente, hay otra categoría de violaciones de derechos humanos, las *violaciones estructurales*. En este caso es la organización del Estado, la institucionalidad, la que permite o facilita las violaciones de los derechos y libertades fundamentales de ciertos grupos de la población. 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, es decir, existe un elemento adicional: en estos casos la sociedad invisibiliza o justifica la violación¹⁸⁶. Por ejemplo, si estamos frente a un Estado que no adopta medidas para evitar el asesinato de mujeres cometidos por sus parejas estamos frente a violaciones estructurales de los derechos humanos de las mujeres; en este caso, la inacción del Estado está acompañada de un sistema cultural que invisibiliza o justifica esas violaciones de derechos humanos. Hacer frente a este tipo de violaciones es complejo, porque además de medidas jurídicas deben adoptarse también medidas para erradicar los patrones socioculturales que favorecen este tipo de violaciones. En estos casos la respuesta del Estado debe ser a través de un conjunto de medidas coordinadas, coherentes, integrales y eficaces para poder erradicar los fundamentos de estas violaciones estructurales¹⁸⁷.

Para hacer frente a las dos categorías tradicionales de violaciones de derechos humanos, se han estructurado ciertos ÓRGANOS DE CONTROL INTERNACIONAL. Podemos distinguir básicamente tres: políticos, cuasi-judiciales y judiciales (van Boven, 2000). 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.

(i) Los *políticos* son aquellos que se han utilizado para casos de violaciones masivas y sistemáticas. Estos órganos se caracterizan por estar integrados por los Estados, esto es, estamos ante un “control entre pares” y esto marca su fortaleza, pero también los riesgos (politización de la supervisión internacional). 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

¹⁸⁶ La Comisión Interamericana ha señalado al respecto: «conjunto de normas, reglas, rutinas, patrones, actitudes y pautas de comportamiento, tanto de jure como de facto, que dan paso a una situación de inferioridad y exclusión contra un grupo de personas de forma generalizada, las cuales son perpetuadas a lo largo del tiempo e incluso por generaciones, es decir, no se trata de casos aislados, esporádicos o episódicos, sino que es una discriminación que surge como consecuencia de un contexto histórico, socioeconómico y cultural» (CIDH, 2017: párr. 393).

¹⁸⁷ Sobre las violaciones estructurales y su impacto en la protección de derechos humanos ver Nash y Núñez, 2020.

político, en base a un diálogo con el gobierno; lo que pretenden es cambiar ciertas prácticas gubernamentales.

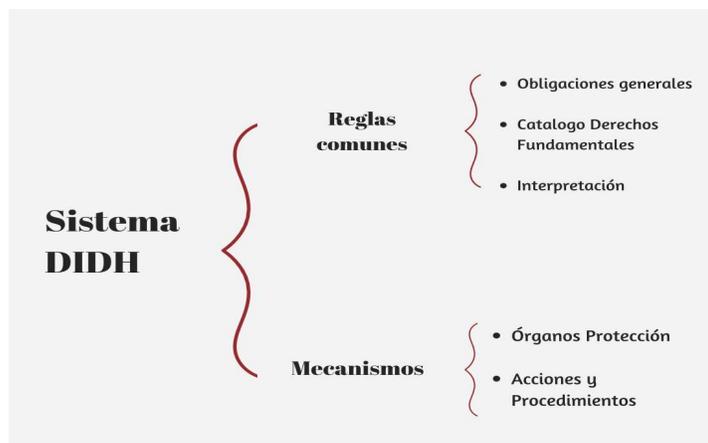
(ii) Los *cuasi-judiciales* se caracterizan por emitir recomendaciones u opiniones a los Estados, ya sea en conocimiento de casos individuales, informes de la situación de derechos humanos en los Estados miembros, y comentarios generales sobre el cumplimiento de las obligaciones convencionales. La integración de estos órganos es de expertos independientes, que son nombrados por los Estados, pero actúan con independencia de estos. En esta clasificación podemos ubicar la labor que desarrollan el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Africana de Derechos Humanos, entre otros.

(iii) 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. La integración de estos órganos es de expertos independientes, que son nombrados por los Estados, pero actúan con independencia de estos. Estos órganos, a nivel internacional, son tres: la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Interamericana y la Corte Africana de Derechos Humanos.

A continuación analizaremos los principales aspectos de los mecanismos desarrollados en Naciones Unidas y en el Sistema Interamericano en materia de derechos humanos.

En primer lugar, para que podamos hablar de un sistema de derechos humanos deben concurrir dos elementos: a) Normas Comunes que configuran el código de conducta de los Estados (catálogo de derechos, obligaciones generales, límites legítimos, interpretación, entre otras); b) Mecanismos de protección y control, que consideran los órganos y los procedimientos/mandatos asociados. Este esquema de análisis nos servirá para analizar los sistemas de Naciones Unidas y el Sistema Interamericano.

Con este fin seguiremos con la segunda parte de nuestro esquema de análisis:



CASOS DE ESTUDIO

Caso Haití (1995)

Desde el golpe de Estado del 29 de septiembre de 1991, se estima que 3000 personas fueron asesinadas. En 1993, después de la firma del Acuerdo de Governors Island, la represión escaló a niveles alarmantes cuando la población alentada por dicho acuerdo expresó públicamente su apoyo al depuesto Presidente Aristide. Los casos de detenciones arbitrarias, palizas, allanamientos ilegales, confiscación de bienes e incendios, desapariciones forzadas y torturas se incrementaron, obligando a las víctimas y familiares a abandonar sus hogares y vivir en la clandestinidad. A mediados del año 1994, el Presidente Aristide declaró que el número de muertes bajo el gobierno de facto había ascendido a 5000.

La represión ejercida por los militares durante este período trató de destruir todo tipo de organización y toda actividad de apoyo al régimen democrático, incluida la libertad de expresión. A partir de enero de 1994, el régimen de facto aplicó nuevos métodos, particularmente efectivos para sembrar el terror en la población, incluyendo prácticas como las violaciones sexuales cometidas contra las esposas o familiares de militantes en favor del retorno de Aristide. Al no localizar a estos, los militares, "attachés" o miembros del FRAPH abusaban de las mujeres y niñas que se encontraban presentes. De esta forma los abusos sexuales fueron utilizados como un instrumento de represión y persecución política. Otro método para aterrorizar a la población consistió en dejar los cadáveres de las víctimas severamente mutilados en las calles de Puerto Príncipe, los que eran carcomidos por los animales ante la inacción de las autoridades que detentaban el poder. Esos actos repudiables tenían la doble finalidad de impedir que la víctima fuera identificada por los familiares, obstaculizando así su presentación ante la justicia, y por otra parte de crear un ambiente de represión preventiva ante cualquier tipo de manifestación popular.

PREGUNTAS

- *¿Ante qué tipo de violaciones nos encontramos en este caso?*
- *¿Qué elementos deben tomarse en cuenta para determinar si existen "masividad" y "sistematicidad"?*
- *¿Hay ciertos derechos que deban verse afectados para que una violación pueda ser calificada como "masiva y sistemática"?*
- *¿Qué importancia tiene determinar el tipo de violación de que se trata?*

Caso Bulacio vs. Argentina

El 19 de abril de 1991, la Policía Federal Argentina realizó una detención masiva o “razzia” de “más de ochenta personas” en la ciudad de Buenos Aires, en las inmediaciones del estadio Club Obras Sanitarias de la Nación, lugar en donde se iba a realizar un concierto de música rock.

Entre los detenidos se encontraba Walter David Bulacio, con 17 años de edad, quien luego de su detención fue trasladado a la Comisaría 35a, específicamente a la “sala de menores” de la misma.

El 20 de abril de 1991, el joven Walter David Bulacio, tras haber vomitado en la mañana, fue llevado en ambulancia cerca de las once horas al Hospital Municipal Pirovano, sin que sus padres o un Juez de Menores fueran notificados. El médico que lo atendió en ese hospital señaló que el joven presentaba lesiones y diagnosticó un “traumatismo craneano”. Esa misma tarde la presunta víctima fue trasladada al Hospital Municipal Fernández para efectuarle un estudio radiológico y regresado al Hospital Municipal Pirovano. Walter David Bulacio manifestó al médico que lo atendió que había sido golpeado por la policía, y esa noche fue visitado por sus padres en dicho centro de salud, aquéllos se habían enterado poco antes de lo sucedido a su hijo, a través de un vecino;

El 21 de abril de 1991, el joven Walter David Bulacio fue trasladado al Sanatorio Mitre. El médico de guardia denunció ante la Comisaría 7a que había ingresado “un menor de edad con lesiones” y, en consecuencia, ésta inició una investigación policial por el delito de lesiones;

El 26 de abril siguiente el joven Walter David Bulacio murió. El 30 de abril de 1991 el Juzgado recién mencionado se declaró incompetente y remitió la causa “contra NN en perjuicio de Walter [David] Bulacio por lesiones seguidas de muerte” al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal de Instrucción No. 5, que conoce de delitos cometidos por mayores de edad.

PREGUNTAS

- *¿Ante qué tipo de violación nos encontramos?*
- *¿Cuál sería la respuesta del Estado ante una violación individual?, ¿cuándo entraría a operar la protección internacional ante éste tipo de violaciones?*
- *¿Cuál es el objetivo de la protección internacional en estos casos?*

Caso Hacienda Verde Brasil vs. Brasil

Brasil abolió legalmente la esclavitud en 1888. A pesar de ello, la pobreza y la concentración de la propiedad de las tierras fueron causas estructurales que provocaron su continuación. En las décadas de los años 60 y 70 el trabajo esclavo aumentó debido a técnicas más modernas de trabajo rural, que requerían un mayor número de trabajadores. En 1995 el Estado reconoció la existencia de esclavitud.

Los hechos del caso se relacionan con la Hacienda Brasil Verde, ubicada en el estado de Pará.

En particular, se constató que a partir de 1988 se presentaron una serie de denuncias ante la Policía Federal y el Consejo de Defensa de los Derechos de la Persona Humana (CDDPH), por la práctica de trabajo esclavo en dicha Hacienda, y por la desaparición de dos jóvenes.

En 1996, el Grupo Móvil de Fiscalización del Ministerio del Trabajo (MPT) fiscalizó la Hacienda y determinó la existencia de irregularidades como la falta de registro de los empleados y, condiciones contrarias a las disposiciones laborales. En 1997, dos trabajadores declararon ante la Policía Federal de Pará haber trabajado y escapado de la Hacienda. Con base en ello, el Grupo Móvil realizó una nueva fiscalización y concluyó que: i) los trabajadores se encontraban albergados en cobertizos cubiertos de plástico y paja con una "total falta de higiene"; ii) varios trabajadores eran portadores de enfermedades de la piel, no recibían atención médica y el agua no era apta para el consumo; iii) todos los trabajadores habían sufrido amenazas, inclusive con armas de fuego, y iv) los trabajadores declararon no poder salir de la Hacienda. Asimismo, comprobó la práctica de esconderlos. Se encontraron 81 personas.

Consecuentemente, el Ministerio Público Federal (MPF) presentó una denuncia contra el "gato" y el gerente de la Hacienda, por los delitos trabajo esclavo, atentado contra la libertad del trabajo y tráfico de personas. En 1999, la justicia federal autorizó la suspensión condicional por dos años del proceso contra el propietario de la Hacienda, a cambio de la entrega de seis canastas básicas a una entidad de beneficencia. En 2001, en relación a los otros dos denunciados, el juez federal declaró la incompetencia para juzgar el proceso, por lo que los autos se enviaron a la justicia estadual, la cual en 2004 se declaró incompetente. En 2007 el Superior Tribunal de Justicia decidió que la jurisdicción competente para el delito de trabajo esclavo era la federal. En 2008, se declaró extinta la acción penal.

En 2000, el "gato" conocido como "Meladinho" reclutó a trabajadores en el Municipio de Barras, Piauí, para trabajar en la Hacienda Brasil Verde, ofreciéndoles un buen salario e incluso un adelanto. Además, les ofreció transporte, alimentación y alojamiento durante su estadía en la hacienda. Para llegar a la Hacienda, los trabajadores tuvieron que viajar durante varios días en bus, tren y camión. Respecto del tren, describieron que compartieron el espacio con animales. Además, tuvieron que alojarse en un hotel, con el cual quedaron endeudados.

Cuando llegaron a la Hacienda, los trabajadores se percataron de que lo ofrecido no era cierto, además les obligaron a entregar sus cédulas de trabajo (CTPS) y a firmar documentos en blanco, práctica conocida en virtud de anteriores inspecciones. En la Hacienda dormían en ranchos sin electricidad, camas ni armarios. El techo era de lona, lo que generaba la entrada de agua. En los ranchos dormían decenas de trabajadores, en hamacas o redes. El sanitario y la ducha se encontraban en muy mal estado, afuera del rancho entre la vegetación, y no contaba con paredes ni techo. Además, producto de la suciedad de los baños, algunos

preferían hacer sus necesidades corporales en la vegetación y bañarse en una quebrada, o no bañarse. La alimentación era insuficiente, repetitiva, de mala calidad y descontada de sus salarios. La rutina diaria de trabajo era de 12 horas o más, con un descanso de media hora para almorzar y solamente un día libre a la semana. En virtud de esas condiciones, los trabajadores se enfermaban con regularidad, sin embargo, no se les daba atención médica. Además, para recibir el salario debían cumplir con una meta de producción, la cual era difícil de alcanzar, por lo que algunos no recibían pago por sus servicios. Las labores las realizaban bajo órdenes, amenazas y vigilancia armada. Lo anterior, les generaba deseo de huir, sin embargo, la vigilancia, la carencia de salario, la ubicación aislada de la hacienda y su alrededor con la presencia de animales salvajes, lo impedía.

En marzo de 2000, luego de haber sido maltratados física y verbalmente, dos jóvenes lograron escapar y caminaron por días hasta llegar a la Policía Federal de Marabá. Allí el funcionario no les ofreció ayuda debido al asueto por carnaval. Días después fueron orientados a acudir a la Comisión Pastoral de la Tierra (CPT) de Marabá. El agente policial contactó al Ministerio del Trabajo, el cual organizó posteriormente una inspección a la Hacienda, en compañía de la Policía Federal.

Durante la inspección, entrevistaron a los trabajadores, quienes manifestaron su “decisión unánime de salir”. Los inspectores del Ministerio del Trabajo obligaron a un encargado de la hacienda a pagar los montos indemnizatorios laborales para finiquitar los contratos laborales y a regresar las cédulas de trabajo. El informe de la fiscalización señaló que había 82 personas trabajadores en situación de esclavitud. El procedimiento realizado por el Ministerio del Trabajo relativo a la visita de 2000.

Tras dicha fiscalización se presentó una acción civil pública ante la Justicia del Trabajo, contra el propietario, destacándose que podía concluirse que: i) la Hacienda Brasil Verde mantenía a los trabajadores en un sistema de cárcel privada; ii) quedaba caracterizado el trabajo en régimen de esclavitud, y iii) la situación se agravaba al tratarse de trabajadores rurales, analfabetos y sin ninguna ilustración, quienes habían sido sometidos a condiciones de vida degradantes. En julio de 2000 se llevó a cabo la audiencia, durante la cual el acusado se comprometió a no emplear a trabajadores en régimen de esclavitud y a mejorar las condiciones de estancia bajo pena de multa. En agosto del mismo año el procedimiento fue archivado.

PREGUNTAS

- *¿Ante qué tipo de violación nos encontramos?*
- *¿Cuál sería la respuesta del Estado ante una violación individual?, ¿cuándo entraría a operar la protección internacional ante éste tipo de violaciones?*
- *¿Cuál es el objetivo de la protección internacional en estos casos?*

2. EL SISTEMA DE NACIONES UNIDAS (ONU)

Naciones Unidas tiene un sistema dual para la protección de derechos humanos. Por una parte es un sistema que se basa en la Carta de la Organización a la que queda sometido todo Estado por el solo hecho de firmar el tratado multilateral; por otra es un sistema de tratados específicamente dirigido a la protección de derechos humanos que cada Estado asume libremente¹⁸⁸.

2.1. Sistema basado en la Carta de la ONU

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 (Villán Durán, 2002). Aparte del preámbulo, que recoge las aspiraciones generales tenidas a la vista al momento de suscribir dicho tratado, los artículos relevantes en materia de derechos humanos son:

Artículo 1.3: *“Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión;”*

Artículo 55 (obligaciones de los Estados): *“Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá:*

- a. niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social;*
- b. la solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos; y la cooperación internacional en el orden cultural y educativa; y,*
- c. el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.”*

¹⁸⁸ Sobre el sistema de Naciones Unidas en materia de derechos humanos se puede consultar Villán, 2002; Joseph y Kyriakakis, 2010; Wheatley, 2019: 65-127.

Artículo 56 (obligaciones de los Estados): “*Todos los miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 55.*”

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 (Glendon, 2011). 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"¹⁸⁹. 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 vigencia¹⁹⁰.

En materia de *normas comunes* nos encontramos ante una estructura dual: por una parte, un subsistema basado en la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos; y, por otro, un subsistema basado en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966 y otros tratados específicos en materia de derechos humanos, constituyendo éstos un segundo sistema en el que podemos destacar los 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 para la

¹⁸⁹ 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. Es interesante el proceso que ha tenido la Declaración Universal que fue evolucionando de un instrumento claramente no vinculante a un instrumento internacional de carácter obligatorio. Este proceso muestra claramente la progesividad de la protección de los derechos humanos. Así, hoy la Declaración Universal es considerada la mejor expresión de un consenso superpuesto en materia de derechos humanos (Donnelly, 2003) y se considera costumbre internacional y un instrumento parte de la Carta de la ONU, en tanto especifica los derechos asociados a la Carta y que sirve de base para la supervisión internacional (Nash, 2009)

¹⁹⁰ 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.

Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (2006); Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006).

En cuanto a los *órganos* vinculados con derechos humanos, el sistema de Naciones Unidas tiene una estructura dual. Por una parte, en sistema 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 (Buergethal, 1998: 93-108). El rol de estos *órganos* frente a situaciones de violación de derechos humanos es solucionar dichas violaciones y cooperar con las obligaciones de los Estados.

Dentro de estos *órganos* especiales destaca la Comisión de Derechos Humanos, creada en 1946, que dependía del ECOSOC y que formulaba propuestas, recomendaciones y emitía informes. Su labor la podríamos caracterizar como eminentemente de tipo legislativo. Sus miembros eran representantes de los Estados y por tanto, era un *órgano* eminentemente político o de “control entre pares”. Frente a las críticas que recibió su funcionamiento, entre las que se incluía la su politización extrema y su falta de legitimidad, y además con el fin de resaltar la relevancia del tema de los derechos humanos en el sistema de Naciones Unidas, el 05 de marzo de 2006 fue creado el Consejo de Derechos Humanos, que reemplazó a la Comisión; si bien mantuvo el carácter de *órgano* político, su jerarquía cambió y pasó ser un *órgano* subsidiario de la Asamblea General. El Consejo tiene como funciones principales: enfrentar situaciones de violaciones de los humanos, incluidas violaciones graves y sistemáticas, prevenir las violaciones de los derechos humanos y responder a situaciones de emergencia en materia de derechos humanos¹⁹¹.

Al momento de su creación el Consejo de Derechos Humanos heredó los procedimientos desarrollados por la Comisión, desarrollando en su primer año de funcionamiento los

¹⁹¹ Sobre el Consejo, sus funciones, atribuciones y actividades, se puede revisar el siguiente enlace: <https://www.ohchr.org/es/hrbodies/hrc/home>

principales aspectos relativos a los procedimientos que utilizará para cumplir con sus funciones¹⁹².

- Por una parte, destaca un nuevo procedimiento de control, dirigido a todos los Estados: el Examen Periódico Universal¹⁹³. A este procedimiento se someten 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 realiza 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 solo 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” ¹⁹⁴, llamado Procedimiento de Quejas¹⁹⁵. Hasta ahora en Naciones Unidas destacaban, en primer lugar, aquellos procedimientos de tipo político, dentro de los cuales podemos señalar las Resoluciones 1235 y 1503 del Consejo Económico y Social¹⁹⁶. El proceso para llegar

¹⁹² Consejo de Derechos Humanos: Construcción Institucional (Resolución que fija los procedimientos del Consejo), 18 de junio 2007. Un resumen disponible en: [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/HRC booklet Sp.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/HRC%20booklet%20Sp.pdf)

¹⁹³ Sobre el examen periódico universal se puede consultar el siguiente enlace: <https://www.ohchr.org/es/hr-bodies/upr/upr-main>

¹⁹⁴ Este es un aspecto muy débil de la nueva estructura. El procedimiento de quejas se ha 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.

¹⁹⁵ Sobre el trabajo del Consejo en materia de quejas o denuncias, ver: <https://www.ohchr.org/es/hr-bodies/hrc/complaint-procedure/hrc-complaint-procedure-index>

¹⁹⁶ 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.

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 podía 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, diseñó 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 por el Consejo reemplaza a los procedimientos 1503 y 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 el de procedimientos especiales. El trabajo de los Relatores y Grupos de Trabajo están destinados al estudio de una situación especial (países o temas) 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 involucrados¹⁹⁷.

Finalmente, dentro del sistema basado en la Carta, no puede dejar de mencionarse a la *Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos*¹⁹⁸, 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.

El principal aporte del Alto Comisionado es complementar el trabajo del Consejo de Derechos Humanos con una visión técnica y con mayor independencia política. Por ello, el hecho de que quienes lo dirijan estén bajo el mandato del Secretario General y no del Consejo les da una mayor independencia y los protege de las presiones de los Estados.

¹⁹⁷ Sobre los procedimientos especiales se puede consultar el siguiente enlace: <https://www.ohchr.org/es/hr-bodies/hrc/special-procedures>

¹⁹⁸ En relación con el mandato, funciones y actividades de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, ver: <https://www.ohchr.org/es/about-us>

2.2. Sistema basado en los tratados de DD.HH.

En cuanto al sistema de tratados podemos señalar que los Estados han suscrito una serie de instrumentos específicos en materia de derechos humanos, los que constituyen un subsistema dentro de la ONU. Estos instrumentos contemplan órganos encargados de la 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 adscritos¹⁹⁹. Los comités están compuestos por expertos independientes y por lo tanto no representan a los Estados. Estos órganos están consagrados en los tratados específicos y contemplan procedimientos de protección de los derechos consagrados y de control de las obligaciones de los Estados.

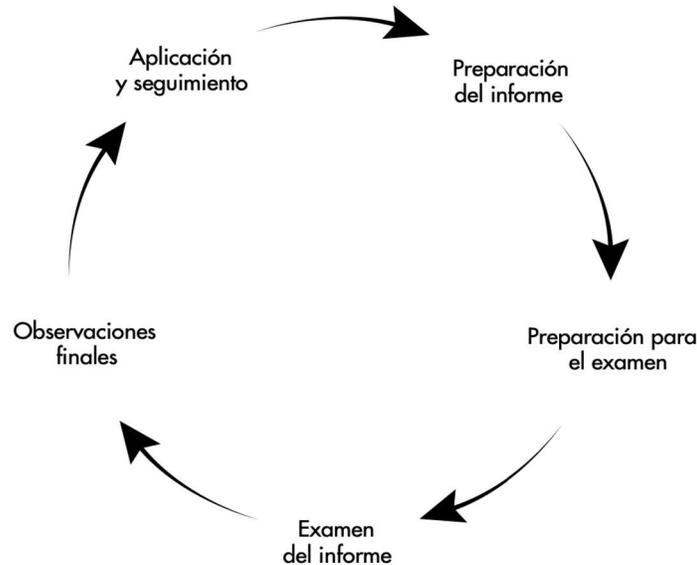
En los sistemas de control y protección de derechos humanos contemplados en los tratados específicos se contemplan procedimientos de protección de los derechos consagrados y de control de las obligaciones de los Estados. En el trabajo de los comités destacan cuatro procedimientos: a) observaciones a los informes de los Estados parte, b) observaciones generales, c) mecanismos de investigación y d) casos individuales²⁰⁰.

- 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 exponer las medidas adoptadas para hacer efectivos los derechos contenidos en cada una de las convenciones, los progresos realizados en el orden interno en la garantía y disfrute de tales derechos y los factores que impiden o dificultan el cumplimiento del tratado, es decir, su objetivo es 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

¹⁹⁹ Toda la información relativa a los comités de los tratados de derechos humanos en Naciones Unidas se puede revisar en <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/Pages/TreatyBodies.aspx>

²⁰⁰ ONU (2012). El sistema de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas. Folleto informativo N°30/Rev.1. Nueva York y Ginebra. Disponible en https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet30Rev1_sp.pdf

de información entre el Estado, las ONG's 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. Si bien la resolución que emite el Comité no es vinculante (es un procedimiento de control, no de protección de derechos), sí es un insumo relevante para el cumplimiento de buena fe por parte del Estado²⁰¹.



Fuente: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/FactSheet30Rev1_sp.pdf

- 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 respectivo²⁰². Hay algunas Observaciones Generales muy importantes ya que

²⁰¹ Las observaciones a los informes de los diferentes comités se pueden consultar en: <https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies>

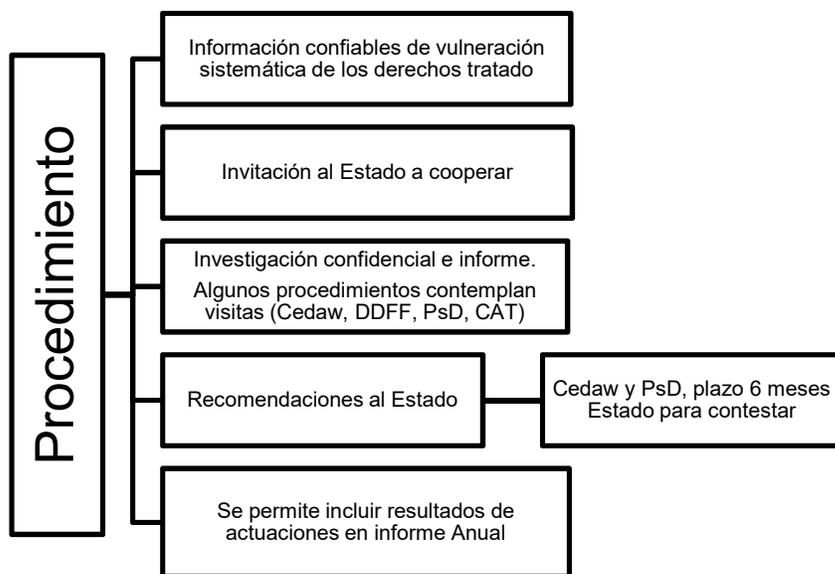
²⁰² Las observaciones generales de los comités pueden consultarse en: <https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/general-comments>

han marcado el debate sobre derechos humanos a nivel mundial, por ejemplo, del Comité de Derechos Humanos sobre Igualdad entre hombres y mujeres y el reciente sobre Derecho de Reunión (protesta social); el Comité de la Cedaw emitió una observación general relevante sobre Violencia contra las Mujeres, entre otros. Estas observaciones, si bien no son instrumentos vinculantes, sí constituyen un antecedente fundamental para que los Estados adecúen sus actuaciones a la interpretación que realizan los órganos creados por los mismos Estados para interpretar los tratados de derechos humanos.

- Un cuarto mecanismo de control, que sólo se contempla en algunos tratados, es el *control internacional frente a violaciones sistemáticas o situaciones críticas mediante investigaciones*. Así, por ejemplo, el Comité contra la tortura (artículo 20 del tratado contra la Tortura) y el Comité del CEDAW (artículos 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)²⁰³.

²⁰³ Sobre estos procedimientos se puede consultar en <https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/human-rights-bodies-complaints-procedures#inquiries>

INVESTIGACIONES	CAT (Declaración art. 28)	Art. 20
	NNA (Protocolo)	Art. 13 Protocolo (3)
	Desap. Forzada (automático)	Art. 33 Investigaciones situación Art. 3o Acciones urgentes caso Art. 34 Acción ante Asamblea General (generalizado o sistemático)
	DESC (Protocolo)	Art. 11 y 12 Protocolo
	Cedaw (Declaración art. 10 Protocolo)	Arts. 8 y 9 Protocolo
	PsD (Declaración art. 8 Protocolo)	Arts. 6 y 7 Protocolo
	Discrim. Racial (Comite, no tratado)	Procedimiento Alerta Temprana Expresar preocupación a Estados y órganos ONU

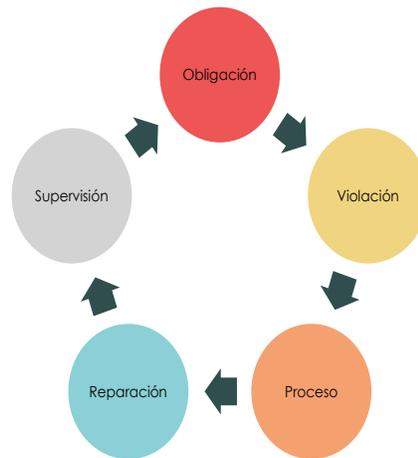


- Como un mecanismo de protección de los derechos, algunos comités contemplan el *examen de comunicaciones individuales*²⁰⁴. Estos procedimientos tienen por objeto determinar si en el caso concreto se ha producido una violación de un derecho o libertad convencional respecto de una víctima concreta. Se 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. Este es el procedimiento más discutido por los estados coma ya que implica la posibilidad de que los individuos lleven a un estado ante una instancia internacional a fin de establecer su responsabilidad internacional. No todos los tratados de derechos humanos en naciones unidas contemplan esta posibilidad y en algunos de ellos se ha requerido de protocolos adicionales que permitan que los comités conozcan de casos individuales²⁰⁵.

²⁰⁴ Sobre las denuncias individuales se puede consultar: <https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/human-rights-treaty-bodies-individual-communications>

²⁰⁵ Tratados que contemplan la posibilidad de comunicaciones individuales, pero con una declaración expresa del Estado, son: Comité contra la tortura (art. 22), Comité de Desapariciones Forzadas (art. 31), Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios (art. 76); en cambio, requieren de un protocolo facultativo los siguientes: Comité contra la discriminación racial, Comité de derechos humanos, Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, Comité Derechos del Niño, Comité DESC, Comité para los Derechos de las Personas con Discapacidad, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Proceso Internacional



2.3. Procedimiento de casos individuales (Comité de Derechos Humanos)

A continuación presento una breve reseña del procedimiento del Comité de Derechos Humanos:

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.

a. La admisibilidad. 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 comunicación²⁰⁶. El Comité puede declarar la inadmisión de una comunicación "por falta de fundamentación", es decir, por considerar que los hechos expuestos no constituyen ni siquiera potencialmente "un caso"²⁰⁷.

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 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 individualizada²⁰⁸. 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

²⁰⁶ Artículo 97.2 del Reglamento del CDH dispone "Antes de examinar el fondo de una comunicación, el Comité decidirá si la comunicación es admisible".

²⁰⁷ Ver CDH, Kavanagh c. Irlanda. Comunicación 1114/2002, dictamen de 25 de octubre de 2002, párr. 4.2; Krausser (2002), párr. 6.5.

²⁰⁸ CDH, Lubicon Lake c. Canadá. Comunicación 167/1984, dictamen de 26 de marzo de 1990, párr. 32.1.

que someta una comunicación una víctima potencial, es decir una persona que se encuentre en riesgo de que una disposición legal le sea aplicada afectando derechos consagrados en el Pacto²⁰⁹.

- *Pasiva*. Conforme al artículo 1 del Protocolo facultativo, el Comité sólo puede conocer de comunicaciones interpuestas contra Estados que son parte del Protocolo. En este sentido, para que un caso pueda ser conocido por el Comité, el Estado debe ser parte de la Carta ONU, del Pacto y, además, haber ratificado el Protocolo Adicional²¹⁰.
- 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 acepta su aplicación directa en casos individuales²¹¹, salvo con fines interpretativos de los derechos consagrados en el Pacto²¹².
- 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 (Joseph, et. al, 2000: 33-35), a menos que la violación sea continua, es decir, sea una violación que tiene una fecha de

²⁰⁹ Un buen ejemplo es el caso CDH, Toonen vs. Australia. Comunicación 488/1992, dictamen de 04 de abril de 1994.

²¹⁰ En otros tratados de derechos humanos de Naciones Unidas la función de conocer casos individuales es parte del mismo tratado, por lo que no se requieren tres voluntades, sino solo dos (Carta ONU y tratado respectivo), por ejemplo, Comité contra la discriminación racial (artículo 14), Comité contra la tortura (art. 22), Comité de derechos de Trabajadores migratorios (art.77). En cambio, otros tratados sí requieren de Protocolos Adicionales, por ejemplo, Comité DESC (Protocolo Facultativo), Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (Protocolo Facultativo), Comité para los Derechos de las Personas con Discapacidad (Protocolo Facultativo).

²¹¹ Ver, por ejemplo, CDH, Kitok c. Suecia. Comunicación 197/1985, dictamen de 27 de julio de 1988, párr. 6.3. Para una crítica de esta posición, ver Joseph, et. al, 2000: 106-107.

²¹² CDH, Apirana Mahuika. Comunicación 547/1993, dictamen de 16 de noviembre de 2000, párr. 9.2; J.O. Zabayo. Comunicación 2796/2016, dictamen 18 de febrero de 2022, párr. 8.5.

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 comunicación²¹³ (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 Estado²¹⁴.

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 ²¹⁵, 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

²¹³ CDH, Lovelace c. Canada. Comunicación 024/1977, dictamen de 30 julio 1981, párrs. 11 y 13.1. En el mismo sentido, el Comité ha considerado que en casos de desaparición forzada existe un deber continuo del Estado de investigar dichas denuncias (CDH, Naima Boutarsa, comunicación 3010/2017, dictamen de 11 de octubre de 2022, párr. 7.5).

²¹⁴ CDH, Burgos c. Uruguay. Comunicación 52/1979, dictamen de 29 de julio de 1981, párrs. 12.1, 12.2 y 12.3, y especialmente el voto concurrente del señor Tomuschat. Ver también UN doc. CCPR/79/Add99.

²¹⁵ CDH, Aumeeruddy-Cziffra y otras c. Mauricio. Comunicación 35/1978, dictamen de 9 de abril de 1981, párr. 1.1.

declarar el caso inadmisibile temporalmente, hasta que el otro procedimiento concluya (Nowak, 2003: 695-696). 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 y/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 humanos²¹⁶. 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 ello²¹⁷.
- Plazo para presentar petición. Si bien la normativa que rige al Comité no establece un plazo para presentar las denuncias, el Comité ha considerado en su Reglamento que un plazo superior a los 5 años puede ser considerado un abuso y por tanto, el plazo se ha entendido que debe darse dentro de los 5 años de agotados los recursos internos o 3

²¹⁶ CDH, Villafañe et al c. Colombia. Comunicación 612/1995, dictamen de 29 de julio de 1997, párr. 5.2. Además, Ellis c. Jamaica. Comunicación 276/1988, dictamen de 28 de julio de 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. Asimismo, el Comité ha señalado que los recursos que deben agotarse son los ordinarios de la legislación nacional y no los de carácter extraordinarios (CDH, Larissa Shchiryakova. Comunicación 2848/2016, dictamen de 05 de diciembre de 2022, párr. 6.3).

²¹⁷ CDH, Henry c. Jamaica. Comunicación 230/1987, dictamen de 1 de noviembre de 1991, párr. 7.4.

desde que se terminan otros procedimientos internacionales, todo conforme a las circunstancias del caso (art. 99.c. del Reglamento CDH)

b. 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 (art. 93.1 Reglamento del CDH). 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 pendiente²¹⁸.

El Comité sólo puede examinar pruebas escritas y se exige que todo documento sea acompañado por una de las partes²¹⁹. 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.

c. 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 (art. 102 Reglamento CDH). Si decide que se ha cometido una violación, normalmente sugiere el tipo de remedio que considera efectivo a modo de recomendaciones para el Estado²²⁰.

²¹⁸ Artículo 111.6 y 94 Reglamento CDH.

²¹⁹ Solo excepcionalmente se pueden admitir presentaciones orales de las partes (art. 101.4 Reglamento CDH).

²²⁰ Una orden “tipo” que ha ido dando el Comité, dependiendo obviamente de la violación constatada, ha sido la siguiente: “12. De conformidad con el artículo 2, párrafo 3 a), del Pacto, el Estado parte tiene la obligación de proporcionar al autor un recurso efectivo. Ello significa que debe conceder una reparación integral a las personas cuyos derechos reconocidos en el Pacto hayan sido vulnerados. En el presente caso, el Estado parte tiene, entre otras, la obligación de: a) Llevar a cabo una investigación pronta, eficaz, exhaustiva, independiente, imparcial y transparente de las denuncias de tortura, y enjuiciar y castigar a los responsables; b) Proporcionar al autor una indemnización adecuada. El Estado parte tiene también la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro” (CDH, Voronkov vs. Rusia. Comunicación 2951/2017, dictamen de 6 de diciembre de 2022).

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 (Nowak, 2003: 710-712). 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"²²¹ 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 consecuencias²²².

En la medida en que los Estados están dispuestos a cumplir de buena fe 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 y, de hecho, hay Estados que cumplen con los dictámenes del Comité.

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 mandato²²³. El Informe Anual del Comité contiene información sobre estas actividades de seguimiento.

²²¹ Protocolo, preámbulo.

²²² "El carácter de los dictámenes del Comité dimana también de la obligación de los Estados partes de actuar de buena fe, tanto cuando participan en el procedimiento previsto en el Protocolo Facultativo como en relación con el propio Pacto. La obligación de cooperar con el Comité resulta de la aplicación del principio de la buena fe en el cumplimiento de todas las obligaciones convencionales" (CDH, Observación general No. 33. Obligaciones de los Estados parte con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. CCPR/C/GC/33, resolución de 25 de junio de 2009, párr. 15). 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 interno y proyectos legislativos y administrativos que demuestran la complejidad de encontrar con una forma efectiva de implementación local de las decisiones internacionales.

²²³ Artículo 106 Reglamento CDH.

CASOS DE ESTUDIO

Caso Toonen vs. Australia

El autor (Mr. Toonen) milita por la promoción de los derechos de los homosexuales en Tasmania, uno de los seis Estados que constituyen Australia. Impugna dos disposiciones del Código Penal de Tasmania, los apartados a) y c) del artículo 122 y el artículo 123, por los que se consideran delitos diversas formas de contacto sexual entre hombres, incluida cualquier forma de contacto sexual entre hombres homosexuales adultos, con su consentimiento y en privado.

El autor señala que los dos artículos mencionados del Código Penal de Tasmania (vigente desde 1988) facultan a los oficiales de policía a investigar aspectos íntimos de su vida privada y detenerlo, si tienen motivos para creer que participa en actividades sexuales contrarias a los artículos citados. Añade que en agosto de 1988 el Director del Ministerio Público anunció que se iniciarían actuaciones en relación con los apartados a) y c) del artículo 122 y el artículo 123 en caso de que hubiera pruebas suficientes de la comisión de un delito.

Si bien en la práctica la policía de Tasmania no ha acusado a nadie de "relaciones sexuales por vías no naturales" o "relaciones contra natura" (artículo 122) o de "prácticas deshonestas entre personas del sexo masculino" (artículo 123) desde hace varios años, el autor observa que debido a su larga relación con otro hombre, su cabildeo activo ante los políticos de Tasmania y las informaciones difundidas en los medios de comunicación locales sobre sus actividades, así como a su labor de activista de los derechos de los homosexuales y su trabajo en relación con los casos de VIH y SIDA en homosexuales estima que su vida privada y su libertad se ven amenazadas por el mantenimiento de los apartados a) y c) del artículo 122 y el artículo 123 del Código Penal de Tasmania.

El autor sostiene además que en Tasmania ha habido y sigue habiendo una "campaña oficial y extraoficial de odio" contra los homosexuales y las lesbianas. Debido a esa campaña, el Grupo de Reforma de las leyes relativas a los homosexuales ha tenido dificultades para difundir información sobre sus actividades y abogar por que se despenalice la homosexualidad. Así, en septiembre de 1988 se denegó al Grupo autorización para instalar un puesto en una plaza pública de la ciudad de Hobart y el autor alega que fue intimidado por la policía por haber protestado con energía contra la prohibición.

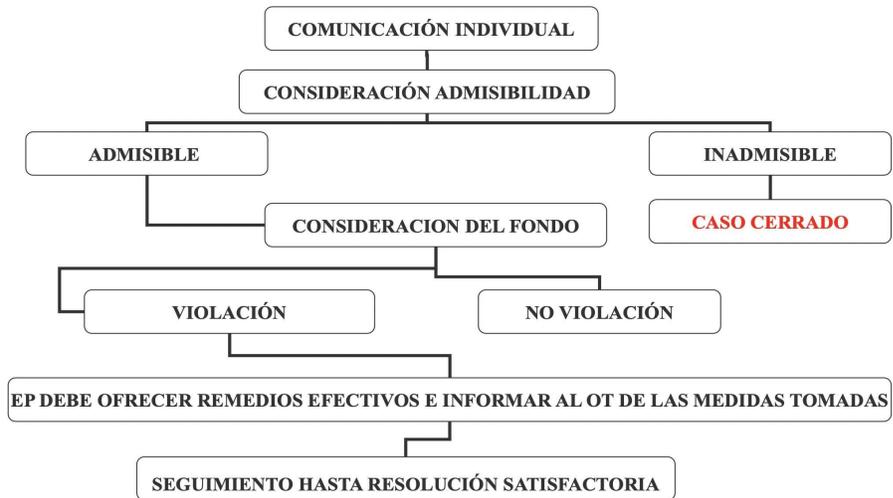
El autor sostiene que no hay recursos eficaces contra los apartados a) y c) del artículo 122 y el artículo 123. En el ámbito legislativo la responsabilidad de promulgar y hacer cumplir las leyes penales incumbe ante todo a las jurisdicciones de los Estados. Como la Cámara Alta y la Cámara Baja del Parlamento de Tasmania están muy divididas acerca de la cuestión de la despenalización de las actividades homosexuales y de la reforma del Código Penal, se considera que esta potencial vía de enmienda es ineficaz. Por último, el autor sostiene que no hay recursos judiciales en caso de violación del Pacto, ya que éste no se ha incorporado al derecho australiano y los tribunales australianos suelen ser reacios a aplicar tratados que no se han incorporado en el derecho nacional.

Australia es parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos desde 1980 y firmó el Primer Protocolo en 25/12/1991.

PREGUNTAS

- *¿Existe legitimación de parte del señor Toonen para presentar el caso ante el Comité? ¿De existir legitimación, de qué tipo es esta?*
- *¿Existe competencia material?*
- *¿Existe competencia en razón del tiempo?*
- *¿Existe competencia en razón del lugar?*
- *¿Existe alguna prohibición que limite la competencia del Comité?*
- *¿Cree usted que se han violado los derechos invocados por el señor Toonen?*

Procedimiento resumido



3. EL SISTEMA INTERAMERICANO (OEA)

Desde el siglo XIX en adelante, los Estados americanos se han organizado con el objetivo de alcanzar ciertas metas comunes. En un principio esta organización se vinculó, más allá de ciertas materias puntuales, principalmente con 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 Estados²²⁴.

En el contexto post II Guerra Mundial se consagró un sistema interamericano de derechos humanos a través de la Organización de Estados Americanos (OEA). La Carta de la OEA, adoptada en 1948, 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 de la OEA 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 (Nikken, 1989: 65-100).

El proceso de gestación de un documento vinculante culminó en la Conferencia sobre Derechos Humanos, realizada en San José de Costa Rica, donde el 22 de noviembre de 1969, se suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos²²⁵. Esta Convención recoge un amplio

²²⁴ 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).

²²⁵ 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.

catálogo de derechos civiles y políticos, establece ciertas obligaciones generales de los Estados, fija pautas para resolver conflictos de derechos y regula la suspensión de los mismos.

3.1. Sistema basado en la Carta de la OEA

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. La Comisión es un órgano de la Carta de la OEA y, por tanto, supervisa a todos los Estados parte de dicho tratado marco y la Corte Interamericana es un órgano de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, para poder conocer de un caso contencioso, requiere que los Estados sean parte de la OEA, de la Convención Americana y emitan una declaración otorgándole competencia. Por tanto, cuando hablamos del sistema basado en la Carta de la OEA, el órgano es la Comisión Interamericana y el documento base es la Carta de la OEA y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948).

El año 1959 nace en el sistema interamericano de derechos humanos la Comisión Interamericana de Derechos Humanos²²⁶, órgano encargado del control de la actividad de los Estados en materia de derechos humanos cuya regulación, desde la reforma a la Carta de la OEA mediante el Protocolo de Buenos Aires de 1967, se encuentran en la Carta de la OEA. La Comisión Interamericana tiene una naturaleza cuasi-judicial, y ha desarrollado un intenso trabajo desde esa época fortaleciendo su presencia en el sistema interamericano (Medina, 1988; González, 2013). La Comisión en tanto órgano de la Carta de la OEA, ejerce su competencia respecto de todos los Estados partes del sistema interamericano.

La Comisión tiene una serie de funciones (art. 41 CADH): 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 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

²²⁶ 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.

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, prestar 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 debe rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

En cuanto a los *procedimientos* asociados a la Comisión para cumplir con su función de protección de los derechos humanos, los podemos resumir en los siguientes: examen de casos; supervisión en situaciones de violaciones a los derechos humanos; observaciones *in loco*; preparación y publicación de informes; audiencias públicas; grupos de trabajo; y, actuación ante la Corte Interamericana (Nash, 2020; Contesse, 2019).

A continuación, se reseñan brevemente elementos centrales de los principales procedimientos/mandatos de la CIDH para el cumplimiento de sus funciones.

- Un primer procedimiento está basado en la carta de OEA y se refiere al procedimiento de control de situaciones de violaciones de derechos humanos. Este procedimiento 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 este tipo de violaciones (Medina, 1988).

La Comisión se encuentra facultada para realizar estudios sobre violaciones a derechos humanos ocurridas en el territorio de un determinado Estado Miembro de la Organización²²⁷. En efecto, sobre la base de su experiencia práctica, la Comisión desarrolló los Informes sobre Países o “Country Reports” para hacer frente a las violaciones masivas y sistemáticas que sufrían los derechos humanos en el Continente

²²⁷ 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

(González, 1998: 495-500). 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 una de las características fundamentales de dicho tipo especial de violaciones, esto es, dejar en evidencia las graves violaciones de derechos humanos que los Estados buscaban ocultar. Por su parte, las visitas *in loco*²²⁸ son el medio fundamental con el que cuenta la Comisión para recabar la información que le permite acreditar y formarse la convicción sobre la real situación de los derechos humanos en el país que es objeto de la investigación.

- Una segunda área de trabajo de la Comisión es la supervisión de la situación de derechos humanos respecto de áreas temas que son comunes a la región. Así, la Comisión trabaja a través de informes temáticos, audiencias públicas, relatorías y unidades temáticas en la supervisión, promoción y protección de derechos humanos en áreas como Libertad de Expresión y Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales a través de relatorías especiales; grupos de trabajo sobre situaciones especiales (por ejemplo la situación en Nicaragua); informes temáticos en materia de Mujeres, Pueblos Indígenas, personas privadas de libertad, comunidad Afrodescendiente; comunidad LGTBIQ+, entre otras; audiencias públicas sobre la situación de países y temas puntuales²²⁹.
- El tercer mandato de protección de derechos humanos consiste en el conocimiento de denuncias individuales. En esta materia el sistema interamericano contempla un sistema dual que depende de si los Estados han dado o no competencia a la Corte Interamericana. Respecto de todos los Estados parte del sistema interamericano de derecho humanos, 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 (Faúndez-Ledesma, 2009; Medina y Nash, 2011). Los Estados también tiene esta

²²⁸ Sobre esta materia ver un completo análisis en: Vargas, 1984.

²²⁹ Un detalle con el trabajo de la CIDH se puede revisar en: <https://www.oas.org/es/cidh/>

facultad cumpliendo con ciertas formalidades²³⁰. El procedimiento ante la Comisión es cuasi-judicial y se tramita fundamentalmente 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. Más adelante en el Curso se estudian los procedimientos con detalle.

3.2. Sistema basado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)

El año 1969, con la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se creó la *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, la cual goza de funciones jurisdiccionales²³¹. La creación de la Corte Interamericana se enmarca en el esfuerzo jurisdiccional internacional en materia de protección a los derechos humanos, donde la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Internacional de Justicia constituyen los pilares del sistema orgánico y jurisdiccional de protección de los derechos humanos en el concierto internacional. La Corte Interamericana ejerce funciones jurisdiccionales en materia contenciosa, conociendo de casos individuales relativos a violaciones a la Convención Americana de Derechos Humanos²³² y puede, además, emitir opiniones consultivas²³³.

En aquellos casos en que el Estado ha dado competencia a la Corte, la Comisión está facultada para someter los casos contenciosos al conocimiento de la Corte Interamericana sobre la aplicación o interpretación de la Convención²³⁴. Esta facultad es relevante ya que es el único mecanismo para que un individuo pueda hacer llegar un caso ante la Corte (el otro camino sería

²³⁰ CIDH. Caso Interestatal 01/06, Informe No. 11/07, Inadmisibilidad, Nicaragua c. Costa Rica. OEA/Ser/l/v/II.127.

²³¹ 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.

²³² Artículo 62 CADH. Asimismo, la Corte “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 (art. 19.6 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 otros instrumentos según analizaremos infra.

²³³ 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”.

²³⁴ Artículos 51 y 62.1 de la CADH.

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 (art. 63.1 CADH).

Desde la década del '80 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); Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia (2013); Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia (2013) Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (2015).

3.3. Procedimiento de casos individuales OEA

Para analizar el procedimiento de casos individuales en el sistema interamericano es importante tener en consideración que este consta de dos etapas (no instancias); así, la Corte no es un tribunal de apelación o de segunda instancia, sino que es una segunda etapa dentro del proceso de casos individuales en caso de concurrir los requisitos para que un caso llegue a dicha instancia jurisdiccional interamericana. La primera etapa siempre es ante la Comisión Interamericana y la segunda, ante la Corte Interamericana (esto solo es posible respecto de los Estados que le han otorgado competencia a la Corte de conformidad con el art. 62 de la CADH). La etapa ante la CIDH es obligatoria y no es posible que el Estado renuncie a dicha tramitación ante el órgano basado en la Carta de la OEA²³⁵.

²³⁵ Corte IDH. Asunto de Viviana Gallardo y otras. Serie A No. 101. En este asunto (no caso) Costa Rica renunció al procedimiento ante la CIDH, pero la Corte señaló que el art. 61.2 es claro en el sentido que para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos en la Convención ante la CIDH.

A continuación, se analizan los elementos centrales del procedimiento ante la Comisión y ante la Corte Interamericana.

A. El procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

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

i. La Competencia

- Competencia en razón de la persona

- Legitimación activa: A diferencia de lo dispuesto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, la posibilidad de acceder al sistema de la Comisión es mediante una denuncia o petición individual conforme al artículo 44 de la Convención, es amplia, es decir que permite que terceras personas distintas de la víctima, actúen ante la Comisión²³⁶. Por lo tanto, las peticiones pueden ser presentadas por cualquier persona, grupo de personas u organizaciones no gubernamentales que cumplan los requisitos del artículo 44. En cuanto a la naturaleza de esta disposición, ha sido entendida como una *actio popularis*. Lo anterior es sin perjuicio de que toda comunicación deba tener al menos una víctima²³⁷, porque la Comisión no puede utilizar este procedimiento para pronunciarse *in abstracto* sobre una ley o práctica

²³⁶Artículo 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”. Esta norma se reproduce en el Reglamento de la Corte a fin de regular el acceso al sistema por parte de Estado que no han suscrito la Convención por mandato del propio Estatuto de la CIDH (1979) conforme al art. 23.2 del Estatuto.

²³⁷ La jurisprudencia de los órganos de supervisión internacional ha establecido que la víctima puede ser directa, cuando la violación la afecte directamente a ella; indirecta, en caso que la persona se vea afectada de manera secundaria por una violación dirigida a otra persona, como sería el caso de un padre por la expulsión del país de su hijo; o potencial, en el caso de una persona afectada generalmente por una ley que, aunque no se haya aplicado, implique por su sola existencia un obstáculo potencial para el ejercicio y goce de alguno de sus derechos humanos (Medina y Nash, 2011: 29).

administrativa. Por otra parte, por disposición de su propio Reglamento²³⁸, la Comisión puede iniciar, *motu proprio*, “la tramitación de una petición que contenga, a su juicio, los requisitos para tal fin”²³⁹.

La Convención ha establecido un requisito en relación a las organizaciones no gubernamentales que presenten peticiones. Para tener *legetimatio ad causam* éstas deben ser reconocidas por uno de los Estados miembros de la OEA, sin que sea necesario que el reconocimiento lo dé el Estado denunciado. Basta que el reconocimiento sea dado por cualquiera de los Estados miembros y si esto no se cumple, se puede considerar que la acción es presentada por “un grupo de personas”²⁴⁰.

Asimismo, la Comisión puede recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado alegue que otro Estado ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en la Convención. Para ello, conforme a lo dispuesto por el art. 45 numerales 1, 2 y 3 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.

- Legitimación Pasiva. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 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 (art. 23 Reglamento CIDH), esto es, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, respecto de todos los Estados parte de la OEA; y la

²³⁸ Aprobado por la Comisión en su 137º período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009; y modificado el 2 de septiembre de 2011 y en su 147º período ordinario de sesiones, celebrado del 8 al 22 de marzo de 2013, para su entrada en vigor el 1º de agosto de 2013.

²³⁹ Reglamento Comisión, art. 24.

²⁴⁰ Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de septiembre de 1998. Serie C No. 41, párr. 77.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, respecto de aquellos que la hayan ratificado²⁴¹; asimismo, puede conocer materias relativas al Protocolo Adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)²⁴²; el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; la Convención Interamericana Para Prevenir y Sancionar la Tortura²⁴³; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas²⁴⁴; y respecto del art. 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer²⁴⁵.

- Competencia en razón del tiempo. De acuerdo con el principio de derecho internacional aplicable a la materia, 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. Sin embargo existen excepciones a esta regla general. Tal es el caso de las violaciones continuas²⁴⁶, como en el caso de las desapariciones forzadas; de hecho, en este caso, la Convención específica sobre la materia define el fenómeno como una violación continua hasta que no se compruebe el

²⁴¹ CADH, art. 47.b. Un complete Desarrollo en: Corte IDH. Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-13/93 de 16 de julio de 1993. Serie A No. 13, párr. 34.

²⁴² Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", art. 19.6.

²⁴³ Reglamento de la CIDH, art. 23. Esto parece ser una interpretación del art. 16 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

²⁴⁴ Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, art. XIII.

²⁴⁵ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará, art. 12.

²⁴⁶ "Al respecto, cabe distinguir entre actos instantáneos y actos de carácter continuo o permanente. Éstos últimos "se extiende[n] durante todo el tiempo en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional". Por sus características, una vez entrado en vigor el tratado, aquellos actos continuos o permanentes que persisten después de esa fecha, pueden generar obligaciones internacionales respecto del Estado Parte, sin que ello implique una vulneración del principio de irretroactividad de los tratados" (Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 22).

paradero de la víctima²⁴⁷. 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 aparece y se comprueba que murió antes de entrar en vigencia la Convención en dicho Estado, la Corte ha decidido que no tiene competencia para conocer de la violación del derecho a la vida²⁴⁸. 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 esta 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 de los Estados Parte.

ii. Fase de Admisibilidad. Esta fase comprende los trámites de presentación de la petición y decisión de la Comisión respecto de su admisibilidad, para lo cual se realiza un análisis de sus condiciones de forma y fondo. La Convención establece requisitos de admisibilidad similares a los del Protocolo Facultativo.

- Requisitos de forma. La Convención exige, en el 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. Por su parte el art. 28 del Reglamento señala otros requisitos referentes a la información que deben contener las peticiones.
- Fundamentación de la petición. Conforme al artículo 34 b. del Reglamento, la Comisión puede declarar inadmisibile una comunicación si resulta de ella misma o de la exposición del Estado que es manifiestamente infundada o su total improcedencia es evidente.

²⁴⁷ Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, art. III.

²⁴⁸ Corte IDH. Caso Blake Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares. Sentencia de 2 de julio de 1996. Serie C No. 27, párr. 33.

- 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 pendiente o ya examinada por la Comisión u otro organismo internacional²⁴⁹, 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, sea un individuo o una entidad no gubernamental.
- El agotamiento de los recursos internos. Esta es una regla de derecho internacional que permite que el Estado pueda reparar por sí mismo una supuesta violación de sus obligaciones internacionales antes de que ésta pueda ser reclamada en el ámbito internacional. Esta regla se establece a favor de los Estados y es, por tanto, renunciable por ellos. Debe ser invocada por el Estado como excepción durante la etapa de admisibilidad, esto es, antes que la Comisión se pronuncie sobre si la denuncia es

²⁴⁹ Reglamento Comisión, art. 33.

admisible o no²⁵⁰. La Convención, en el artículo 46.2, establece posibilidades de exención de la obligación de agotar los recursos internos²⁵¹:

- 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.
 - Tampoco será exigible en 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.
 - Por último, están aquellos casos en que existe un retardo injustificado en la decisión sobre el recurso.
- Plazo de prescripción de la acción. De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 46.1 b) de la Convención, toda denuncia deberá ser presentada en un plazo de seis meses contado

²⁵⁰ “La Corte ha señalado que el artículo 46.1.a) de la Convención dispone que, para determinar la admisibilidad de una petición o comunicación presentada ante la Comisión, de conformidad con los artículos 44 o 45 de la Convención, es necesario que se hayan interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos. Al respecto, el Tribunal ha desarrollado pautas para analizar una excepción basada en un presunto incumplimiento del requisito de agotamiento de los recursos internos. Primero, ha interpretado la excepción como una defensa disponible para el Estado, y como tal, puede renunciar a ella, ya sea expresa o tácitamente. Segundo, esta excepción debe presentarse oportunamente con el propósito de que el Estado pueda ejercer su derecho a la defensa. Tercero, la Corte ha afirmado que el Estado que presenta esta excepción debe especificar los recursos internos que aún no se han agotado, y demostrar que estos recursos son aplicables y efectivos. La Corte recuerda que no es tarea de este Tribunal, ni de la Comisión, identificar ex officio cuáles son los recursos internos pendientes de agotamiento, en razón de que no compete a los órganos internacionales subsanar la falta de precisión de los alegatos del Estado. Por lo anterior, la invocación por el Estado de la existencia de un recurso no agotado debe no sólo ser oportuna, sino también clara, identificando el recurso en cuestión y también cómo el mismo, en el caso, sería adecuado y efectivo para proteger a las personas en la situación que se hubiere denunciado” (Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C No. 344, párr. 27).

²⁵¹ En una Opinión Consultiva sobre Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos, la Corte interpretó esta disposición y sostuvo que si, por razones de indigencia 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. 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).

desde la notificación que se le haga al peticionario de la decisión definitiva dentro del ordenamiento jurídico interno del Estado²⁵². 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"²⁵³.

iii. Declaración de admisibilidad. Los informes de admisibilidad o de inadmisibilidad son públicos y deberán, además, ser incluidos por la Comisión en su Informe Anual a la Asamblea General de la OEA²⁵⁴. Con la adopción del informe de admisibilidad, la petición será registrada como "caso" y se iniciará el procedimiento sobre el fondo; en todo caso, la adopción del informe de admisibilidad no prejuzga sobre el fondo del asunto²⁵⁵.

Las denuncias se ven de acuerdo con su fecha de entrada al sistema. Sin embargo, en ciertos casos especiales (regulados por el art. 29 del Reglamento) se pueden conoer algunas denuncias en forma anticipada. Esto le permite a la Comisión acelerar la tramitación de algunos casos atendida la gravedad de la afectación de derechos, la situación particular de las víctimas y no tener que esperar su turno en el sistema de registro. Esto es muy relevante atendida la enorme demora que existe en la primera etapa de tramitación de casos individuales²⁵⁶.

iv. 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 ²⁵⁷. En efecto, si bien estas medidas no están contempladas en la Convención

²⁵² 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".

²⁵³ Reglamento Comisión, art. 32.2.

²⁵⁴ Reglamento Comisión, art. 36.1.

²⁵⁵ Reglamento Comisión, art. 36.2.

²⁵⁶ La demora en la tramitación ha sido un tema ampliamente discutido en el sistema interamericano, ver: Rodríguez y Sánchez, 2015.

²⁵⁷ Reglamento Comisión, art. 25.

Americana (sí lo están las medidas provisionales que puede dictar la Corte Interamericana), tras las reformas reglamentarias de 2009 se ha establecido con claridad que en caso de gravedad y urgencia, ya sea a petición de parte o de *motu proprio*, la Comisión podrá solicitar a un Estado que adopte medidas cautelares a fin de prevenir daños irreparables a las personas que se encuentren bajo su jurisdicción, en forma independiente de cualquier petición o caso pendiente²⁵⁸. Esto implica que no hace falta que se haya presentado una petición ante la Comisión para que ésta pueda disponer de medidas cautelares. Naturalmente, estas medidas pueden ser solicitadas en cualquiera etapa del procedimiento en que sean necesarias.

Para efectos de determinar la procedencia de medidas cautelares, la Comisión deberá tener en cuenta los siguientes factores: la gravedad y urgencia de la situación, su contexto y la inminencia del daño en cuestión²⁵⁹. De igual modo, el actual reglamento establece que, además, la Comisión considerará:

- a. si se ha denunciado la situación de riesgo ante las autoridades pertinentes o los motivos por los cuales no hubiera podido hacerse;
- b. la identificación individual de los potenciales beneficiarios de las medidas cautelares o la determinación del grupo al que pertenecen;
- c. la expresa conformidad de los potenciales beneficiarios cuando la solicitud sea presentada a la Comisión por un tercero, salvo en situaciones en las que la ausencia de consentimiento se encuentre justificada²⁶⁰.

Previo a disponer la adopción de medidas cautelares, la Comisión deberá solicitar información relevante al Estado involucrado, a menos que la urgencia de la situación justifique la adopción inmediata de tales medidas²⁶¹.

²⁵⁸ Reglamento Comisión, artículo 25.1.

²⁵⁹ Reglamento Comisión, artículo 25.2.

²⁶⁰ Reglamento Comisión, artículo 25.6.

²⁶¹ Reglamento Comisión, artículo 25.5.

Periódicamente, la Comisión evaluará la necesidad de mantener estas medidas, ya que como se señaló anteriormente, éstas deben ser de carácter temporal o provisional. En cualquier momento desde que aquellas hayan sido dispuestas, el Estado podrá solicitar a la Comisión que las deje sin efecto, a través de una petición fundada y antes de decidir sobre esta solicitud, la Comisión pedirá a los beneficiarios o sus representantes que manifiesten las observaciones que puedan tener al respecto ²⁶². Adicionalmente, la Comisión podrá adoptar medidas de seguimiento como requerir a estos últimos información relevante sobre cualquier asunto relacionado con el otorgamiento, observancia y vigencia de las medidas cautelares²⁶³. Conforme al artículo 25.11 del actual Reglamento, en caso que los beneficiarios o sus representantes incumplan sustancialmente con estos requerimientos de la Comisión, ésta podrá dejar sin efecto la disposición de medidas cautelares.

El otorgamiento y adopción de medidas cautelares no prejuzga sobre el fondo del asunto, esto es, la presunta violación de derechos reconocidos en la Convención Americana o en otros instrumentos aplicables²⁶⁴.

v. 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 internas²⁶⁵, 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 ²⁶⁶, pero siempre antes del pronunciamiento sobre el fondo de la petición,

²⁶² Reglamento Comisión, artículo 25.9.

²⁶³ Reglamento Comisión, artículo 25.10.

²⁶⁴ Reglamento Comisión, artículo 25.8.

²⁶⁵ Reglamento Comisión, art. 40.

²⁶⁶ Reglamento Comisión, art. 40.1.

- Se inicia y continúa sobre la base del consentimiento de las partes²⁶⁷,
- La negociación puede ser facilitada por uno o más miembros de la Comisión, en caso de que esto se considere necesario²⁶⁸;
- 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 humanos²⁶⁹,
- Si se logra un acuerdo se aprobará un informe con una breve exposición de los hechos y la solución lograda, informe que se transmitirá a las partes y será publicado. El informe 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 pertinentes²⁷⁰, y
- Si no hay acuerdo, el trámite continúa²⁷¹.

vi. El Examen de Fondo (méritos). 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 Comisión²⁷² y en ella se podrá recibir información de las partes con relación a alguna petición, caso en trámite, seguimiento de recomendaciones o medidas cautelares, etc. Además la Comisión puede solicitar

²⁶⁷ Reglamento Comisión, art. 40.2.

²⁶⁸ Reglamento Comisión, art. 40.3.

²⁶⁹ Reglamento Comisión, art. 40.4.

²⁷⁰ Reglamento Comisión, art. 40.5.

²⁷¹ Reglamento Comisión, art. 40.6.

²⁷² Reglamento Comisión, arts. 37.5 y 61 y sgtes.

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 verdaderos²⁷³.

vii. Decisión del Asunto. Los Informes sobre el Fondo y su Valor Legal. Conforme al artículo 50 de la CADH, regulado en detalle en el artículo 44.1 del Reglamento, si la Comisión decide que no hubo violación, preparará entonces un informe que será transmitido a las partes y se publicará en el Informe Anual que ella elabora para la Asamblea General de la OEA. 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 recomendaciones²⁷⁴. La adopción del informe y su transmisión al Estado se notificará al peticionario y, en caso de que el Estado le haya otorgado competencia a la Corte, le solicitará su opinión a efectos de conocer su disposición para que el caso sea remitido a dicho Tribunal²⁷⁵.

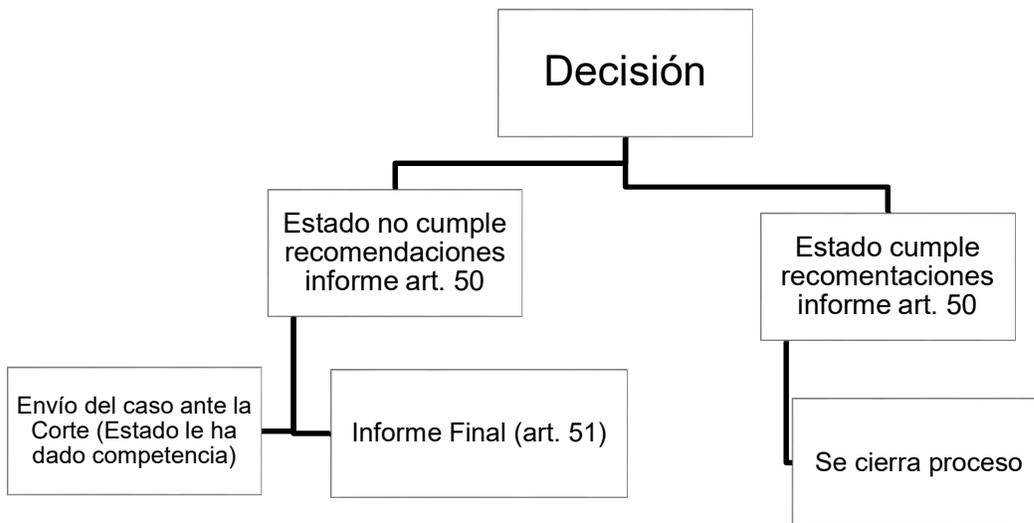
Conforme lo dispuesto en el art. 51 de la CADH, notificado el Estado, comienza a correr un plazo de tres meses dentro del cual (i) el caso puede ser solucionado, por ejemplo por un arreglo amistoso o por haber el Estado tomado las medidas recomendadas por la Comisión, o (ii) el caso puede ser enviado 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. Se trata entonces de un segundo informe. Si el Estado no cumple con las recomendaciones, la Comisión decidirá, por mayoría absoluta de votos, si publica o no este informe²⁷⁶.

²⁷³ Reglamento Comisión, art. 38.

²⁷⁴ Art. 50 CADH; art. 44.2 Reglamento Comisión.

²⁷⁵ Reglamento Comisión, art. 44.3.

²⁷⁶ CADH, art. 51; Reglamento Comisión, arts. 45 y 47.



Si el caso no se presenta a la Corte y la Comisión emite el informe de fondo del artículo 51, éste conlleva 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 de Naciones Unidas para sostener que el Estado está obligado a cumplir con las recomendaciones que se le hagan en dicho informe (Cerna, 1998: 105-106), y existen además argumentos de texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que permiten sostener esta obligatoriedad; en efecto, el artículo 51.2 (CADH) dispone que “la Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual *el Estado debe tomar las medidas que le competan* para remediar la situación examinada” (destacado nuestro), mandato concordante con el deber de cumplir de buena fe los compromisos internacionales por parte del Estado (art. 26 Convención Viena Derecho de los Tratados).

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)²⁷⁷.

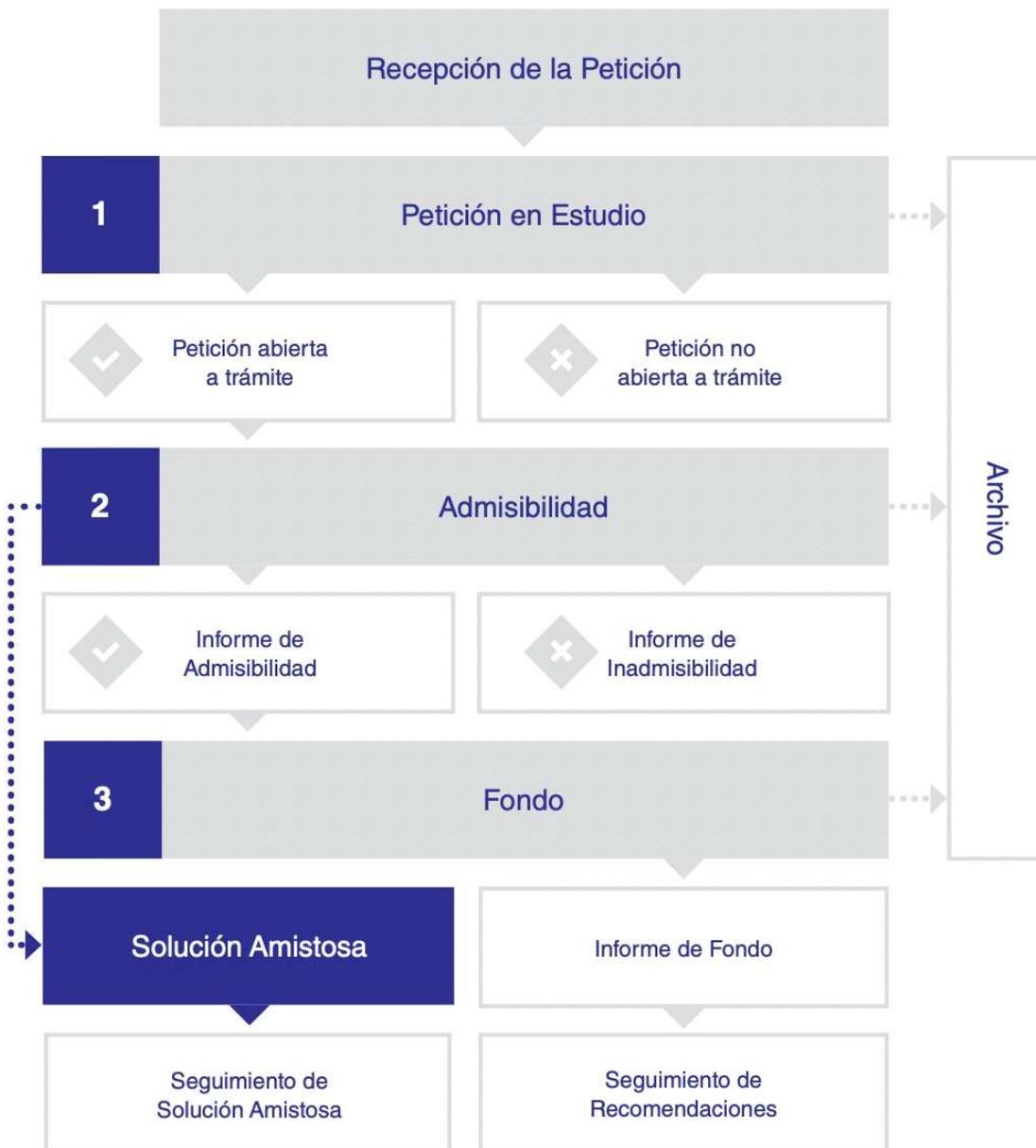
Asimismo, el artículo 33 de la Convención Americana dispone que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte “para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes”, por lo que, al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes²⁷⁸.

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.

²⁷⁷ Corte IDH. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, párr. 80.

²⁷⁸ Corte IDH. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, párrs. 80 y 81.

Paso a paso de las etapas procesales y estados de las peticiones y casos



B. 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, previsto en los artículos 48 a 50 de la Convención²⁷⁹.

i. La Competencia

- Competencia en razón de la persona.
 - 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 ello²⁸⁰. El Reglamento de la Corte fue reformado en el año 2000²⁸¹ para permitir que una vez que la demanda ante la Corte haya sido admitida, se trate a la víctima, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados, como verdaderas partes del proceso. Para ello el art. 25.1 del Reglamento Corte les permite presentar solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma. Otro avance de gran relevancia en este ámbito es el que se ha producido con ocasión de la más reciente reforma reglamentaria. A contar del año 2009 es la víctima, por medio de su representante, la única parte que litiga frente al Estado ante la Corte. Así, la carga de remitir una demanda con todos sus requisitos recae en las víctimas y no en la Comisión, con lo cual aquellas adquieren un protagonismo nunca antes visto en el procedimiento contencioso²⁸². La Corte ha tomado medidas para implementar adecuadamente esta reforma, como la creación de un fondo de asistencia legal a las víctimas y de la figura del “Defensor Interamericano”, quien podrá asumir la

²⁷⁹ CADH, art. 61.2.

²⁸⁰ CADH, art. 62.3.

²⁸¹ Aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

²⁸² La Comisión sigue participando en el proceso, pero ya no como parte, sino que en defensa del interés del sistema interamericano de derechos humanos.

representación legal de las víctimas si ellas no pueden costearlo (art. 37 Reglamento Corte).

- Legitimación 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 acto de la ratificación o la adhesión o en cualquier momento posterior²⁸³. 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 (art. 62.2 y 62.3 CADH).
- o 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)²⁸⁴ y de los casos en que se aleguen violaciones de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas²⁸⁵. Además, se ha atribuido competencia para aplicar la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura²⁸⁶ y respecto de la Convención de Belem do Para (violencia contra las mujeres)²⁸⁷. La Corte no tiene competencia para decidir sobre el cumplimiento de

²⁸³ Convención, artículo 62.

²⁸⁴ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", art. 19.6

²⁸⁵ Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, art. XIII.

²⁸⁶ Art. 8 inciso 3 "Una vez agotado el ordenamiento jurídico interno del respectivo Estado y los recursos que éste prevé, el caso podrá ser sometido a instancias internacionales cuya competencia haya sido aceptada por ese Estado". El análisis que ha hecho la Corte desde: Corte IDH. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

²⁸⁷ Artículo 12 "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

obligaciones que surjan de instrumentos ajenos al sistema interamericano, aun cuando los ha usado con el fin de interpretar el contenido de las obligaciones de los Estados respecto de los derechos contenidos en los tratados sobre los cuales sí tiene competencia.

- 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. Asimismo, la Corte ha señalado que no sólo debe examinarse la fecha de ratificación o adhesión a la Convención; sino que también debe verse la fecha de reconocimiento de la competencia, porque la Corte no ha aceptado conocer de casos en que los hechos que se invocan como sustento fáctico del caso son posteriores a la fecha de ratificación de la Convención, pero anteriores al reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte²⁸⁸.
- 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

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". El análisis realizado por la Corte sobre este artículo se puede consultar en: Ver Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párrs. 265 y 293; Corte IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrs. 40-77.

²⁸⁸ Ver a modo de ejemplo, Corte IDH. Caso Alfonso Martín del Campo Dodd Vs. México. Excepciones Preliminares, párrs. 79 y 85.

afectan a personas bajo la jurisdicción del Estado supuestamente responsable de las violaciones a los derechos humanos que se han alegado.

ii. Algunas excepciones preliminares a las que recurren los Estados.

- Cuarta Instancia. Una excepción preliminar que es comúnmente esgrimida ante la Corte es la de la “cuarta instancia”. Esta consiste en el alegato de que el sistema interamericano no puede transformarse en una instancia adicional para revisar las decisiones adoptadas en el ámbito interno. En este sentido, la Corte Interamericana ha aclarado que:

32. La Corte ha reiterado que una de las características de la jurisdicción internacional es su carácter coadyuvante y complementario. Es así que, para que la excepción preliminar de cuarta instancia sea aplicable, es necesario que el solicitante busque que la revisión de un fallo de un tribunal nacional en razón de la incorrecta apreciación de la prueba, hechos o el derecho interno, sin que alegue que existió una violación a los tratados internacionales sobre los que tenga competencia la Corte.²⁸⁹

- No agotamiento procedimientos ante la Comisión. Atendido el artículo 61.2 de la CADH, los procedimientos ante la Comisión deben ser agotados para que el caso sea conocido por la Corte. Es usual que los Estados aleguen cuestiones relativas al procedimiento ante la Comisión para evitar que el caso se conozca por la Corte. Sin embargo, tal como hemos señalado previamente, la Corte no es una segunda instancia por lo que no corresponde que revise procedimiento seguido ante la Comisión. Por tanto, estas excepciones son rechazadas por la Corte²⁹⁰.

²⁸⁹ Corte IDH. Caso Montesinos Mejía Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2020. Serie C No. 398, párr. 32.

²⁹⁰ Para un detalle de estas excepciones se puede ver Cuadernillo Corte Interamericana No. 33. Excepciones Preliminares / Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Internacional (GIZ). -- San José, C.R. : Corte IDH, 2021.

iii. 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 petición²⁹¹. Si la Corte no estuviera reunida, el Presidente, podrá requerir al Estado, a la Comisión o a los representantes de los beneficiarios, cuando lo considere posible e indispensable, la presentación de información sobre una solicitud de medidas provisionales, antes de resolver²⁹². La Corte puede, adicionalmente, requerir datos de otras fuentes de información sobre el asunto, si lo estima pertinente²⁹³. Se ha establecido, además, que la supervisión de estas medidas provisionales se hará a través de la presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de los representantes de los beneficiarios. La Comisión presentará observaciones al informe del Estado y a las observaciones de los beneficiarios de las medidas o sus representantes²⁹⁴.

iv. 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 observaciones a la demanda de la presunta víctima, o sus representantes y la contestación por parte del Estado²⁹⁵. 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, o sus representantes debidamente acreditados²⁹⁶. La parte peticionaria, en un plazo de dos meses,

²⁹¹ CADH, art. 62.2; Reglamento Corte, art. 27.

²⁹² Reglamento Corte, art. 27.5.

²⁹³ Reglamento Corte, art. 27. 8.

²⁹⁴ Reglamento Corte, art. 27. 7.

²⁹⁵ Reglamento de la Corte, arts. 34 y sgtes.

²⁹⁶ Reglamento Corte, art. 39.

podrá hacer sus observaciones al informe de la Comisión, ofrecer pruebas e indicar sus pretensiones, incluidas reparaciones y costas²⁹⁷. En la contestación, que debe realizarse dentro de los dos meses siguientes a la notificación de la demanda, el Estado puede aceptar los hechos o contradecirlos; si pretende interponer excepciones preliminares, debe hacerlo también en esta oportunidad²⁹⁸. La Corte podrá resolver las excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas en una sola sentencia (lo que constituye la práctica habitual)²⁹⁹. 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 expertos³⁰⁰.

Si bien los hechos quedan fijados por el informe preliminar de la Comisión (art. 50 CADH), la Corte puede someter algunos puntos a prueba. Ha sido un tema discutido en el sistema si es posible evitar la prueba ante la Corte y que este sea un tribunal solo de derecho, cuestión que hasta hoy no ha sido aceptado.

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 sobrevinientes³⁰¹. La Corte puede procurar de oficio toda prueba que estime útil para resolver el asunto³⁰². El Tribunal interamericano 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

²⁹⁷ Reglamento Corte, art. 40.

²⁹⁸ Reglamento Corte, arts. 41 y 42. Para la Corte Interamericana, las excepciones preliminares “[...] son objeciones a la admisibilidad de una demanda o a la competencia del Tribunal para conocer de un determinado caso o de alguno de sus aspectos, ya sea en razón de la persona, materia, tiempo o lugar, siempre y cuando dichos planteamientos tengan el carácter de preliminares. Por ello, independientemente de la denominación que sea dada por el Estado en sus escritos, si al analizar los planteamientos se determinara que tienen la naturaleza de excepción preliminar, es decir que objetan la admisibilidad de la demanda o la competencia de la Corte para conocer del caso o de alguno de sus aspectos, entonces deberán ser resueltos como tal” (Corte IDH. Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340, párr. 17).

²⁹⁹ Reglamento Corte, art. 42.6.

³⁰⁰ Reglamento Corte, arts. 45 y sptes.

³⁰¹ Reglamento Corte, art. 46.

³⁰² Reglamento Corte, art. 58.

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 Estado³⁰³.

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

- Sobreseimiento, si ha habido un desistimiento³⁰⁴;
- Por reconocimiento del Estado, total o parcial, de las pretensiones de la víctima o de las pretensiones del escrito de sometimiento del caso a la Corte³⁰⁵;
- Por solución amistosa³⁰⁶; o
- Por una sentencia³⁰⁷.

Si el procedimiento termina por sentencia, ésta es definitiva e inapelable³⁰⁸. 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"³⁰⁹.

³⁰³ Jurisprudencia constante de la Corte desde el primer caso contencioso donde señaló "(...) la protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal. Los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal. El derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones" (Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 134).

³⁰⁴ Reglamento Corte, art. 61.

³⁰⁵ Reglamento Corte, art. 62.

³⁰⁶ Reglamento Corte, art. 63. La Corte, sin embargo, puede decidir proseguir con el caso (art. 64).

³⁰⁷ Reglamento Corte, art. 65.

³⁰⁸ CADH, art. 67.

³⁰⁹ CADH, art. 63.1.

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 alcance³¹⁰.

Los Estados Partes tienen la obligación internacional de cumplir el fallo de la Corte³¹¹, 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 Estado³¹². 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.

En vistas de la falta de un mecanismo efectivo para la supervisión del cumplimiento de las sentencias³¹³, la Corte en su Reglamento ha diseñado un procedimiento de “supervisión de cumplimiento de sentencias y otras decisiones del Tribunal” (art. 69 Reglamento Corte). Este procedimiento se basa en un diálogo entre la Corte y los Estados a través de la presentación de informes, incluso audiencias donde participan Estado, víctimas e incluso Comisión; con base en la información recibida, la Corte emite las resoluciones que estime pertinentes³¹⁴.

³¹⁰ CADH, art. 67.

³¹¹ CADH, art. 68.1

³¹² CADH, art. 68.2.

³¹³ La Convención Americana solo contempla que la Corte debe rendir cuenta a la Asamblea General de la OEA sobre el cumplimiento de las medidas (art. 65 CADH), en cambio el sistema europeo contempla un procedimiento robusto con base en los órganos políticos (art. Art. 46 (modificado por el protocolo de Reforma no 14, que entró en vigor el 1 de junio de 2010): “Fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias 1. Las altas partes contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del tribunal en los litigios en que sean partes. 2. La sentencia definitiva del tribunal se transmitirá al comité de ministros, que velará por su ejecución...”.

³¹⁴ Las resoluciones que se han dictado por la Corte en materia de supervisión pueden ser consultadas en: https://www.corteidh.or.cr/supervision_de_cumplimiento.cfm?lang=es

CASOS DE ESTUDIO

CASO CANTORAL HUAMANÍ Y GARCÍA SANTA CRUZ VS. PERÚ

Saúl Isaac Cantoral Huamaní vivía en Nazca con su esposa e hijos al momento de los hechos. Se desempeñaba desde 1987 como Secretario General de la Federación Nacional de Trabajadores Mineros, Metalúrgicos y Siderúrgicos del Perú (en adelante “FNTMMSP” o “la Federación”) y dirigió la primera huelga nacional minera por el reconocimiento del Pliego Nacional Minero del 17 de julio al 17 de agosto de 1988 y una segunda huelga nacional del 17 de octubre al 17 de diciembre de 1988.

El 9 de agosto de 1988, con ocasión de la primera huelga minera, Saúl Cantoral Huamaní fue secuestrado por sujetos armados que lo detuvieron violentamente, le inyectaron alucinógenos y lo condujeron a un lugar donde fue interrogado. Según declaraciones de Saúl Cantoral Huamaní ante un periódico, dicho secuestro habría sido obra de un grupo paramilitar autodenominado “Comando Rodrigo Franco”, conformado por agentes estatales.

El 15 de diciembre de 1988, luego de que el sindicato firmara un acta con el gobierno, Saúl Cantoral Huamaní fue amenazado de muerte por un grupo de personas que se identificaron como miembros del Partido Comunista del Perú - Sendero Luminoso, que irrumpió, mientras éste se encontraba con otros mineros, en campamentos que se habían levantado en la Universidad Mayor de San Marcos.

De acuerdo con las investigaciones preliminares de la Policía, aproximadamente a las 23:30 del día 13 de febrero de 1989, el servicio de patrullaje de la Policía Nacional encontró los cadáveres de dos personas en la playa del estacionamiento del parque zonal Wiracocha. Se identificó inicialmente el cadáver de Saúl Cantoral Huamaní, con heridas producidas por seis impactos de arma de fuego. Junto al cadáver fue hallada una cartulina con la inscripción “perro soplón, vendido, viva la huelga minera, viva el PCP” y el dibujo de la hoz y el martillo.

Estos hechos se producen en el marco de un patrón de violaciones de este tipo existentes en aquella época en Perú. Las desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales se produjeron de forma sistemática entre los años 1989 y 1993, y han sido atribuidas a agentes del Estado u grupos vinculados con organismos de seguridad del Estado.

Diversas Fiscalías han conocido del presente caso en estos 17 años sin que se haya conducido la investigación de manera efectiva para la individualización de los responsables, esto a pesar de los múltiples elementos que pudieron ser obtenidos de la escena del crimen, los testimonios de algunas personas que presenciaron el momento en que las víctimas fueron privados de la libertad, y del cúmulo de indicios sobre el móvil de las ejecuciones, que apuntaban desde un comienzo al autodenominado Comando Rodrigo Franco. Pese a las solicitudes de familiares de las víctimas, han existido años de absoluta inactividad investigativa desde que ésta se inició en el año 1989.

Perú es Estado parte de la Convención Interamericana desde el 28 de julio de 1978 y reconoció competencia contenciosa a la Corte el 21 de enero de 1981.

PREGUNTAS

¿Es competente la Comisión Interamericana para conocer el del caso expuesto?

¿Existe legitimación para presentar el caso ante la Comisión? ¿De existir legitimación, de qué tipo es esta?

¿Existe competencia material respecto de la Comisión?

¿Existe competencia en razón del tiempo respecto de la Comisión?

¿Existe competencia en razón del lugar para la Comisión?

¿Existe competencia de parte de la Corte Interamericana para conocer el caso?

¿De qué formas debiera ser presentado el caso a la Corte Interamericana?

¿Existe competencia material y en el tiempo por parte de la Corte para conocer el caso?

SITUACIÓN DERECHOS HUMANOS ECUADOR 2022

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y su Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (RELE) observan el desarrollo de las manifestaciones en el marco del Paro Nacional en Ecuador; y advierten, con preocupación, la agudización de las tensiones sociales. En ese contexto, la CIDH urge a que se realicen todos los esfuerzos necesarios para que se adelante un proceso de diálogo efectivo, inclusivo e intercultural, atendiendo las demandas de grupos que históricamente han estado en situación de vulnerabilidad y con pleno respeto a los derechos humanos.

Las protestas, que iniciaron 13 de junio, tras una convocatoria de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), contienen varias demandas dentro de las que se destacan la atención a derechos económicos, sociales, culturales, y ambientales (DESCA). Estos temas han venido siendo monitoreados de cerca por la Relatoría Especial DESCA de la CIDH, con una particular atención a los importantes desafíos que enfrenta el derecho a la salud en el país. Asimismo, se registran reclamos referidos a protección social, el aumento del costo de vida, los precios de los combustibles, derechos laborales y sindicales, derecho a la educación y derechos ambientales, además de derechos colectivos de los pueblos indígenas. En la convocatoria actual, organizaciones denunciaron la ausencia de mecanismos de diálogo efectivos para dar respuesta a dichas demandas.

El Estado declaró el estado de excepción por grave conmoción interna en algunas provincias del país, primero, mediante el Decreto 455 de 17 de junio, y posteriormente, mediante Decreto 459 de 20 de junio de 2022, con vigencia de 30 días, cada uno. El Ecuador tiene el deber de garantizar que las disposiciones adoptadas resulten proporcionales y que la suspensión de derechos o garantías se realice cuando constituya la única forma de hacer frente a una determinada situación que no pueda ser enfrentada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades estatales. Además, las medidas adoptadas no deben generar una mayor afectación.

Preocupa a la CIDH que según información de la Defensoría del Pueblo 6 personas perdieron la vida en el contexto de las protestas, al menos 2 a causa de impactos de armas de fuego. Asimismo, conforme otras fuentes, al menos 166 personas manifestantes han resultado heridas y 120 agentes de la Policía Nacional. Según cifras oficiales, 108 personas han sido aprehendidas. Por su parte, organizaciones de la sociedad civil han expresado preocupación ante la detención de dirigentes sociales, incluyendo la detención del líder de la CONAIE; y posibles casos de abuso de la fuerza policial, incluyendo incursiones en albergues en sedes universitarias a donde se alojaban manifestantes. La CIDH y su RELE condena toda violación de derechos humanos cometidas en el marco de la protesta social y urgen al Estado a esclarecer las circunstancias de los fallecimientos con la debida diligencia.

Además, se tuvo conocimiento de al menos 86 hechos graves de violencia contra la prensa que cubre el Paro Nacional, según lo reportado por organizaciones de sociedad civil. Los relatos incluyen actos de agresiones físicas -incluso con el uso de látigos y lanzas - y lanzamiento de líquidos calientes contra periodistas, amenazas, hostigamiento, daños, apropiación ilícita de equipos e impactos por bombas de gases lacrimógeno. Sumado a lo anterior, la información da cuenta de ataques a sitios web de periódicos o de organizaciones de sociedad civil que monitorean y reportan sobre los sucesos en el Paro Nacional. La CIDH y su RELE observan con preocupación que al menos 61 agresiones habrían sido perpetradas por personas manifestantes y otras 15 por parte de agentes del Estado.

PREGUNTAS

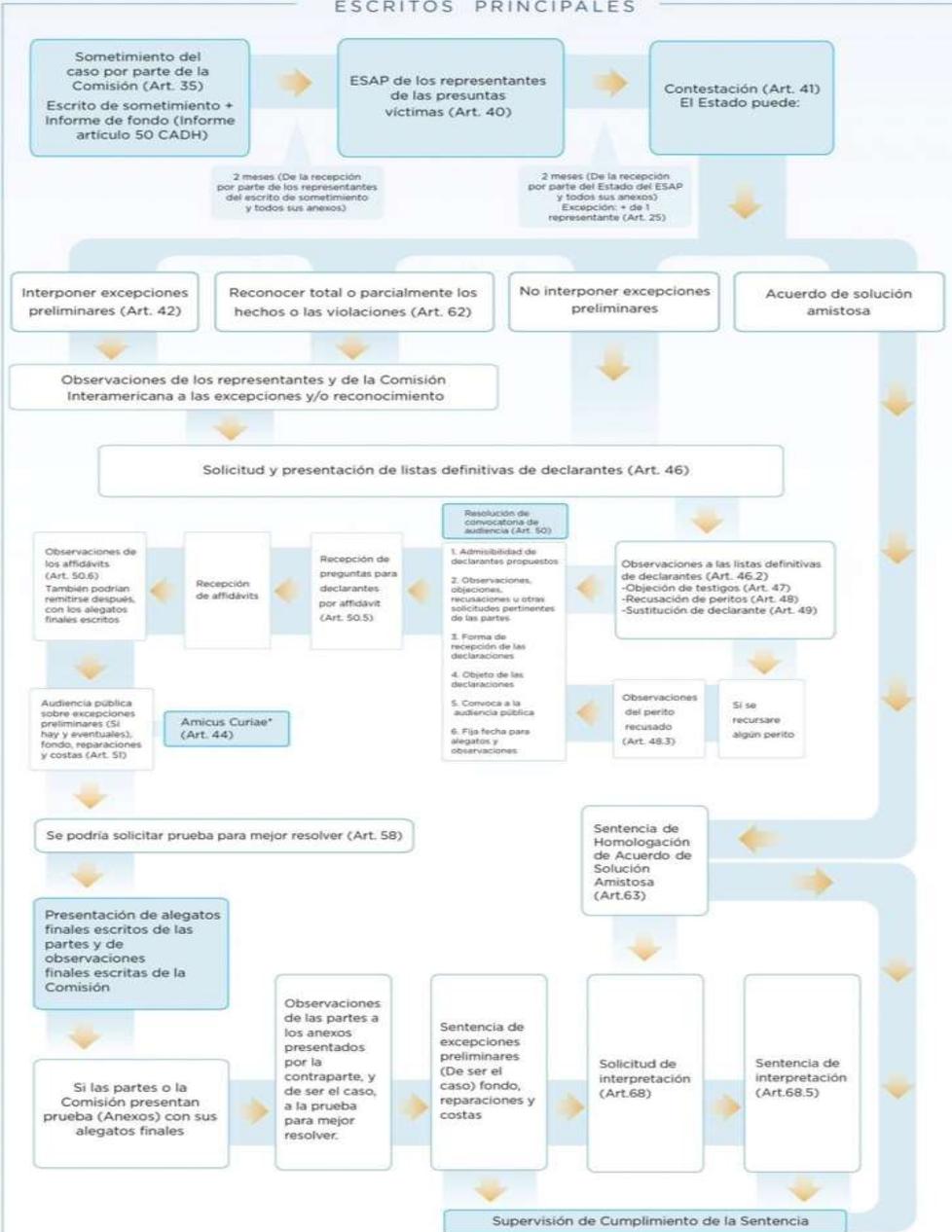
¿Cómo se puede calificar estos hechos desde la tipología de derechos humanos?

¿Ante qué organismo se puede recurrir?

¿Qué medidas pueden adoptarse y con qué finalidad?

Esquema del procedimiento de un caso contencioso ante la Corte Interamericana

ESCRITOS PRINCIPALES



CADH: Convención Americana sobre Derechos Humanos
ESAP: Escrito de Solicitudes de Argumentos y Pruebas
Affidávits: Declaración escrita realizada bajo juramento y validada por el fedatario público (notario público).
Amicus Curiae: Se pueden presentar en cualquier momento después del sometimiento del caso hasta 15 días después de la audiencia

4. OTROS SISTEMAS REGIONALES DE DERECHOS HUMANOS

En este apartado haremos una breve reseña de los sistemas regionales europeo y africano, marcando algunos elementos en común y otros diferenciadores respecto del sistema universal y del sistema interamericano de protección de derechos humanos. su origen se remonta al término de la segunda guerra mundial, el horror vivido en el continente europeo durante el periodo de la primera y la segunda guerra mundial impusieron el deber a los estados de diseñar una respuesta de protección de derechos humanos más allá de la soberanía de cada estado en los términos que había sido entendida históricamente, esto es, un espacio de total libertad para que estos actuaran incluso criminalmente en contra de los individuos sujetos a su jurisdicción.

4.1. Sistema europeo

El sistema europeo de derechos humanos es el más antiguo de los sistemas internacionales de protección. Su origen se remonta al término de la segunda guerra mundial y es la respuesta más completa y profunda que se dio a nivel internacional luego de los horrores de las dos guerras mundiales. Si bien los países europeos triunfantes en la Segunda Guerra Mundial (encabezados por Inglaterra) no estuvieron dispuestos a avanzar en un sistema universal de derechos humanos (el colonialismo era un claro desincentivo en esta materia), sí se vieron compelidos a desarrollar una institucionalidad robusta al interior de Europa. Este sistema se ha ido desarrollando de la mano del sistema de integración europeo, tanto económico como político.

El sistema europeo de derechos humanos tiene su base en el Consejo de Europa y su documento principal es la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH) suscrita el 04 de noviembre de 1950 en Roma y que entró en vigor el año 1953. Este instrumento se basó en la Declaración Universal de Derechos Humanos, pero ya adquiere la estructura que distingue entre derechos civiles y políticos y los derechos económicos sociales y culturales (los que quedaron entregados a un segundo instrumento, Carta Social Europea de 1961).

La historia del sistema europeo es interesante por su impacto en otras regiones y en particular en Latinoamérica. En su estructura original el sistema contemplaba una Comisión Europea de Derechos Humanos y un Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). La Comisión Europea funcionó entre 1953 y 1999; sin embargo, con la entrada en vigor del protocolo No. 11 (1998) se abolió la Comisión y se permitió que los individuos accedieran directamente ante la Corte Europea de Derechos Humanos. Por tanto, el TEDH es la única institución de protección de derechos humanos en Europa y actualmente está compuesta por un número igual de jueces al de los Estados parte de la Consejo de Europa (actualmente 47). Los magistrados de la Corte son electos por la asamblea parlamentaria del Consejo de Europa a partir de ternas que son entregadas por cada Estado miembro.

El TEDH está organizado a través de secciones dentro de las cuales encontramos distintas salas. Existe una gran sala que está integrada por 17 jueces y resuelve de recursos o casos presentados ante la misma que plantean graves problemas en materia de derechos humanos que no hayan sido previamente resueltos por la Corte.

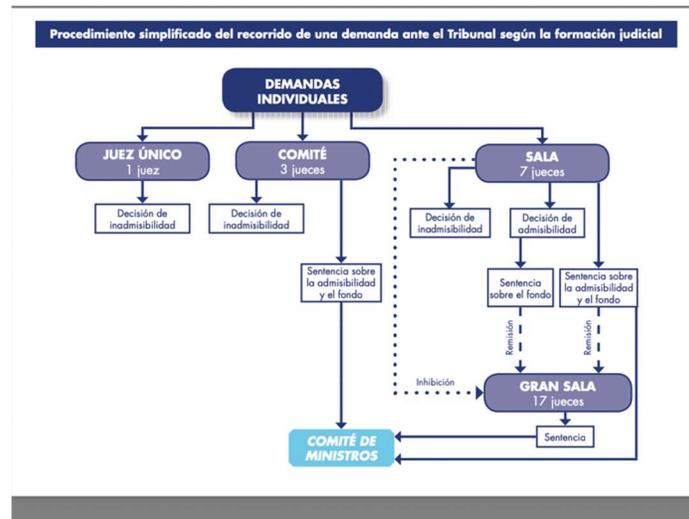
El aspecto más interesante del sistema europeo es que permite que los individuos sujetos a la jurisdicción de alguno de los estados parte de la CEDH puedan presentar sus demandas directamente ante la Corte Europea, sin que opere un filtro como era la labor de la Comisión hasta el año 1999³¹⁵. Esta nueva estructura ha obligado a la Corte a tomar una serie de medidas para evitar el colapso del sistema, toda vez que la la Corte recibe en un orden a 40.000 demandas anualmente³¹⁶, por lo que ha debido organizarse el trabajo para permitir tramitar este enorme volumen de casos en tiempos razonables. Asimismo, es interesante destacar que en el sistema europeo el cumplimiento de las sentencias que dicta la Corte queda en manos de un órgano político del sistema, cuál es, el Comité de Ministros del Consejo de Europa que está compuesto por los ministros de asuntos exterior de los países miembros del Consejo de Europa (art. 46 CEDH).

La jurisprudencia del TEDH ha tenido un enorme impacto a nivel internacional y también en las jurisdicciones nacionales. Es común que otros tribunales y organismos de derechos humanos usen la jurisprudencia de la Corte como un referente para la decisión de casos en sus propias jurisdicciones³¹⁷.

³¹⁵ Artículo 34 CEDH: “El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho”.

³¹⁶ El año 2022 ingresaron 45.500 demandas lo que representa un incremento de un 3% respecto de 2021, ver: https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2022_ENG.pdf

³¹⁷ Se puede acceder a la jurisprudencia e información del TEDH en español en el siguiente enlace: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=applicants/spa&c>



4.2. Sistema africano

El sistema africano de derechos humanos es el más nuevo de los sistemas regionales de protección internacional de los derechos humanos. Este sistema se enmarca dentro de la Organización de la Unidad Africana (OUA). En efecto, el año 1979 la asamblea de jefes de estado y de gobierno de la OUA creó un comité de expertos para redactar un tratado regional en la materia. Es así como el año 1981 se aprobó la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CAFDH) que es el instrumento base del sistema hoy vigente. Dicha carta entró en vigor el 21 de octubre de 1986.

Actualmente, el sistema africano de derechos humanos cuenta con dos órganos. Por una parte está la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, creada en virtud del artículo 30 de la CAFDH y que tiene como objetivo “promover los derechos humanos y de los pueblos y garantizar su protección en África”. La Comisión Africana ha desarrollado un trabajo similar al de la Comisión Interamericana, en el sentido que sus labores de protección de derechos humanos contemplan la realización de informes, creación de relatorías especiales, labor normativa y la tramitación de casos individuales³¹⁸. El otro órgano encargado de la protección de derechos humanos en el marco del sistema africano es la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (TAFDH). La Corte fue creada en virtud de lo dispuesto en el artículo primero del Protocolo de la Carta Africana de Derechos humanos y de los Pueblos (1998). El

³¹⁸ Se puede revisar el trabajo de la Comisión en el siguiente enlace: <https://achpr.au.int/>

protocolo entró en vigor en enero de 2004. La Corte está compuesta por 11 magistrados electos por los Estados, pero que gozan de independencia.

El procedimiento de casos individuales ante la TAFDH presenta algunas particularidades interesantes de destacar. El Protocolo confiere legitimación activa a la Comisión Africana, los Estados parte en el Protocolo y las organizaciones intergubernamentales africanas. Asimismo las organizaciones no gubernamentales con estatus de observador ante la Comisión Africana y las personas pueden presentar casos directamente ante el tribunal siempre que el Estado haya depositado una declaración autorizándolo (artículo 34.6 del Protocolo). A la fecha, sólo 8 de los 33 Estados parte de dicho instrumento han depositado la declaración que reconoce la competencia del TAFDH para recibir casos directamente de organizaciones no gubernamentales e individuos³¹⁹.

El principal aporte que ha hecho el sistema africano de derechos humanos es en la reconceptualización de los derechos humanos no sólo como derechos individuales, sino que también como derechos colectivos. De esto da cuenta no sólo la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (arts. 19 al 24 CADHP).

³¹⁹ Toda la información sobre el funcionamiento y los instrumentos que rigen el trabajo de la Corte Africana se pueden encontrar en el siguiente enlace: <https://www.african-court.org/wpafc/>

IV. ESTUDIO DE CASOS DE DIDH

En materia de derechos humanos trabajar en el plano teórico es importante; es relevante poder fijar ciertos criterios, parámetros y ciertas definiciones generales que nos permitan comprender el marco teórico en el que se desarrolla la temática de los derechos fundamentales. Sin embargo, el momento verdaderamente crucial para la protección de los derechos humanos se encuentra en la práctica, es decir, cuando nos enfrentamos a un caso concreto de violación de derechos humanos.

Este ejercicio requiere de un conocimiento teórico previo y exige manejar un marco normativo y doctrinario que permita posteriormente identificar los problemas jurídicos del caso en estudio, los derechos afectados y violados, las limitaciones legítimas a los derechos y los criterios de atribución de responsabilidad al Estado.

En este contexto, el objetivo de esta unidad es fijar un marco general que permita a los alumnos y alumnas enfrentar con herramientas sólidas los casos con los que van a trabajar en el futuro. En esta minuta de trabajo de casos mencionaremos uno a uno los elementos claves para una adecuada lectura y resolución de un caso de derechos humanos.

1. Pauta de análisis general

1.1. Afectación y violación de un derecho humano, conceptos distintos

Al examinar un caso desde el punto de vista de los derechos humanos, lo primero que se debe hacer es identificar qué derecho está afectado, para lo cual será preciso analizar cuidadosamente los hechos del caso. Este ejercicio nos permitirá saber qué artículo o disposición se va a aplicar para resolver el caso. Asimismo, la identificación de los derechos afectados nos permitirá saber qué restricciones se pueden imponer a ese derecho (puesto que no siempre son las mismas), lo que finalmente nos permitirá concluir si el derecho fue violado o no.

Una vez identificados los derechos que se ven afectados en el caso en estudio, es necesario examinar si el derecho ha sido violado. Esto nos lleva de inmediato a una distinción trascendental: un derecho puede estar afectado, pero no necesariamente esa afectación va a ser ilegítima. Es decir, no todo derecho que ha sido afectado será un derecho violado; así, por ejemplo, el derecho a la libertad personal puede verse afectada cuando una persona se encuentra privada de libertad cumpliendo una sanción penal, pero es una afectación legítima

en la medida que se hayan cumplido las normas propias de un debido proceso para afectar la libertad personal, por lo que si bien es una afectación, esta no constituye una violación.

Por otra parte, existen derechos que no admiten límites legítimos (“derechos absolutos”) y en este caso la sola afectación del derecho se considerará un acto ilícito que de ser atribuible al Estado, genera responsabilidad internacional. Por ejemplo, un acto que pueda ser considerado una tortura es de por sí un ilícito y de ser atribuible a un agente estatal, se configura la responsabilidad internacional del Estado.

Ahora, para resolver si la afectación de un derecho es o no legítima, será necesario, por una parte, determinar el alcance y contenido del derecho en cuestión y para ello nos será útil la normativa, jurisprudencia y doctrina elaborada para fijar el contenido del derecho y su alcance; y, por otra, tener en consideración las obligaciones internacionales que el Estado ha contraído en relación a aquel derecho y que determina la responsabilidad del Estado.

A continuación, pasamos a analizar dos derechos que son representativos de esta relación entre afectación e ilícito internacional. Por una parte, analizaremos el derecho a no ser objeto de tortura y por otro, el derecho a la libertad de expresión.

1.2. Pasos para analizar un caso

Los pasos que debemos efectuar para el análisis de un caso son:

- a) Establecer cuáles son los derechos afectados en el caso concreto (¿qué derechos o libertades no han podido ejercerse o gozarse plenamente en el caso? ¿están consagrados en los instrumentos internacionales de los que el Estado es parte?).
- b) Determinar el contenido y alcance del derecho a la obligaciones internacionales de derechos humanos (¿qué establece la norma analizada? ¿hay otros instrumentos internacionales que regulen con mayor detalle esta materia? ¿qué estándares han fijado los órganos internacionales de control? ¿qué han dicho las cortes internacionales en casos similares? ¿qué ha señalado la doctrina internacional?).
- c) Analizar cómo las obligaciones concretas del Estado han sido cumplidas/incumplidas en el caso: aplicación de las obligaciones generales de respetar, garantizar y no discriminar (¿Qué significa respetar y garantizar el derecho en cuestión a la luz de los criterios y estándares que los diferentes órganos de protección han entregado? ¿Qué debía respetar y cómo, y qué medidas efectivas adoptó el Estado para garantizar tales derechos?) que pueda ser atribuible al Estado (¿hay un problema con la legislación del Estado? ¿es un problema de aplicación del poder ejecutivo? ¿es la causa de la violación una errada interpretación del poder judicial? ¿cómo es el proceso y el acceso a la justicia?)

- d) Si corresponde, se debe establecer si estamos ante una afectación legítima, por concurrir en la especie alguna forma de límite legítimo:
- *restricción* (¿había una ley que permitiera la restricción? ¿era el objetivo invocado uno de los que se podía invocar para restringir ese derecho? ¿era la restricción necesaria en una sociedad democrática? Para esto último: ¿no había otra alternativa para conseguir el objetivo que no fuera esa restricción del derecho? ¿era la restricción conducente para conseguir el objetivo invocado? ¿era proporcional?), y
 - *suspensión* de derechos a la luz de las normas internacionales (¿estamos ante un derecho que puede ser objeto de suspensión? Si es un derecho suspendible, ¿se cumplieron con las formalidades para declarar la situación de emergencia? En cuanto al fondo: ¿es la suspensión una medida proporcional? ¿es la medida de suspensión conducente para conseguir el objetivo invocado? ¿se ha informado a la ciudadanía adecuadamente del alcance de la suspensión?).
- e) Si no estamos ante un límite legítimo: hay un ilícito internacional, esto es, de los hechos concretos se desprende una contradicción entre el actuar del Estado y sus obligaciones internacionales (¿cómo se violó el derecho?, ¿a quién le es imputable?)
- f) De esta forma, si la violación del derecho es atribuible o imputable al estado, éste habrá comprometido su responsabilidad internacional y en consecuencia surgen dos obligaciones:
- El deber de *cesar* la violación de derechos (¿se cometiendo el ilícito respecto del derecho base?)
 - La obligación de *reparar* integralmente el daño ocasionado por el ilícito internacional (¿cuál es el tipo y entidad del daño que corresponde reparar? ¿qué medidas se deben adoptar para hacer efectiva la reparación?)

A continuación, analizaremos algunos derechos que nos permiten ejemplificar el razonamiento de casos desde el fondo. Como hemos visto, para esto se requiere dar contenido y alcance a las normas contenidas en los catálogos y el derecho a la integridad personal (prohibición de tortura), el derecho a la libertad de expresión y el acceso a la justicia son ejemplos interesantes de construcción de estándares internacionales.

2. PROHIBICIÓN DE LA TORTURA

El sistema internacional de derechos humanos, en general, y el sistema interamericano de derechos humanos, en particular, se construyen sobre algunos pilares básicos vinculados con la protección de la dignidad del ser humano. Uno de estos pilares es el derecho de toda persona

a su integridad personal. Hoy esta parece ser una cuestión ampliamente reconocida y aceptada, pero esa no ha sido una constante en la historia. La actual perspectiva corresponde a un logro luego de un largo proceso de limitación del poder y, en particular, en su expresión más dramática, como es prohibir toda forma de la aplicación deliberada de tormentos a una persona que se encuentra sujeta a su jurisdicción. Dicho proceso ha evolucionado desde un uso constante de dichas prácticas como forma de sanción; pasando por un uso regulado como forma de obtener confesiones que en sí fue un avance; a los intentos por controlar las formas en que se infligía sufrimiento deliberado a una persona en el proceso de inquisición, también como expresión de un medio de control de dichas prácticas; y, finalmente, las ideas de prohibición absoluta o abolicionistas, que son de reciente data (Langbein, 2004). En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la prohibición absoluta de la tortura es un imperativo moral y no admite un debate desde el punto de vista utilitarista o desde la perspectiva de las circunstancias especiales que pueda vivir un Estado³²⁰.

De esta forma, hoy el derecho a la integridad personal y, en particular, la prohibición de afectaciones ilegítimas al mismo se reconoce, acepta y protege. Señalo explícitamente que lo que se prohíbe es una afectación ilegítima, ya que hay ciertos actos que podrían ser considerados como afectaciones a la integridad personal, pero que no son necesariamente una violación del mismo, ya que serían afectaciones legítimas, tales como tratamientos médicos, tatuajes, entre otros³²¹.

2.1. Derecho a la Integridad Personal

Al estar el derecho a la integridad personal directamente vinculado con la dignidad humana, las formas de afectación son variadas y muchas de ellas no tan evidentes como lo son las formas más agravadas de violación de este derecho. Así lo ha entendido la Corte Interamericana que

³²⁰ Corte IDH, Caso Penal Castro Castro vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 271.

³²¹ En este sentido, en el sistema europeo, ver Van Dijk y van Hoof, 1998: 316-317; en el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, ver Mc Goldrick, 1994: 366; y, en el sistema interamericano, ver Medina, 2003: 154-155).

desde sus primeros casos estableció una visión amplia sobre este vínculo entre dignidad humana e integridad personal:

La Corte ya ha establecido que “[l]a infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes, cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta”. Es decir, las características personales de una supuesta víctima de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, deben ser tomadas en cuenta al momento de determinar si la integridad personal fue vulnerada, y por ende, incrementar el sufrimiento ya el sentido de humillación cuando son sometidas a ciertos tratamientos. Asimismo, el Tribunal ha indicado que todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana en violación del artículo 5 de la Convención Americana.³²²

Ahora, una violación a la dignidad a través de la integridad personal puede adquirir diversas formas y con distintas entidades. Veremos que hay afectaciones a la integridad personal en sus facetas física, psíquica y moral y actos expresamente prohibidos. Además, en relación con este derecho se han desarrollado una serie de discusiones sobre su contenido y alcance (qué es integridad, qué es tortura, qué son otras formas de afectación del derecho, entre otras) y respecto de las obligaciones de garantía y no discriminación asociadas al mismo.

Respecto de las formas de afectación al derecho a la integridad personal, este puede ser afectado por distintos actos, los más graves son los actos de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes³²³. En general, los instrumentos internacionales se centran en la prohibición de estas últimas conductas y si bien no consagran explícitamente un derecho a la integridad personal (salvo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969), todos los actos prohibidos son formas de afectación de este derecho, que van desde algunas genéricas (actos o penas inhumanas, crueles o degradantes), hasta algunos muy específicos (actos de tortura). Es también un hecho que aquella forma de violación de la integridad personal que causa mayor rechazo es la tortura y por ello se justifica su tratamiento diferenciado.

³²² Corte IDH, Caso Familia Barrios Vs. Venezuela, Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237, párr. 52.

³²³ Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014, párr. 388.

La distinción entre las distintas formas de violación a la integridad personal ha venido por la vía de separar claramente afectaciones físicas y de aquellas de tipo psicológico y moral en el caso de amenazas de violación de derechos humanos:

La Corte se remite a esas consideraciones sobre los factores que repercuten en la gravedad de los hechos. Es claro que el uso de esa fuerza por los agentes estatales contra los internos implicó la violación de la integridad física de éstos.

Este Tribunal ha sostenido que la mera amenaza de que ocurra una conducta prohibida por el artículo 5 de la Convención Americana, cuando sea suficientemente real e inminente, puede constituir en sí misma una transgresión a la norma de que se trata. Para determinar la violación al artículo 5 de la Convención, debe tomarse en cuenta no sólo el sufrimiento físico sino también la angustia psíquica y moral. La amenaza de sufrir una grave lesión física puede llegar a configurar una ‘tortura psicológica’³²⁴.

Otro ejemplo de la utilidad de esta distinción entre integridad física y psíquica y moral es el caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, donde la Corte estimó que no procedía pronunciarse sobre una supuesta afectación de la “integridad cultural” de la comunidad³²⁵, pero sí consideró que la falta de restitución de sus tierras tradicionales constituía una violación a la integridad personal de sus miembros, en vista de los efectos psíquicos y morales que padecían a consecuencia de ello:

En el presente caso, varias de las presuntas víctimas que declararon ante la Corte expresaron el pesar que ellas y los miembros de la Comunidad sienten por la falta de restitución de sus tierras tradicionales, la pérdida paulatina de su cultura y la larga espera que han debido soportar en el transcurso del ineficiente procedimiento administrativo. Adicionalmente, las condiciones de vida miserables que padecen los miembros de la Comunidad, la muerte de varios de sus miembros y el estado general de abandono en la que se encuentran generan sufrimientos que necesariamente afectan la integridad psíquica y

³²⁴ Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párrs. 278 y 279, respectivamente.

³²⁵ Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay, sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C N° 214, párr. 242.

moral de todos los miembros de la Comunidad. Todo ello constituye una violación del artículo 5.1 de la Convención, en perjuicio de los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek³²⁶.

Incluso la Corte ha señalado que las condiciones de abandono que sufre una comunidad puede constituir una forma de afectación a la integridad psíquica y moral de los miembros de dicha comunidad:

Finalmente, la Corte ha precisado que las malas condiciones de vida que padecen los miembros de una comunidad y el estado general de abandono en la que se encuentran generan sufrimientos que necesariamente afectan la integridad psíquica y moral de los miembros de dicha comunidad. Éste es el caso de las víctimas sobrevivientes de las masacres que actualmente residen en la colonia Pacux³²⁷.

Por último, es importante destacar las formas de afectación a la integridad psíquica y moral, vinculada con violencia sexual. Al respecto la Corte señaló en el caso del Penal Castro y Castro:

El haber forzado a las internas a permanecer desnudas en el hospital, vigiladas por hombres armados, en el estado precario de salud en que se encontraban, constituyó violencia sexual en los términos antes descritos, que les produjo constante temor ante la posibilidad de que dicha violencia se extremara aún más por parte de los agentes de seguridad, todo lo cual les ocasionó grave sufrimiento psicológico y moral, que se añade al sufrimiento físico que ya estaban padeciendo a causa de sus heridas. Dichos actos de violencia sexual atentaron directamente contra la dignidad de esas mujeres. El Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5.2 de la Convención Americana, en perjuicio de las seis internas que sufrieron esos tratos crueles, cuyos

³²⁶ Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay, sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C N° 214, párr. 244

³²⁷ Corte IDH, Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012, Serie C No. 250, párr. 164.

nombres se encuentran incluidos en el Anexo 2 de víctimas de la presente Sentencia que para estos efectos forma parte de la misma³²⁸.

A modo de resumen, podemos señalar que el DIDH consagra un principio general: el derecho a la integridad personal que tiene distintas facetas (física, psíquica y moral). Este derecho puede ser afectado de distintas formas, alguna de las cuales se encuentran expresamente prohibidas (tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes). Además, surgen otros temas que se han vinculado con la integridad personal, como violaciones pluriofensivas de derechos (desaparición forzada) y las medidas de protección jurisdiccional efectiva de este derecho en el marco de violaciones de otros derechos relacionados (*habeas corpus*)³²⁹.

2.2. La prohibición de tortura y otros tratos crueles inhumanos y degradantes

El lugar primordial que la prohibición de la tortura ocupa en todo el derecho internacional, se refleja en la existencia de varios instrumentos destinados específicamente a ella³³⁰.

Este rol central de la prohibición de la tortura se manifiesta en que esta acción es considerada un claro ejemplo de una norma absoluta en derecho internacional de los derechos humanos. Este carácter absoluto implica que, a diferencia de lo que ocurre con la gran mayoría de los

³²⁸ Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 308.

³²⁹ Ver: Cuadernillo Jurisprudencia Corte Interamericana No. 10. Integridad personal / Corte Interamericana de Derechos Humanos y GIZ, San José, C.R., Corte IDH, 2021.

³³⁰ Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1975 (resolución 3452 (XXX)); Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CAT), aprobada el 10 de diciembre de 1984 (resolución 39/46) ONU Doc. A/39/51 (1984), la Convención entró en vigencia el 26 de junio de 1987; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, aprobada el 9 de diciembre de 1985. La Convención entró en vigor el 28 de febrero de 1987 y, a mayo de 2002; Convención Europea para Prevenir la Tortura y las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, aprobada en el marco del Consejo de Europa, el 26 de noviembre de 1987. La Convención entró en vigencia el 1 de febrero de 1989.

derechos humanos consagrados internacionalmente, no puede restringirse ni suspenderse bajo ninguna circunstancia³³¹.

En concreto, a juicio de la Corte³³², el derecho a no ser sometido a torturas constituye no solo una norma que no admite limitaciones, sino que además posee una especial calidad dentro del derecho internacional público, a saber, es una norma *jus cogens*³³³, es decir, una norma imperativa del derecho internacional respecto de la cual ningún Estado puede sustraerse, por ejemplo, haciendo una reserva al momento de obligarse por un tratado de derechos humanos. Esta especial naturaleza de la prohibición de tortura tiene efectos en relación con las obligaciones del Estado, principalmente, la de garantía:

Según fue señalado anteriormente, 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 autores³³⁴.

³³¹ Art. 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

³³² A modo de ejemplo, ver: Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252, párr. 147.

³³³ Corte Internacional de Justicia (CIJ), Case East Timor (Portugal v. Australia), Reports 1995, p. 90, at. P. 102, para. 29; International Law Commission (ILC), Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, Naciones Unidas, Ginebra, 2001, pp. 208 y 284 (comentarios sobre los arts. 26 y 40).

³³⁴ Corte IDH, Caso Goiburú vs. Paraguay, sentencia de 22 de septiembre de 2006, Serie C No. 153, párr. 128.

Todas estas características particulares de la prohibición de tortura han hecho surgir la discusión sobre qué es exactamente un acto de tortura y de qué manera lo podemos distinguir de otras formas de afectación de la integridad personal que también se encuentran especialmente prohibidas.

2.2.1. NECESIDAD DE DISTINGUIR ENTRE TORTURA Y OTROS ACTOS QUE AFECTAN LA INTEGRIDAD PERSONAL

Distinguir entre las diversas formas de afectación al derecho a la integridad personal es un punto complejo, ya que si bien hay diferentes tratamientos normativos, la práctica de los órganos de control se han pronunciado muchas veces por no hacer la distinción y tratar el tema como una afectación indiferenciada del derecho a la integridad personal³³⁵.

Por otra parte, se puede sostener que la distinción entre las distintas conductas merece ser hecha, particularmente, para destacar la tortura, dado que esta calificación lleva consigo una estigmatización mayor que debe ser expresada. Además, la tortura genera obligaciones diferenciadas para el Estado y puede tener consecuencias en materia de reparaciones; finalmente, la diferenciación entre las formas de afectación a la integridad personal puede ser relevante en materia de activación de mecanismos de protección a nivel de la Convención de Naciones Unidas sobre tortura³³⁶.

³³⁵ Association for the Prevention of torture (APT), Torture in International Law – A guide to jurisprudence, http://www.apt.ch/component?option=com_docman/task.cat_view/gid.127/Itemid.59/lang.en/ (04/12/2008)

³³⁶ Artículo 20: “1. El Comité, si recibe información fiable que a su juicio parezca indicar de forma fundamentada que se practica sistemáticamente la tortura en el territorio de un Estado Parte, invitará a ese Estado Parte a cooperar en el examen de la información y a tal fin presentar observaciones con respecto a la información de que se trate. 2. Teniendo en cuenta todas las observaciones que haya presentado el Estado Parte de que se trate, así como cualquier otra información pertinente de que disponga, el Comité podrá, si decide que ello está justificado, designar a uno o varios de sus miembros para que procedan a una investigación confidencial e informen urgentemente al Comité. 3. Si se hace una investigación conforme al párrafo 2 del presente artículo, el Comité recabará la cooperación del Estado Parte de que se trate, de acuerdo con ese Estado Parte, tal investigación podrá incluir una visita a su territorio. 4. Después de examinar las conclusiones presentadas por el miembro o miembros conforme al párrafo 2 del presente artículo, el Comité transmitirá las conclusiones al Estado Parte de que se trate, junto con las observaciones o sugerencias que estime pertinentes en vista de la situación. 5. Todas las actuaciones del Comité a las que se hace referencia en los párrafos 1 a 4 del presente artículo serán confidenciales y se recabará la cooperación del Estado Parte en todas las etapas de las actuaciones. Cuando se hayan concluido actuaciones relacionadas con una

Desde una perspectiva normativa, ni el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales³³⁷ (1950), ni el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas³³⁸ (1966), ni la Convención Americana sobre Derechos Humanos³³⁹ (1969) hacen una distinción conceptual en esta materia.

El artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos dispone:

“Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

El Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 7 señala:

“Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 5 dispone:

“1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente”.

Donde sí se ha hecho un esfuerzo por definir la tortura ha sido en los instrumentos específicos tanto en Naciones Unidas como en el sistema interamericano de derechos humanos. Ambos instrumentos parten con una definición de qué se entenderá por tortura y si bien son conceptos similares, no son idénticos. Analicemos cada uno de ellos:

La Convención de Naciones Unidas señala en su artículo 1:

investigación hecha conforme al párrafo 2, el Comité podrá, tras celebrar consultas con el Estado Parte interesado, tomar la decisión de incluir un resumen de los resultados de la investigación en el informe anual que presente conforme al artículo 24”.

³³⁷ Adoptado el 4 de Noviembre de 1950 por los Estados signatarios, miembros del Consejo de Europa.

³³⁸ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.

³³⁹ Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

Por su parte, el artículo 2 de la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CAPST)³⁴⁰, señala:

Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.

De esta forma, a partir de los elementos comunes y las diferencias entre ambas definiciones, podemos extraer algunas conclusiones:

- En primer lugar, que la tortura debe ser un acto intencional.
- Segundo, que el elemento determinante será el sufrimiento o dolor, ya sea físico o mental. Es interesante, por una parte, señalar que respecto de este requisito ambos instrumentos defieren en un elemento central: la Convención de Naciones Unidas exige que el padecimiento sea "grave", cuestión que no es exigida por la Convención americana en esta materia. Este es un punto muy relevante a la hora de realizar una

³⁴⁰ 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.

posible distinción entre tortura y otros actos que afectan la integridad personal, ya que podría pensarse (como lo ha hecho el sistema europeo en algún momento) que este sería el elemento clave de distinción. Por otra parte, nos encontramos con un segundo aspecto diferenciador. En el sistema interamericano se ha agregado un elemento que amplía la noción del padecimiento, cual es, que también se considerará como tortura un acto que sin provocar este dolor o sufrimiento, este destinado a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental.

- Tercero, que el acto debe perseguir una finalidad. Aquí hay un punto interesante de distanciamiento entre ambos sistemas: en el caso del sistema interamericano este requisito es prácticamente fútil ya que se establece que “cualquier otro fin”, aparte de los mencionados expresamente en el texto podrán ser considerados como suficientes para dar por cumplido con el requisito de la finalidad. En cambio, en el sistema de Naciones Unidas la finalidad es más restringida y cuando abre el tema, lo hace de la siguiente forma: “o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación”. De este modo, sigue siendo una apertura acotada, ya que esta finalidad deberá estar basada en algún tipo de discriminación.
- Cuarto, en cuanto a los sujetos activos, ambos instrumentos mantienen una vinculación con una actividad (acción u omisión) de un agente estatal. Sin embargo, aun cuando en el art. 3.2 de la Convención Americana sobre Tortura hay un esfuerzo por vincular a privados de forma más categórica que lo que se hace en el ámbito de Naciones Unidas.

2.2.2. Jurisprudencia sobre la definición de tortura

La Corte Europea a lo largo de su jurisprudencia ha hecho una serie de distinciones conceptuales, calificando ciertos casos como tortura, otros como tratos inhumanos, y otros como tratos degradantes (Van Dijk, y G.J.H. van Hoof, 2006: 406ss). Un caso paradigmático sobre las dificultades de la distinción en esta materia es la sentencia dictada por la Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso *Irlanda vs. Reino Unido*, de 1978³⁴¹. La Corte Europea en dicha sentencia estableció que un trato degradante era aquél capaz de “crear en las víctimas

³⁴¹ Corte Europea, Irlanda c. Reino Unido, sentencia de 18 de enero de 1978, y antes, la Comisión Europea de Derechos Humanos, en el “Caso Griego” se había referido a esta materia (Comisión Europea de Derechos Humanos, Greek Case, Yearbook XII (1969)).

sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad, susceptibles de humillarles, envilecerles y de quebrantar en su caso su resistencia física o moral"³⁴². En este mismo caso, la Corte Europea sostuvo que las "cinco técnicas" que se aplicaban en Irlanda del Norte - y que consistían en tener a los individuos en puntas de pie por largas horas, cubrirles la cabeza con capuchones, sujetarlos a un intenso y constante ruido y privarlos de sueño, de comida y bebida en cantidad suficiente - no alcanzaban a constituir tortura sino tratamiento inhumano, ya que al término tortura se le adscribía un estigma particular que denotaba "tratamiento inhumano deliberado que causa un sufrimiento muy severo y cruel"³⁴³.

En el caso *Bueno Alves vs. Argentina*³⁴⁴, la Corte determinó los elementos constitutivos de tortura. Si bien este tribunal ha tenido oportunidad en el pasado de revisar violaciones al derecho a la integridad personal³⁴⁵, esta fue la primera vez que sistematiza los criterios y requisitos constitutivos de este ilícito³⁴⁶. En esta sentencia se desarrollan 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 el artículo 5 de la Convención

³⁴² Corte Europea de Derechos Humanos, *Irlanda c. Reino Unido*, sentencia de 18 de enero de 1978, A 25, párr. 167, citado por Barquin, 1992: 89.

³⁴³ Refleja la dificultad y subjetividad de la distinción el que la Comisión Europea de Derechos Humanos, en el procedimiento que precedió el estudio del caso por la Corte, había calificado estas técnicas como "tortura" (Informe de 25 de enero de 1976, B.23-I (1980), p. 411, citado en P. Van Dijk, 2006: 309.

³⁴⁴ Corte IDH, *Caso Bueno Alves Vs. Argentina*, sentencia de 11 de mayo de 2007, Serie C No. 164. 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.

³⁴⁵ En nuestro continente los gobiernos autoritarios de las postrimerías del siglo XX desarrollaron e implementaron políticas y prácticas contrarias a los derechos humanos en aras de neutralizar a la población civil o los grupos que consideraban peligrosos para sus intereses. Entre estas prácticas se encontraban las más diversas y graves formas de tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Vg. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154; *Caso Barrios Altos Vs. Perú*, sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, entre otros.

³⁴⁶ Hasta la dictación de 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 Corte IDH, *Caso Tibi vs. Ecuador*, sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C No. 114, párr. 149; *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2005, Serie C No. 137, párr. 221.

Americana y lo dispuesto por el artículo 2 de la CAPST³⁴⁷. 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).

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 degradantes³⁴⁸.

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”³⁴⁹.

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 personal³⁵⁰.

En concreto, 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

³⁴⁷ Corte IDH, Caso Bueno Alves Vs. Argentina, sentencia de 11 de mayo de 2007, Serie C No. 164, párr. 78.

³⁴⁸ Al respecto ver Rodley, 2002: 75-106.

³⁴⁹ Corte IDH, Caso Bueno Alves Vs. Argentina, sentencia de 11 de mayo de 2007, Serie C No. 164, párr. 81.

³⁵⁰ Corte IDH, Caso Bueno Alves Vs. Argentina, sentencia de 11 de mayo de 2007, Serie C No. 164, párr. 83.

de tipo subjetivo, propios de la condición de la víctima³⁵¹. 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 permite formas de trato desigual y discriminatorio a partir de prejuicio o estereotipos que surgen desde las visiones predominantes en un momento histórico determinado³⁵².

Sobre la finalidad 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.

El caso Fernández Ortega y otros ³⁵³ marca un precedente de gran importancia en la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de género vinculado con la prohibición de tortura y, por tanto, expresión clara sobre los alcances de la obligación general de no discriminación aplicable también a este derecho. En este caso, la Corte IDH confirma y desarrolla el criterio

³⁵¹ Esta forma de ponderación se desarrolló a partir del Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149. En similar sentido, Corte IDH. Caso Quispialaya Vilcapoma Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2016. Serie C No. 320, párr. 127.

³⁵² 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, et al., 2006: 412-413). Un buen uso de este criterio puede verse en la Corte Europea, caso Tyrer v. The United Kingdom, 5856/72, dictamen de 25 abril de 1978. Series A No. A26.

³⁵³ Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México, Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C No. 215.

asentado en el caso del Penal Miguel Castro Castro³⁵⁴, conforme el cual una violación sexual, bajo ciertas circunstancias, constituye tortura:

[...] Esta Corte considera que una violación sexual puede constituir tortura aún cuando consista en un solo hecho u ocurra fuera de instalaciones estatales, como puede ser el domicilio de la víctima. Esto es así ya que los elementos objetivos y subjetivos que califican un hecho como tortura no se refieren ni a la acumulación de hechos ni al lugar donde el acto se realiza, sino a la intencionalidad, a la severidad del sufrimiento y a la finalidad del acto, requisitos que en el presente caso se encuentran cumplidos [...] ³⁵⁵.

2.3. Otras formas de afectación de la integridad personal

Para definir qué son los tratos crueles, inhumanos y degradantes, la Corte ha seguido básicamente un criterio casuístico, definiendo en cada ocasión qué actos deben ser considerados bajo dicha categoría. La Corte ha entregado un criterio respecto a la evaluación del sufrimiento:

Con el fin de analizar la severidad del sufrimiento padecido, la Corte debe tomar en cuenta las circunstancias específicas de cada caso. Para ello, se deben considerar las características del trato, tales como la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padecimientos, los efectos físicos y mentales que éstos pueden causar, así como las condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos, entre ellos, la edad, el sexo y el estado de salud, entre otras circunstancias personales³⁵⁶.

Respecto de las penas que se apliquen por las autoridades, también existe un límite claro en cuanto a que estas no pueden afectar la integridad personal, aunque teniendo en cuenta que toda sanción implica de alguna manera una afectación legítima a la integridad personal. Un

³⁵⁴ Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 312.

³⁵⁵ Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México, Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C No. 215, párr. 128.

³⁵⁶ Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y Otras Vs. México, sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C No. 216 párr. 112.

claro ejemplo de este límite sustantivo a la imposición de penas es el caso *Cesar vs. Trinidad y Tobago*:

La propia jurisprudencia de este Tribunal así como de otros tribunales y autoridades internacionales, llevan a la Corte a concluir que existe una prohibición universal tanto de la tortura como de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, independientemente de cualquier codificación o declaración, por ser todos éstos violatorios de normas perentorias de derecho internacional. Asimismo, la Corte es consciente de la creciente tendencia, a nivel internacional e interno, hacia el reconocimiento del carácter no permisible de las penas corporales, debido a su naturaleza intrínsecamente cruel, inhumana y degradante. Consecuentemente, un Estado Parte de la Convención Americana, en cumplimiento de sus obligaciones derivadas de los artículos 1.1, 5.1 y 5.2 de dicha Convención, tiene una obligación *erga omnes* de abstenerse de imponer penas corporales, así como de prevenir su imposición, por constituir, en cualquier circunstancia, un trato o pena cruel, inhumano o degradante³⁵⁷.

En síntesis, podemos afirmar que existe una forma especialmente prohibida de afectación a la integridad personal, la prohibición de tortura y otros tratos y penas crueles inhumanos y degradantes. Que si bien estas distintas conductas han sido tratadas muchas veces en forma indiferenciada, atendidas ciertas razones vinculadas con la especial reprochabilidad de la tortura, que han obligado a su distinción y por tanto, han llevado a la Corte a caracterizarla detalladamente.

2.4. Las Obligaciones del Estado respecto del Derecho a la Integridad Personal

Una primera cuestión que la Corte Interamericana se ha encargado de reiterar es la obligación que tiene el Estado, como parte del deber de garantía, de investigar las violaciones graves de derechos humanos. Un aspecto central en este desarrollo ha sido clarificar que la obligación de activar la investigación en estos casos es del Estado y no de las víctimas. La obligación de investigar, a juicio de la Corte, es tanto procedimental (obligación de activar la investigación)

³⁵⁷ Corte IDH, Caso *Cesar vs. Trinidad y Tobago*, sentencia 11 de marzo de 2005, Serie C No. 123, párr. 70.

como sustantiva (esta 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 vida³⁵⁸.

De ahí el rol relevante del Protocolo de Estambul³⁵⁹ sobre investigación de actos de tortura³⁶⁰ y el desarrollo de protocolos de actuación a nivel nacional³⁶¹. En este sentido, la Corte ha señalado ciertos criterios que deben guiar las investigaciones cuando una persona acusa haber sido sometida a tortura para obtener una declaración o confesión³⁶².

Otra consecuencia de la prohibición de la tortura, es el papel de la comunidad internacional como destinataria de una obligación de garantía en materia de derechos humanos. El fundamento para esta actividad internacional estaría en el hecho que este tipo de crímenes “afectan valores o bienes trascendentales de la comunidad internacional”³⁶³.

³⁵⁸ Corte IDH. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 88.

³⁵⁹ Organización de las Naciones Unidas, Protocolo de Estambul, Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 2004, párr. 104; Corte IDH. Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 255.

³⁶⁰ Corte IDH, Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 02 de septiembre de 2015, Serie C No. 300, párr. 86.

³⁶¹ Corte IDH. Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 322.

³⁶² Corte IDH. Caso Maldonado Vargas y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Serie C No. 300, párr. 86.

³⁶³ Corte IDH. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 128.

Asimismo, la obligación de garantía ha sido desarrollada en otras materias. Un ejemplo reciente ha sido el razonamiento de la Corte sobre la obligación que tiene el Estado de abstenerse de deportar o expulsar a una persona a un Estado donde exista riesgo de que vea afectada su integridad personal³⁶⁴.

Otro ejemplo de este deber de garantía, ahora desde lo institucional, son los casos en la que la Corte ha centrado su atención a través de las garantías de no repetición es la obligación de tipificar los actos de tortura en el ámbito interno de acuerdo con los estándares internacionales³⁶⁵.

³⁶⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 226. En el mismo sentido, Caso Wong Ho Wing Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015, Serie C No. 297, párrs. 127-165.

³⁶⁵ Corte IDH, Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 12 de agosto 2008. Serie C N° 186, párr. 259.

CASOS DE ESTUDIO

BA vs. ARGENTINA

El año 1988 el señor BA, uruguayo residente en Argentina, inició una transacción de compraventa inmobiliaria con la señora NLK, la misma que finalmente se frustró.

El señor BA denunció a la señora NLK por estafa y amenazas. Asimismo, la señora NLK denunció al señor Bueno Alves por estafa y extorsión.

El 5 de abril de 1988, el señor BA y su abogado fueron detenidos. Asimismo, la oficina profesional de éste fue allanada y se incautó la grabación de la reunión de rescisión de la compraventa. Todas estas acciones fueron realizadas por funcionarios de la División de Defraudaciones y Estafas de la Policía Federal de Argentina.

El señor BA fue objeto de maltratos mientras se encontró en la sede policial. Fue golpeado en los oídos y en el estómago, insultado en razón de su nacionalidad y privado de su medicación para la úlcera por agentes policiales que lo custodiaban, con el fin de que confesara en contra de su abogado, el señor PG, quien también se encontraba detenido.

A pesar de haber presentado una serie de denuncias dando cuenta de estos malos tratos, éstas fueron desestimadas.

El caso fue llevado ante la Comisión IDH, y luego por esta ante la Corte IDH el año 2006.

PREGUNTAS

¿Califican los padecimientos experimentados por el Sr. Bueno Laves como tortura? ¿Qué elementos los diferencian de otros tratos inhumanos crueles o degradantes?

¿Qué consecuencias tendría considerar esta situación un acto de tortura y no solo una afectación a la integridad personal?

¿Tiene relevancia desde la perspectiva de los derechos humanos que estos padecimientos hayan sido infringidos a la víctima en el contexto de un procedimiento penal? ¿Por qué?

¿Qué deberes surgen para el Estado ante la ocurrencia de un hecho de tortura?

CASO J vs. PERÚ

Durante la década de los ochenta hasta finales del año 2000, en Perú se vivió un contexto de violencia terrorista y violación de derechos humanos como resultado del conflicto entre grupos armados y agentes de las fuerzas policiales y militares. Durante el conflicto armado se produjeron numerosos actos de violencia sexual contra las mujeres peruanas por agresores provenientes tanto del Estado como de los grupos subversivos.

En 1992, la DINCOTE (Dirección Nacional Contra el Terrorismo) puso en ejecución el Operativo Moyano, con la finalidad de desbaratar un Diario considerado subversivo. Con ese fin se determinó la intervención de inmuebles, como el de los padres de la señora J., por cuanto indicaron que en tal inmueble se encontraban reunidos terroristas de “Sendero luminoso”.

En el marco del operativo, la señora J., de 25 años, fue detenida y llevada ante la unidad policial de la DINCOTE. Durante la detención, los agentes estatales incurrieron en actos de violencia psicológica en contra de J., incluyendo tocaciones o manoseos con connotación sexual en contra de J. Esta detención se prolongó por 17 días, sin que exista registro del lugar en que permaneció.

Tras el proceso penal y la absolución de la Señora J. en junio de 1993, ella viajó al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, donde se le reconoció la condición de refugiada. En diciembre de 2007, la señora J. fue detenida por la INTERPOL en función a la solicitud de búsqueda y captura enviada por parte de las autoridades peruanas.

A partir de 2003 se realizaron una serie de reformas en la legislación antiterrorista peruana, por las cuales se declaró nulo todo lo actuado en el proceso de la señora J. que se llevó a cabo por jueces y fiscales de identidad secreta y, en consecuencia, se retrotrajo el proceso al momento de emisión del dictamen acusatorio por parte del fiscal del Ministerio Público, debiendo ser sometida nuevamente a juicio, por su supuesta participación en actos terroristas.

La detención y los tratos a los que fue sometida la señora J. nunca fueron investigados.

PREGUNTAS

¿De qué manera se afectó el derecho a la integridad personal de la sra. J.?

¿Respecto de la denuncia de violación sexual qué obligaciones tenía el Estado?

¿Qué argumentos daría usted para sostener que la sra. J. fue víctima de torturas, conforme al art. 5.2 convencional?

CARCEL URSO BRANCO, BRASIL

La cárcel Urso Branco es un recinto penal del Estado de Brasil. En él, la población penal se encontraba organizada de la siguiente manera: en celdas denominadas “de seguro” se ubicaban alrededor de 60 internos que sufrían riesgo de ser tacados por otros privados de libertad por haber cometido crímenes considerados inmorales, o por otros factores; en celdas denominadas “libres” aquellos internos que contaban con la confianza de las autoridades penitenciaria y que por tanto gozaban de mayor libertad de desplazamiento; y finalmente el resto de los privados de libertad en celdas para la población general.

En enero de 2002 las autoridades de la cárcel Urso Branco dispusieron modificaciones en esta disposición: a los reclusos que se encontraban en las celdas para la población general y que se consideraban peligrosos se le traslado a celdas fuera de los pabellones generales; y tanto a los internos de las celdas “de seguro” como a los de celdas libres se les traslado a las celdas para población general junto con los demás internos.

A raíz de este cambio se desencadenó en el recinto penitenciario una situación de violencia de enorme magnitud entre las personas privadas de libertad. La misma noche en que se realizó la re-ubicación de los internos de celdas de seguro, comenzó un homicidio sistemático de ellos, sin que los guardias penitenciarios tomaran acción para evitar las muertes. Al día siguiente la policía que ingreso a la cárcel contabilizó 45 cuerpos sin vida. Algunos de ellos fueron decapitados, otros presentaban extremidades mutiladas, o múltiples heridas causadas por el uso de armas punzantes de fabricación artesanal al interior de la cárcel.

La medida que adoptó la administración de la cárcel fue trasladar a un grupo de reclusos a nuevas celdas improvisadas, denominadas nuevamente “de seguro”, pero durante los meses siguientes la situación de violencia continuó, con la ocurrencia de nuevos homicidios, destrucción de celdas, y situaciones de violencia permanente.

A raíz de esta situación la Comisión IDH solicitó a la Corte IDH ordenar al Estado de Brasil la implementación de medidas provisionales que garantizaran el resguardo de la vida e integridad de los internos de la cárcel Urso Branco. Sin embargo y pese a la reiteración de la orden de la Corte de adoptar medidas provisionales para frenar esta situación de parte de la Corte numerosas veces en los años siguientes, aún continúan ocurriendo homicidios de forma constante en el penal, hasta el día de hoy.

Situaciones similares ocurren en otros penales de Brasil, habiendo la Corte IDH ordenado al Estado adoptar medidas provisionales en varios de ellos, como el centro penitenciario Curado y Placido de Sá Carvalho, sin que a la fecha exista un cambio significativo en las condiciones de vida de los privados de libertad. La defensa del Estado alude a que esta es una situación generalizada, debido al exponencial aumento de la población penal y la incapacidad para hacer frente a esta problemática tanto económica como políticamente.

PREGUNTAS:

¿Qué implicancias tiene en este caso la “posición de garante” que tiene el Estado respecto a lo ocurrido en las cárceles de su territorio?

¿Qué derechos humanos están siendo afectados en la cárcel Urso Branco?

¿Es válida la excusa del Estado de Brasil, en torno a justificar lo sucedido en el aumento de la población penal?

¿Qué rol juega la situación de hacinamiento en los recintos penales? ¿Qué derechos se ven afectados por esta realidad?

A la luz del caso, ¿Existen faltas a los deberes del Estado en torno a las garantías judiciales?

3. LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Uno de los primeros antecedentes sobre la protección de la libertad de expresión la encontramos en una antigua legislación Kazaka del S. XV. Estas normas permitían cortar la cabeza de una persona como sanción frente a un delito, pero se prohibía terminantemente cortar la lengua como forma de castigo.

Pasarán varios siglos y esta idea se verá reforzada. La Ilustración consagrará la protección de la libertad de pensamiento y de expresión como uno de los supuestos del acuerdo de vida asociativa. Es este mismo ideario el que inspira la primera enmienda de la Constitución norteamericana que consagra una protección robusta del derecho de libertad de expresión, prohibiendo que se dicte una ley que coarte dicho derecho.

3.1. Base normativa

En la historia reciente de los derechos humanos, es la Declaración Universal del año '48 la que reconoce con mayor vigor la necesidad de la plena vigencia de este principio. Por una parte, en el preámbulo de la Declaración, se deja constancia que la libertad de pensamiento y expresión es una de las cuatro libertades cuya violación estuvo directamente vinculada con los actos de barbarie de los que fue testigo la humanidad durante la Segunda Guerra Mundial. Señala el preámbulo:

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias.

Además, la Declaración Universal consagra un derecho autónomo a la libertad de expresión en los siguientes términos:

Art. 19: Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

Los tratados internacionales adoptados con posterioridad a la Declaración Universal, también consagran el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Así lo hace el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 19 en términos tan amplio como “nadie será molestado a causa de sus opiniones”:

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad 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.
3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:
 - a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
 - b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

y también lo hace la Convención Americana sobre Derechos Humanos del año 1969, que al efecto señala:

Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
 - a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
 - b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.
4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.
5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción

ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

3.2. Dimensiones

Parece pertinente destacar tres dimensiones del derecho que estamos analizando, las que nos permiten poner en evidencia la importancia que este principio tiene en una sociedad democrática³⁶⁶.

En primer lugar, es importante destacar la dimensión individual y colectiva que tiene la libertad de pensamiento y de expresión. La faceta individual dice relación con el derecho a expresar libremente el propio pensamiento bajo distintas formas y modalidades³⁶⁷; la faceta colectiva, por su parte, está vinculada con el derecho de conocer libremente las distintas ideas que se expresan en una asociación de individuos libres ³⁶⁸. Como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-5/85:

[...] Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo;

³⁶⁶ Para revisar la jurisprudencia de la Corte Interamericana en la materia, ver: Cuadernillo de Jurisprudencia No. 16. Libertad de pensamiento y de expresión / Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Internacional (GIZ). -- San José, C.R. : Corte IDH, 2021.

Para la opinión del Comité de Derechos Humanos sobre el tema, ver: CDH, Observación General No. 34 - Artículo 19 - Libertad de opinión y libertad de expresión CCPR/C/GC/34, de 12 septiembre de 2011.

Para la jurisprudencia más reciente en la Corte Europea, ver: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=press/factsheets&c=>

³⁶⁷ Corte IDH. Caso Álvarez Ramos Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2019. Serie C No. 380, párr. 96.

³⁶⁸ Corte IDH. Caso Álvarez Ramos Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2019. Serie C No. 380, párr. 97.

pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno³⁶⁹.

En segundo lugar, ha habido un importante desarrollo del derecho de acceso a la información como parte del derecho a buscar y recibir información que esté en poder del Estado³⁷⁰.

En tercer lugar, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión no solo tiene valor en cuanto derecho autónomo, sino que además es un derecho instrumental, esto es, un derecho que sirve para la garantía del pleno goce y ejercicio de otros derechos. En este sentido, es un derecho similar al de la protección judicial o el debido proceso.

Por último, una dimensión sobre la cual se ha llamado especialmente la atención en nuestra región, es el vínculo de la libertad de pensamiento y de expresión con la democracia³⁷¹. Tanto los órganos de protección de derechos humanos como la doctrina, han señalado permanentemente que la libertad de expresión es un pilar fundamental para la toma de decisiones colectivas. Es un supuesto para la deliberación democrática. Por su parte, la Corte Interamericana ha destacado este vínculo entre libertad de pensamiento y de expresión y la democracia en los siguientes términos:

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

³⁶⁹ 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, párr. 30.

³⁷⁰ En el sistema interamericano se ha desarrollado una amplia jurisprudencia a partir del Caso Marcel Claude y otros vs. Chile donde se configuró el alcance del derecho y los deberes del Estado (Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151). En cumplimiento de esta sentencia el Estado de Chile desarrollo un sistema de acceso a la información pública que incluye una ley especial y un órgano encargado de estas materias (Consejo de Transparencia).

³⁷¹ Corte IDH. La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A, N°5, párr. 70.

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 sociedad³⁷².

El hecho de estar ante un derecho que tiene estas particularidades, esto es, estar ante un derecho de carácter complejo, tiene como consecuencia que se eleva el estándar de cumplimiento de las obligaciones que son propias de la protección nacional e internacional de los derechos humanos.

3.3. Restricciones

En efecto, la obligación de respeto debe permitir el libre intercambio de ideas y no censurar. Pero podríamos preguntarnos ¿Qué ideas son las que quedan comprendidas en esta obligación de respeto? La respuesta nos la va a dar la Corte Europea de Derechos Humanos quien, en uno de los pronunciamientos más citados, señaló el año 1998 que esta obligación:

es aplicable, no sólo a la 'información' o 'ideas' que son recibidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también a aquéllas que ofendían, perturbaban o distorsionaban; esa es una exigencia del pluralismo, de la tolerancia y de la amplitud de miras, sin lo cual no existe una 'sociedad democrática'³⁷³.

En cuanto a la obligación de garantía, parafraseando a la Corte Interamericana, el Estado tiene la obligación de organizar todo el aparato de poder público de forma tal que se permita a sus miembros el pleno goce y ejercicio de la libertad de expresión. Esto implica la adopción de medidas generales de carácter preventivo³⁷⁴; respecto de aquellos que vean amenazado su derecho a expresarse libremente, deben tomarse medidas para que sean debidamente

³⁷² Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 87; Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 116

³⁷³ Corte Europea de Derechos Humanos, Caso de Incal c. Turquía, 1998, párr. 46.

³⁷⁴ Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 101.

protegidos³⁷⁵; frente a cualquier acto que viole el libre ejercicio de este derecho, preocuparse que sea castigado³⁷⁶; y reparar a aquellos que han vivido una situación de violación de su derecho a expresarse y a recibir la información de manera libre³⁷⁷.

Por último, es necesario que se adopten todas las medidas necesarias para que el goce y ejercicio de este derecho se haga en condiciones de igualdad y sin discriminación³⁷⁸. En este sentido, es obligación de la autoridad evitar un trato diferenciado basado en ciertas condiciones que los individuos no pueden modificar o no es lícito solicitar que las modifiquen por parte de la autoridades, que tengan como efecto que se anule el ejercicio de este derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Asimismo, debe tenerse en cuenta que no pueden usarse los derechos humanos consagrados nacional o internacionalmente para limitar o restringir en forma desproporcionada el derecho de expresión. Sí podrán tomarse medidas para garantizar que quienes están en una situación de desigualdad en el acceso a los medios para difundir sus ideas, pueden hacerlo en condiciones de igualdad, pero en ningún caso podrá usarse este argumento para acallar otras voces.

En todo caso, pese a la relevancia de este derecho, la libertad de expresión no es un derecho absoluto, esto es, puede ser objeto de medidas que lo limiten. Con la misma claridad, es posible sostener que no puede limitarse la libertad de pensamiento y de expresión a través de la censura previa, sino que solo proceden medidas de restricción como responsabilidades ulteriores, en la medida que concurren los requisitos para su legitimidad. Esto se expresa con toda claridad el numeral 2 del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

³⁷⁵ Corte IDH. Caso Uzcátegui y otros Vs. Venezuela. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 249, párr. 190.

³⁷⁶ Corte IDH. Caso Vélez Restrepo y familiares Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 248, párr. 209.

³⁷⁷ Corte IDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 98.

³⁷⁸ Corte IDH. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293, párr. 234.

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”.

Chile ha sido condenado por la Corte Interamericana en dos casos por restringir ilegítimamente el ejercicio de la libertad de expresión. El *caso de la Última Tentación de Cristo* (2001) permitió que la Corte Interamericana señalara expresamente que la censura previa no era una forma de restricción legítima de los derechos humanos por estar prohibida por la Convención. En el caso *Palamara vs. Chile* (2005) la Corte fue más allá y señaló que censura previa era una forma de “violación radical” del derecho la libertad de expresión “[...] En tal hipótesis [censura previa], hay una violación radical tanto del derecho de cada persona a expresarse como del derecho de todos a estar bien informados, de modo que se afecta una de las condiciones básicas de una sociedad democrática”³⁷⁹.

A nadie debiera sorprender esta prohibición de la censura previa, ya que el efecto que tiene asociado una medida de este tipo, es anular el ejercicio del derecho, impidiendo de manera absoluta que la persona pueda expresar y recibir ideas. De esta forma, ya no estamos ante un límite legítimo sino que ante la imposibilidad de ejercer el derecho que lo desnaturaliza.

Lo que sí proceden son medidas ulteriores. En efecto, quien hace uso de su derecho a la libertad de expresión, debe asumir las consecuencias que la expresión de sus ideas pueden traer aparejadas. Pero la autoridad no puede imponer estas responsabilidades ulteriores de manera discrecional, sino que debe cumplir con ciertos requisitos para legitimar una medida sancionatoria.

Como lo han señalado los órganos de protección de derechos humanos a nivel comparado, para que una medida de restricción del derecho la libertad de expresión sea legítima debe cumplir cabalmente con el principio de legalidad, debe tener un objetivo legítimo y ser necesaria en una

³⁷⁹ Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 68.

sociedad democrática³⁸⁰. En relación con el principio de legalidad, cualquier medida de responsabilidad ulterior, sea civil o penal, debe estar consagrada con rango legal³⁸¹. Por su parte, las medidas de responsabilidad deben 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 públicas³⁸². Por último, en cuanto a las medidas como “necesarias en una sociedad democrática”, estas deben cumplir con los principios de necesidad, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto³⁸³.

Esta necesidad en una sociedad democrática, aparte de contemplar la proporcionalidad de la medida, dice relación con la idea de que exista una necesidad imperiosa de establecer una medida de restricción que impida el pleno goce y ejercicio de un derecho humano. En este sentido, el hecho de que el titular de derechos que colisiona con la libertad de expresión (honra, vida privada, entre otros) sea un funcionario público expuesto a un mayor control social, implica también mayor tolerancia a la crítica, incluso si esta es aguda³⁸⁴.

Asimismo, la Corte ha señalado que las sanciones que se impongan producto de un uso indebido de la libertad de expresión deben evitar configurar un efecto silenciador en la sociedad y en el periodismo³⁸⁵.

³⁸⁰ Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 79.

³⁸¹ Corte IDH. Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238.

³⁸² Arts. 19.2 CADH; art. 13.2 CADH.

³⁸³ Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 96.

³⁸⁴ Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, parr. 86).

³⁸⁵ Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, parr. 85.

Por último, es bueno recordar los avances que se han dado en el nivel internacional respecto de la importancia que tiene la pluralidad de medios para fortalecer los sistemas democráticos³⁸⁶. Esta es una cuestión particularmente importante en contextos de democracias autoritarias que afectan seriamente la libertad de expresión. La contracara de este deber del Estado está el deber de los periodistas y los medios de actuar con responsabilidad³⁸⁷.

³⁸⁶ Corte IDH. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293, párr. 142.

³⁸⁷ Corte IDH. Caso Mémoli Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265, párr. 122.

CASOS DE ESTUDIO

CASO MULLER vs. SUIZA

En 1981, un grupo de artistas organizó una exposición de arte contemporáneo titulada "Fri-Art 81" a realizarse en un antiguo seminario, en la ciudad de Friburgo. En ella, los artistas invitados podían realizar y exponer sus obras en un espacio asignado, las que serían exhibidas a todo público, sin restricciones y con entrada gratuita.

El pintor Josef Felix Müller fue invitado al evento donde pintó tres obras de grandes dimensiones titulados "Drei Nachte, drei Bilder" (tres noches, tres cuadros). En ellos se apreciaban distintos actos e imágenes de significación sexual como desnudos, erecciones, y relaciones sexuales entre hombres, grupales y con animales.

El día de la inauguración, uno de los asistentes, el Fiscal General del Cantón de Friburgo informó al Juez de Instrucción que los mencionados cuadros transgredían el artículo 204 del Código Penal suizo, que prohíbe las publicaciones obscenas bajo pena de multa, y destrucción de la obra.

El Juez ordenó retirar y aprehender los cuadros controvertidos, ordenando su secuestro.

El 24 de febrero de 1982, el tribunal condenó por publicaciones obscenas a cada uno de los artistas organizadores de la exposición y al pintor de las obras, debiendo pagar una multa de 300 francos suizos (FS). Resolvió además entregar los cuadros secuestrados al Museo de Arte y de Historia del Cantón de Friburgo para que los conservara en calidad de secuestro privando al artista de su posesión, en lugar de ordenar su destrucción.

El tribunal puntualizaba, ante todo, en su fallo, que "la obscenidad, a tenor del artículo 204 del CP (Código Penal), es un concepto jurídico indeterminado que debe ser aclarado por medio de la interpretación, teniendo en cuenta el sentido y el propósito de la norma y su posición en la ley y en el ordenamiento jurídico en general (...) En este caso, aunque es cierto que las tres obras de Müller no excitan sexualmente a una persona de sensibilidad normal, provocan por lo menos repugnancia. Unas imágenes así -sodomía, felación, bestialidad, erección- se oponen evidentemente a la concepción moral de la gran mayoría de los ciudadanos. (...) Incluso cuando persigue una finalidad artística, la sexualidad grosera no merece ser protegida".

Los artistas recurrieron de casación, y posteriormente de nulidad contra la sentencia del Tribunal Penal, solicitando en ambas oportunidades la devolución de los lienzos secuestrados, por violar la libertad de expresión. El tribunal rechazó ambas pretensiones.

En 1983 los artistas afectados y el pintor Josef Müller presentaron una demanda ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, y posteriormente ante la Corte Europea de Derechos Humanos por haber transgredido la sentencia de los tribunales Suizo la libertad de expresión consagrada en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

PREGUNTAS

¿Cuáles son los principios en conflicto en este caso?

¿Es la restricción de derechos realizada por los tribunales suizos legítimo desde la óptica del Derecho Internacional? ¿Qué elementos concurren o no para justificar esta respuesta?

¿Cree Ud. que la restricción a la libertad de expresión contenida en el artículo 204 del código penal suizo es “necesario en una sociedad democrática”?

¿Cree usted que la medida de secuestro sobre las obras es proporcional al objetivo perseguido?

4. SUJETOS DE ESPECIAL DE PROTECCIÓN

En este apartado³⁸⁸ se analizará la situación de determinados sujetos de derechos humanos y su posición en el sistema internacional de derechos humanos como grupos especiales de protección. Se dará cuenta de la necesidad de una interpretación diferenciada de los derechos humanos y su sistema, en especial de su contenido y alcance, de las obligaciones del Estado y de las reparaciones. En otras palabras, el propósito es entender cómo las características del titular de los derechos y el contexto en que se encuentran los titulares pueden modificar el análisis del esquema de casos.

4.1. Aplicación de la minuta a ciertos sujetos de derechos

Partiremos de la premisa de que los derechos humanos han sido consagrados en distintos instrumentos, tanto a nivel interno o nacional como externo o internacional que se insertan en un contexto histórico determinado, por lo que tienden a aplicarse a la luz de ciertos criterios culturales propios de cada época. Esto tiene como consecuencia que su aplicación debe considerar, precisamente, esos factores culturales, particularmente a la luz de un determinado sujeto protegido.

Tradicionalmente, el paradigma sobre el cual se aplicó el catálogo de derechos consistió en un sujeto con características particulares: hombre, propietario, de cierto grupo étnico, adulto, modelo de protección claramente restrictivo. Frente a esta interpretación ampliamente excluyente, surgió la necesidad de corregir estas prácticas de exclusión en atención al principio de universalidad, puesto que todas las personas son titulares de los mismos derechos. Y es que la efectividad de un sistema de protección de derechos humanos radica necesariamente en la realización del principio de universalidad, y por consiguiente, de la adopción de medidas particulares en atención a los distintos titulares de derechos. De esta forma, se justifica un tratamiento diferenciado a ciertos titulares de derecho: por la lectura restrictiva que se ha dado a los derechos humanos y por la realización del principio de universalidad.

Se ha buscado hacer realidad el principio de universalidad por diversas vías. Por una parte, consagrando nuevos instrumentos internacionales y nacionales que incluyan los derechos de aquellas personas que se han visto excluidas de protección por la interpretación restrictiva otorgada a los catálogos de derechos y libertades. También ha sido relevante la creación de mecanismos de protección que velen por la correcta aplicación de estos derechos y la labor

³⁸⁸ Este apartado toma, revisa y actualiza las reflexiones desarrolladas en el texto Nash y Núñez, 2020.

jurisprudencial desarrollada por los organismos de control y protección de derechos humanos, tanto a nivel universal como regionales.

La importancia de ampliar la protección del catálogo de derechos radica en la efectividad que se le da a la protección de principios fundamentales del sistema de derechos individuales. De esta forma, surge la necesidad de consagrar normas para sujetos particulares, y así, darles efectividad a las normas generales.

4.2. Derechos de las mujeres

Tal como lo señalan las Observaciones Generales adoptadas por el Comité de Derechos Humanos en el marco del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, existe una desigualdad de las mujeres respecto de los hombres en el disfrute de sus derechos; desigualdad que está profundamente arraigada en la tradición, la historia y la cultura, incluso en las actitudes religiosas³⁸⁹. En razón de esta situación de desigualdad, que tiene directa relación con la lectura restrictiva de los derechos humanos, es que se hace necesaria una nueva lectura de los derechos humanos, propendiendo -en este caso- a la igualdad entre hombres y mujeres. La lectura restrictiva de los derechos humanos, conjugada con los factores culturales, históricos y de tradición, son los que en definitiva implican la necesidad de dar un tratamiento especial a la mujer.

Es así como las Observaciones Generales del Comité han tratado esta temática, por cuanto “los Estados Partes son responsables de asegurar el disfrute de los derechos en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna. Según los artículos 2 y 3, los Estados Partes deben adoptar todas las medidas que sean necesarias, incluida la prohibición de la discriminación por razones de sexo, para poner término a los actos discriminatorios que obstan al pleno disfrute de los derechos, tanto en el sector público como en el privado”³⁹⁰. En el mismo sentido, es necesario también mencionar la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación

³⁸⁹ CDH, Observación general N° 28 - La igualdad de derechos entre hombres y mujeres (artículo 3) CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, de 29 de marzo de 2000, párr. 5.

³⁹⁰ CDH, Observación general N° 28 - La igualdad de derechos entre hombres y mujeres (artículo 3) CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, de 29 de marzo de 2000, párr. N°28, párr. 4.

contra la mujer (CEDAW), la cual viene a dar una respuesta normativa a la problemática tratada³⁹¹.

Dentro de las Observaciones del Comité también se reconocen ciertas situaciones en las cuales la mujer pudiera estar en una situación de mayor vulnerabilidad, así como las medidas que el Estado debe tomar. En la Observación 28, N°8, se expresa que “La mujer está en situación particularmente vulnerable en tiempos de conflicto armado interno o internacional. Los Estados Partes deberán informar al Comité de todas las medidas adoptadas en situaciones de esa índole para proteger a la mujer de la violación, el secuestro u otras formas de violencia basada en el género”.

A nivel interamericano, la Corte Interamericana ha establecido un alto estándar sobre las obligaciones del Estado para superar las formas de discriminación que sufren las mujeres:

En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. Todo esto debe tomar en cuenta que en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará. La Corte pasará ahora a analizar las medidas adoptadas por el Estado hasta la fecha de los hechos del presente caso para cumplir con su deber de prevención³⁹².

³⁹¹ A modo de ejemplo, en esta Convención, en su Artículo 2 c), se señala que se debe “Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación”.

³⁹² Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 258.

Esto tiene consecuencias directas en materia jurisdiccional. En el *Caso J. Vs. Perú* (2013)³⁹³, la Corte desarrolló ampliamente el tema de las obligaciones del Estado en casos de violencia de género. La Corte, en primer lugar, estableció que la obligación de investigar violaciones a la integridad personal surge no de su jurisprudencia, sino que del mandato general de garantizar los derechos convencionales establecido en el art. 1.1 de la CADH³⁹⁴. Sobre el argumento del Estado de que la acción penal por violación era de naturaleza privada, la Corte establece como criterio general que “es necesario que los Estados garanticen que sus legislaciones internas no impongan condiciones diferenciadas para la investigación de agresiones a la integridad personal de índole sexual”³⁹⁵ lo que implicaba que frente a esta, el Estado debía iniciar las investigaciones de oficio conforme lo dispone el art. 7.b de la Convención Belem do Pará. Finalmente, sobre las características de la investigación, la Corte señaló que la investigación que debe iniciar el Estado, una vez que las autoridades estatales tengan conocimiento del hecho, “debe ser una investigación seria, imparcial y efectiva [...]. Por tanto, el inicio de la investigación no puede estar condicionado por quien realiza la denuncia ni por la creencia de las autoridades, antes de iniciar la investigación, de que las alegaciones realizadas son falsas”³⁹⁶.

El tema de la violencia de género ha sido objeto de especial preocupación para los organismos de derechos humanos. El principal instrumento es la Observación General del Comité de la CEDAW sobre violencia de 1992 (No. 19) que fue actualizada en 2017 (No. 35). Para dimensionar la importancia de estos desarrollos es la constatación que hace el propio Comité para justificar una Observación General que actualizara el Informe de 2002:

Durante más de 25 años, los Estados partes, en su práctica, han respaldado la interpretación del Comité. La opinión juris y la práctica de los Estados dan a entender que la prohibición de

³⁹³ Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275.

³⁹⁴ Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, párr. 348.

³⁹⁵ Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, párr. 350.

³⁹⁶ Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, párr. 352.

la violencia por razón de género contra la mujer ha pasado a ser un principio del derecho internacional consuetudinario. La recomendación general núm. 19 ha sido un catalizador clave de ese proceso (párrafo 2).

Es muy interesante la perspectiva desde la cual desarrolla su Observación General el Comité:

El Comité considera que la violencia por razón de género contra la mujer es uno de los medios sociales, políticos y económicos fundamentales a través de los cuales se perpetúa la posición subordinada de la mujer con respecto al hombre y sus papeles estereotipados. En toda su labor, el Comité ha dejado claro que esa violencia constituye un grave obstáculo para el logro de la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres y para el disfrute por parte de la mujer de sus derechos humanos y libertades fundamentales, consagrados en la Convención (párr. 10).

Desde ahí el Comité estructura su Observación, donde se establecen las obligaciones generales de los Estados (párrs. 21-26)³⁹⁷ y recomendaciones (párrs. 27-35). Es interesante el resumen que formula el Comité sobre sus recomendaciones:

El Comité también recomienda que los Estados partes adopten las siguientes medidas en las esferas de la prevención, la protección, el enjuiciamiento y el castigo, la reparación, la recopilación y supervisión de los datos y la cooperación internacional a fin de acelerar la eliminación de la violencia por razón de género contra la mujer. Todas las medidas deberían aplicarse con un enfoque centrado en la víctima o superviviente, reconociendo a las mujeres como titulares de derechos y promoviendo su capacidad para actuar y su autonomía, en particular la evolución de la capacidad de las niñas, desde la infancia hasta la adolescencia. Además, las medidas deberían concebirse y aplicarse con la participación de la mujer,

³⁹⁷ Sobre las obligaciones del Estado, el Comité señala: “21. La violencia por razón de género contra la mujer constituye una discriminación contra la mujer con arreglo al artículo 1 y, por lo tanto, afecta a todas las obligaciones contraídas en virtud de la Convención. El artículo 2 establece que la obligación general de los Estados partes consiste en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer, en especial la violencia por razón de género contra la mujer. Se trata de una obligación de carácter inmediato; las demoras no se pueden justificar por ningún motivo, ya sea económico, cultural o religioso. En la recomendación general núm. 19 se indica que, con respecto a la violencia por razón de género contra la mujer, la obligación se compone de dos aspectos de la responsabilidad del Estado por dicha violencia, la resultante de los actos u omisiones del Estado parte o de sus agentes, por un lado, y la de los agentes no estatales, por el otro” (párr. 21).

teniendo en cuenta la situación particular de las mujeres afectadas por las formas interrelacionadas de discriminación (párr. 28).

Por su parte, la Corte IDH en el *caso Masacre Plan de Sánchez*³⁹⁸ y en el *caso del Penal Miguel Castro Castro*³⁹⁹ reconoció que las mujeres son afectadas por ciertos actos en forma diferenciada respecto de los hombres. Ahora bien, cabe aclarar que la Corte IDH considera que no toda agresión dirigida contra una mujer vulnera la Convención Belém do Pará, y constituye, por ende, violencia de género. En el *caso Ríos* y en el *caso Perozo*, ambos contra Venezuela, señaló:

[...] no toda violación de un derecho humano cometida en perjuicio de una mujer conlleva necesariamente una violación de las disposiciones de la Convención de Belem do Pará. Aunque las periodistas mujeres hayan sido agredidas en los hechos de este caso, en todas las situaciones lo fueron junto a sus compañeros hombres. Los representantes no demostraron en qué sentido las agresiones fueron “especialmente dirigid[as] contra las mujeres”, ni explicaron las razones por las cuales las mujeres se convirtieron en un mayor blanco de ataque “por su condición [de mujer]”. Lo que ha sido establecido en este caso es que las presuntas víctimas se vieron enfrentadas a situaciones de riesgo, y en varios casos fueron agredidas física y verbalmente por particulares, en el ejercicio de sus labores periodísticas y no por otra condición personal [...]. De esta manera, no ha sido demostrado que los hechos se basaran en el género o sexo de las presuntas víctimas”⁴⁰⁰.

En el *Caso Véliz Franco*, la Corte señala que dicha violencia de género ni siempre es explícita, pero puede identificarse a partir de un análisis de los “signos de violencia sexual o la mutilación

³⁹⁸ Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105. En este caso, la violencia sexual contra las mujeres fue una práctica del Estado que tuvo como objetivo la destrucción de la dignidad de la mujer a nivel cultural, social, familiar e individual.

³⁹⁹ Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160. En este caso, se considera que algunos actos -de violencia sexual-, muchas veces fueron utilizados como un medio simbólico que buscaba humillar a la contraparte.

⁴⁰⁰ Corte IDH. *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 279.

de los cuerpos”⁴⁰¹. La sentencia en este caso aclaró que “la falta de certeza absoluta sobre lo expresado se vincula a la falta de conclusión de la investigación interna, así como al modo en que ésta hasta ahora se ha desarrollado. Así, por ejemplo, elementos trascendentes como la presencia de violencia sexual en los hechos no han sido determinados en una forma certera”⁴⁰². Concluye el Tribunal que la violencia basada en el género, es un forma de discriminación en contra de la mujer⁴⁰³.

A juicio de la Corte Interamericana, el elemento esencial en la actividad jurisdiccional relacionada con derechos humanos de las mujeres es que esta se realice con perspectiva de género. Esto implica medidas que “i) cuestionen y estén en capacidad de modificar, a través de medidas especiales el status quo que causa y mantiene la violencia contra la mujer y los homicidios por razones de género; ii) hayan constituido claramente un avance en la superación de las desigualdades jurídicas, políticas y sociales, formales o de facto, que sean injustificadas por causar, fomentar o reproducir los factores de discriminación por razón de género, y iii) sensibilicen a los funcionarios públicos y la sociedad sobre el impacto de los factores de discriminación contra las mujeres en los ámbitos público y privado”⁴⁰⁴.

Asumir dicha perspectiva de género implica, entre otras cosas, abandonar los estereotipos de género a la hora de resolver los casos vinculados con derechos humanos de las mujeres. La Corte IDH ha resuelto sobre los estereotipos:

En similar forma, el Tribunal considera que el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado [...], es posible asociar la subordinación de la

⁴⁰¹ Corte IDH. Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, párr. 178.

⁴⁰² Corte IDH. Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, párr. 178.

⁴⁰³ Corte IDH. Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, párr. 225.

⁴⁰⁴ Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 495.

mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer⁴⁰⁵.

En el caso *Véliz Franco*, las autoridades omitieron cierta evidencia o realizaron pruebas en forma tardía, debido a los estereotipos de género, lo que constituye una falta de diligencia debida en la realización de la investigación. Para la Corte IDH, en casos de homicidio o violencia de género, el cuestionamiento sobre antecedentes sexuales de la víctima “son en principio inadmisibles, por lo que la apertura de líneas de investigación sobre el comportamiento social o sexual previo de las víctimas en casos de violencia de género no es más que la manifestación de políticas o actitudes basadas en estereotipos de género”⁴⁰⁶. Es más, a juicio de la Corte IDH, se desprendía de declaraciones efectuadas por funcionarios y funcionarias ciertos estereotipos de género, pues hacían referencia a la forma de vestir, a su vida social, a su vida nocturna, a sus creencias religiosas y a la falta de preocupación por parte de su familia. En el caso concreto, los estereotipos habían influenciado la investigación, lo que se desprendía del hecho que “algunos funcionarios a cargo de la investigación del caso efectuaron declaraciones que denotan la existencia de prejuicios y estereotipos sobre el rol social de las mujeres”⁴⁰⁷ y lo que tuvo como consecuencia que se “diera relevancia en los interrogatorios y en los informes a ciertos aspectos de la vida privada y del comportamiento previo de María Isabel demuestra la existencia de estereotipos de género”⁴⁰⁸. Esto tiene consecuencias en la efectividad de la investigación, ya que a partir de estos estereotipos los funcionarios a cargo de las investigaciones “trasladaron la

⁴⁰⁵ Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 495, párr. 401.

⁴⁰⁶ Corte IDH. Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, párr. 209.

⁴⁰⁷ Corte IDH. Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, párr. 212.

⁴⁰⁸ Corte IDH. Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, párr. 212.

culpa de lo acontecido a la víctima y a sus familiares, cerrando otras líneas posibles de investigación sobre las circunstancias del caso e identificación de los autores”⁴⁰⁹. Esto, a juicio de la Corte, configura una discriminación que viola la Convención, conjuntamente, de los artículos 1.1. y 24⁴¹⁰. Esta es una cuestión que se retoma en el *caso Espinoza González*, ya que la Corte deja constancia que la caracterización de las mujeres como “chica mala” o como el “ser asertivas, manipuladoras” o que carecen de credibilidad están presentes en las decisiones que los jueces y juezas adoptan, decidiendo sobre la culpabilidad o inocencia en evidencia sesgada⁴¹¹.

Finalmente, en materia de DDHH de las mujeres, es relevante la necesidad de que las medidas que adopte la autoridad, incluida la judicial, no permita la perpetuación de la situación de discriminación estructural en la que se encuentran las mujeres atendidos los elementos culturales que han primado en las sociedades latinoamericanas. De ahí que al momento de resolver un caso en el ámbito interno, sea necesario ver de qué forma dicha sentencia es capaz de transformar dicha realidad de discriminación⁴¹².

En definitiva, vemos que en el caso de las mujeres, no hay derechos distintos, sino que la necesidad de que sus derechos puedan ser gozados y ejercidos en condiciones de igualdad, superando las condicionantes culturales que impiden el goce y ejercicio de los derechos humanos en condiciones de igualdad.

⁴⁰⁹ Corte IDH. Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, párr. 213.

⁴¹⁰ Corte IDH. Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, párr. 214.

⁴¹¹ Corte IDH. Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 272.

⁴¹² Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 450.

CASOS DE ESTUDIO

Caso María da Penha

De acuerdo con la denuncia, el 29 de mayo de 1983 la señora María da Penha Maia Fernandes, de profesión farmacéutica, fue víctima en su domicilio en Fortaleza, Estado de Ceará, de tentativa de homicidio por parte de su entonces esposo, el señor Marco Antonio Heredia Viveiros, de profesión economista, quien le disparó con un revólver mientras ella dormía, culminando una serie de agresiones durante su vida matrimonial. Dos semanas después de que la señora Fernandes regresó del hospital y estando en recuperación por la agresión homicida del 29 de mayo de 1983, sufrió un segundo atentado contra su vida por parte del señor Heredia Viveiros, quien habría tratado de electrocutarla mientras ella se bañaba. A este punto decidió separarse judicialmente de él.

Añaden que debido a la paraplejía resultante, la víctima debe ser sometida a múltiples tratamientos físicos de recuperación, además de experimentar un severo estado de dependencia que la hace requerir de la ayuda constante de enfermeros para movilizarse. Estos gastos permanentes en medicamentos y fisioterapeutas son costosos y la señora Maria da Penha no recibe ayuda financiera por parte de su ex-esposo para hacerles frente.

Alegan los peticionarios que durante la investigación judicial, iniciada días después de la agresión el 6 de junio de 1983, se recogieron declaraciones que comprobaban la autoría del atentado por parte del señor Heredia Viveiros, a pesar de que éste sostenía que la agresión se había producido por ladrones que pretendían entrar al hogar común. Durante el trámite judicial se presentaron pruebas demostrando que el señor Heredia Viveiros tenía intenciones de matarla y en la casa se encontró una escopeta de su propiedad, contradiciendo su declaración negando poseer armas de fuego. Análisis posteriores indicaron que fue el arma utilizada en el delito. Sobre la base de todo ello, el Ministerio Público presentó su denuncia contra el Sr. Heredia Viveros el 28 de septiembre de 1984, como Acción Penal Pública.

Alegan los peticionarios que a la fecha de la petición ante la CIDH, la justicia brasileña había tardado más de quince años sin llegar a condena definitiva contra el ex-esposo de la señora Fernandes, en libertad por todo ese tiempo a pesar de la gravedad de la acusación y las numerosas pruebas en su contra y a pesar de la gravedad de los delitos cometidos en contra de la señora Fernandes.

Sostienen los peticionarios que esta denuncia no representa una situación aislada en Brasil y que el presente caso es ejemplo de un patrón de impunidad en los casos de violencia doméstica contra mujeres en Brasil, ya que la mayoría de las denuncias no llegan a convertirse en procesos criminales y de los pocos que llegan a proceso, sólo una minoría llega a condenar a los perpetradores.

PREGUNTAS

- 1. ¿Estado ha cumplido con su obligación de garantizar el derecho a la integridad física y mental de la sra. María da Penha?*
- 2. ¿Ha cumplido el Estado con asegurar a la víctima el acceso a la justicia en condiciones de igualdad?*
- 3. A la luz de los hechos de este caso, ¿qué medidas de reparación se deben disponer para hacerse cargo del daño causado a la víctima?*

4.3. Derechos de los niños y niñas

Tal como se vio en la discusión sobre las características de los derechos humanos que son relevantes para la protección internacional, el paradigma bajo el cual se realizó la lectura de los derechos humanos, además de la protección a hombres blancos, propietarios, entre otras características, estaba el ser mayor de edad.

Esta última premisa es la que viene a ampliarse mediante los derechos del niño y niña. La respuesta que ha dado el Derecho Internacional de Derechos Humanos ha sido de índole normativa, mediante la Convención de Derechos del Niño y jurisprudencial, particularmente, en el sistema interamericano. Así, la pregunta que de inmediato surge es ¿por qué se requiere de una normativa especial frente a los niños y niñas? La respuesta es que en este caso se requiere de un tratamiento especial considerando el desarrollo de los mismos, esto es, estamos ante un sujeto de derechos que se encuentra en desarrollo, lo que justifica un catálogo de derechos específicos.

De esta forma, se ha entendido a nivel internacional que tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño deben servir a la Corte para fijar el contenido y alcance de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana⁴¹³. También la Corte ha señalado los alcances de las “medidas de protección” a que alude el artículo 19 de la Convención Americana, poniendo énfasis en la protección no del niño/a como “objeto de protección”, sino que como sujetos de derechos. Así, los principios de no discriminación, interés superior, derecho a ser oído, la asistencia especial a niños privados de su medio familiar, derecho al desarrollo del niño, derecho a un nivel de vida adecuado, y reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación son esenciales⁴¹⁴.

La necesidad de una protección especial, en este caso, radica en que, según ha formulado la Corte, los niños son titulares de todos los derechos humanos, al igual que los adultos, y que el

⁴¹³ Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 194.

⁴¹⁴ Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 196.

art. 19 de la CADH debe entenderse “como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial”⁴¹⁵. En otras palabras, los niños requieren de protección especial por su condición de personas en desarrollo.

Por ejemplo, en cuanto a la privación de libertad de los menores de 18 años, se deben tomar las medidas necesarias para que la privación se aplique por el menor tiempo posible, tal como lo indica el artículo 32 b) de la Convención de los Derechos del Niño⁴¹⁶. Además, el Estado tiene una obligación respecto de los niños privados de libertad, asegurándose que la privación no destruirá sus proyectos de vida⁴¹⁷. 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 derecho⁴¹⁸. El fundamento radica en “que los niños se encuentran en una etapa crucial de su desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social que impactará de los adultos⁴¹⁹. Lo contrario sería exponer a los niños a situaciones en las que podrían ser víctimas de abuso de la superioridad de los adultos, por su particular situación de vulnerabilidad⁴²⁰.

En definitiva, vemos que en el caso de NNA sí hay derechos especiales atendida la particularidad del titular de derechos, su situación de sujeto de derechos que se encuentra en desarrollo. Esto justifica normas particulares y criterios interpretativos acordes a esta particularidad.

⁴¹⁵ Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 147.

⁴¹⁶ Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 231.

⁴¹⁷ Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párrs. 161, 173 y 174.

⁴¹⁸ Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 176.

⁴¹⁹ Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 172.

⁴²⁰ Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 175.

CASOS DE ESTUDIO

Caso “Niños de la calle”

En enero de 2008 una ONG europea de derechos humanos establece -luego de una investigación en terreno- la ejecución extrajudicial de 10 “Niños de la Calle” en Nardia, país centroamericano, asimismo denuncia la desaparición de un grupo de al menos 10 niños y niñas en los últimos 2 años.

Nardia viene sufriendo una creciente oleada delictual que ha extremado las medidas de seguridad y ha generado una fuerte campaña en contra de sectores “indeseables”, dentro de los cuales niños, niñas y adolescentes en situación de calle han sido acusados de ser parte de bandas criminales dedicadas al robo y asaltos.

A la fecha no hay ningún responsable juzgado por los asesinatos de los 10 jóvenes y no se han iniciado investigaciones para dar con los desaparecidos. Más aún, frente a estos hechos la opinión pública parece estar indiferente y los medios de comunicación alaban la eficacia de la respuesta policial.

Por tanto, se planea solicitar la intervención de la comunidad internacional para poner fin a esta situación.

Nardia es parte de la Organización de Estados Americanos y ha ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos; asimismo es parte de Naciones Unidas y ha ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Primer Protocolo Facultativo y, también ha ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño.

PREGUNTAS

- 1. ¿Si usted fuera consultado por la organización sueca de derechos humanos para iniciar alguna acción ante el sistema Interamericano: a) ¿ante qué órgano le recomendaría recurrir?; b) ¿qué procedimiento le recomendaría utilizar atendido el tipo de violación de derechos humanos que a su juicio se da en este caso?*
- 2. ¿Qué medidas especiales de protección debiera adoptar el Estado para proteger eficazmente la vida de los niños, niñas y adolescentes en situación de calle en Nardia?*

4.4. Derechos de los pueblos indígenas

Existe un consenso en materia de DIDH respecto al hecho de que en el caso de los derechos de los PUEBLOS INDÍGENAS, la interpretación debe considerar la situación de exclusión y marginación en que históricamente dichos pueblos han vivido⁴²¹, pero además, es necesario que se haga cargo de las particularidades culturales que constituyen su identidad cultural. Así lo ha desarrollado ampliamente la Corte en su jurisprudencia en la materia:

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 Estado⁴²².

De esta forma, para respetar efectivamente su “identidad cultural”, es necesario que los Estados, a través de sus autoridades, incluidas las judiciales:

[...] es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su

⁴²¹ Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párrs. 77 y 93.

⁴²² Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 51.

situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres⁴²³.

Por ello, satisfacer el principio de igualdad y no discriminación en casos vinculados con titulares de derechos pertenecientes a pueblos indígenas lleva, necesariamente, a establecer como un criterio interpretativo relevante los valores, usos y costumbres de los pueblos indígenas.⁴²⁴ Interpretar las normas internas sin consideración de estos elementos sería dejar a las comunidades indígenas en una situación de desigualdad en el goce y ejercicio de sus derechos convencionales.

De esta forma, la Corte IDH vincula la obligación general de garantía y de no discriminación, con el derecho a la identidad cultural. De esta forma, si al momento de resolver un caso que involucre a miembros de un pueblo indígena no se considera la identidad cultural, no se le estaría tratando en condiciones de igualdad; dicha igualdad, supone hacerse cargo de este elemento diferenciador que es esencial para el titular de derechos⁴²⁵.

La consecuencia que deduce la Corte de este enfoque es una valoración diferenciada del mundo indígena en el contexto latinoamericano y resalta la necesidad de construir sociedades multiculturales, pluralistas y democráticas⁴²⁶. Esta valoración que formula la Corte IDH de la

⁴²³ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 51, párr. 63.

⁴²⁴ En el caso *Bámaca vs. Guatemala*, en 2002, la sentencia de reparaciones, al referirse a la importancia de encontrar los restos del Sr. Bámaca para su familia y comunidad maya etnia mam, señalaba que “la Corte ha reconocido la importancia de tener en cuenta determinados aspectos de las costumbres de los pueblos indígenas en América para los efectos de la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (Corte IDH. Caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002, párr. 81).

⁴²⁵ En similar sentido el Comité de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre la relevancia de que las medidas que tome el Estado en relación con pueblos indígenas les permitan a estos pueblos preservar su cultura (“los miembros de las minorías étnicas no serán privados del derecho a tener su propia vida cultural. Por consiguiente, toda medida cuyo efecto equivalga a negar este derecho será incompatible con las obligaciones que impone el artículo 27”, CDH. Comunicación *Länsmann y otros c. Finlandia*, CCPR/C/52/D/511/1992, dictamen de 08 de noviembre de 1994, párr. 9.4).

⁴²⁶ “La Corte considera que el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática. Esto implica la obligación de los Estados de garantizar a los pueblos indígenas que sean debidamente consultados sobre

sociedad multicultural y pluralista, sirve de marco para la interpretación del contenido y alcance de los derechos y los límites de los mismos en una sociedad democrática.

Así, sólo en la medida que estos elementos (situacionales y culturales) sean considerados por parte de la judicatura, estaremos efectivamente interpretando los derechos de origen nacional e internacional en condiciones de igualdad real y no meramente formal⁴²⁷. Esto tiene especiales consecuencias en materia de acceso a la justicia de pueblos indígenas. Efectivamente, el criterio establecido por la Corte en materia de acceso a la justicia de miembros de comunidad indígenas es el siguiente:

Este Tribunal considera que para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas -en tanto miembros del pueblo indígena Maya- y que la investigación de los hechos se realice con la debida diligencia, sin obstáculos y sin discriminación, el Estado debe asegurar que aquellas puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales iniciados, facilitándoles intérpretes u otros medios eficaces para tal fin. Asimismo, el Estado deberá garantizar, en la medida de lo posible, que las víctimas del presente caso no tengan que hacer esfuerzos desmedidos o exagerados para acceder a los centros de administración de justicia encargados de la investigación del presente caso. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte considera necesario ordenar al Estado el pago de una suma por concepto de gastos futuros, como una forma de garantizar que las víctimas puedan actuar en el proceso penal abierto ante la justicia ordinaria [...]⁴²⁸.

Este enfoque tiene consecuencias en materia de debido proceso y en el ámbito de la protección judicial. Analizaremos algunos ejemplos en uno y otro campo. En materia de debido proceso, la Corte ha señalado respecto del derecho a contar con un intérprete, que en materia de pueblos indígenas esto es plenamente aplicable. En el Caso *Fernández Ortega y otros. Vs. México*, la sra.

asuntos que inciden o pueden incidir en su vida cultural y social, de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización” (Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 217).

⁴²⁷ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 103.

⁴²⁸ Corte IDH. Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008, párr. 100.

Fernández Ortega no contó con intérprete para interponer su denuncia y tampoco fue informada en su idioma de los alcances del proceso que se iniciaba con su denuncia por violación sexual en contra de militares mexicanos. Para la Corte, “la imposibilidad de denunciar y recibir información en su idioma en los momentos iniciales implicó, en el presente caso, un trato que no tomó en cuenta la situación de vulnerabilidad de la señora Fernández Ortega, basada en su idioma y etnicidad, implicando un menoscabo de hecho injustificado en su derecho de acceder a la justicia”, lo que constituye una violación del derecho de acceso a la justicia en los términos de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento⁴²⁹.

Otro aspecto relativo al derecho a ser oído en condiciones de igualdad, se encuentra relacionado con la obligación que tiene el Estado de investigar, efectivamente, las denuncias relativas a amenazas o violencia contra miembros de comunidades indígenas. En el *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras*, la Corte señaló que frente a “varias denuncias relativas a hechos de violencia y amenazas contra miembros de la Comunidad Triunfo de la Cruz [...], sin que se cuente con información sobre si fueron investigadas y el estado de dichas investigaciones” y donde “tampoco consta que el Estado hubiese iniciado de oficio las investigaciones por los homicidios” de miembros de la comunidad, “el Estado es responsable por la violación a los derechos contenidos en los artículos 8.1 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, por la falta al deber de investigar los hechos denunciados por la Comunidad y sus miembros, y por no haber iniciado de oficio las investigaciones relativas a las muertes” de los miembros de la comunidad⁴³⁰.

Por otra parte, en materia de protección judicial, la Corte se ha centrado en el tema de la efectividad de los recursos judiciales para la protección de las comunidades indígenas y tribales en consideración de su situación de vulnerabilidad. En cuanto a la efectividad de los recursos utilizados en la legislación interna, la Corte también ha establecido los criterios para determinar si estos cumplen con las exigencias convencionales. La Corte sostiene que la protección judicial

⁴²⁹ Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 201.

⁴³⁰ Corte IDH. Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08 de octubre de 2015, párrs. 252 y 253.

en casos de titularidad de pueblos indígenas implica el “otorgamiento de una protección efectiva que tome en cuenta las particularidades propias que los diferencian de la población en general y que conforman su identidad cultural, sus características económicas y sociales, su posible situación de vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres, así como su especial relación con la tierra”⁴³¹. Esto se traduce en estándares mínimos que debe satisfacer dicha protección accesible, sencilla y dentro de un plazo razonable, a saber,

“i) asegurar que los miembros de la comunidad puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales iniciados, facilitándoles intérpretes u otros medios eficaces para tal fin; ii) proporcionar el acceso a los pueblos indígenas y tribales a asistencia técnica y legal en relación con su derecho a la propiedad colectiva, en el supuesto de que estos se encontrasen en una situación de vulnerabilidad que les impediría conseguirla, y iii) facilitar el acceso físico a las instituciones administrativas y judiciales, o a los organismos encargados de garantizar el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas y tribales, así como facilitar la participación de los pueblos en el desarrollo de los procesos judiciales, administrativos o de cualquier otra índole, sin que ello les implique hacer esfuerzos desmedidos o exagerados, ya sea debido a las distancias o a las vías de acceso a dichas instituciones, o a los altos costos en virtud de los procedimientos”⁴³².

En síntesis, los derechos reconocidos a los pueblos indígenas deberán ser culturalmente accesibles, esto es, en cuanto a su presentación y tramitación⁴³³. Por tanto, los recursos judiciales deben 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

⁴³¹ Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, párr. 251.3.b.

⁴³² Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, párr. 251.3.a.

⁴³³ “Además, 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 Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 264).

perseguidos. Si no se cumple con estos requisitos los recursos no debieran ser considerados adecuados para la efectiva protección de los derechos indígenas y comprometen la responsabilidad internacional del Estado.

En otra materia relevante en el caso de la aplicación judicial de estándares interamericanos, es en materia de consulta previa⁴³⁴. La Corte ha señalado como criterio general:

La obligación de consultar a las Comunidades y Pueblos Indígenas y Tribales sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos reconocidos en la normatividad interna e internacional, así como la obligación de asegurar los derechos de los pueblos indígenas a la participación en las decisiones de los asuntos que conciernan a sus intereses, está en relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención (artículo 1.1). Esto implica el deber de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y, en general, de todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos. Lo anterior conlleva la obligación de estructurar sus normas e instituciones de tal forma que la consulta a comunidades indígenas, autóctonas, nativas o tribales pueda llevarse a cabo efectivamente, de conformidad con los estándares internacionales en la materia. De este modo, los Estados deben incorporar esos estándares dentro de los procesos de consulta previa, a modo de generar canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta y participación a través de sus instituciones representativas⁴³⁵.

En este sentido, la consulta previa es un ejercicio de derechos humanos y, por tanto, debiera ser objeto de protección a través de los mecanismos constitucionales y no ser entregada su protección a instancias administrativas y/o judiciales distintas como son las autoridades ambientales (caso de Chile).

En definitiva, vemos que en el caso de los pueblos indígenas, el goce y ejercicio de derechos está determinado por circunstancias fácticas (situación de pobreza), históricas (exclusión y

⁴³⁴ Esta materia ha sido ampliamente desarrollada por la Relatoría para los Pueblos Indígenas en Naciones Unidas, ver: Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. A/HRC/45/34, de 18 de junio de 2020, párrs. 47 a 71. Un fallo interesante en esta materia es uno del Comité de Derechos Humanos. Comunicación Apirana Mahuika. Comunicación 547/1993, dictamen de 16 de noviembre de 2000.

⁴³⁵ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 166.

discriminación) y personales (identidad cultural). Sobre esa base, el goce y ejercicio en condiciones igualdad requiere de medidas que se hagan cargo de estos elementos situacionales y personales.

CASOS DE ESTUDIO

Caso Sarayaku vs. Ecuador

Los hechos del presente caso se enmarca en la región de la provincia de Pastaza, donde habita el pueblo indígena Kichwa de Sarayaku. Esta población, la cual tiene alrededor de 1200 habitantes, subsiste de la agricultura familiar colectiva, la caza, la pesca y la recolección dentro de su territorio de acuerdo con sus tradiciones y costumbres ancestrales. En el año 2004 se registró el estatuto del Pueblo Originario Kichwa de Sarayaku.

En 1996 fue suscrito un contrato de participación para la exploración de hidrocarburos y explotación de petróleo crudo en el bloque No. 23 de la Región Amazónica entre la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador y el consorcio conformado por la Compañía General de Combustibles S.A. y la Petrolera Argentina San Jorge S.A. El espacio territorial otorgado para ese efecto en el contrato con la CGC comprendía una superficie de 200.000 Ha., en la que habitan varias asociaciones, comunidades y pueblos indígenas, tales como el pueblo Kichwa de Sarayaku.

En numerosas ocasiones la empresa petrolera CGC intentó gestionar la entrada al territorio del Pueblo Sarayaku y conseguir el consentimiento de dicho Pueblo para la exploración petrolera, aunque fueron infructuosas. En el año 2002 la Asociación de Sarayaku envió una comunicación al Ministerio de Energía y Minas en que manifestó su oposición a la entrada de las compañías petroleras en su territorio ancestral.

A raíz de la reactivación de la fase de exploración sísmica en noviembre de 2002 y ante el ingreso de la CGC al territorio de Sarayaku, la comunidad paralizó sus actividades económicas, administrativas y escolares. Con el propósito de resguardar los límites del territorio para impedir la entrada de la CGC, miembros del Pueblo organizaron seis en los linderos de su territorio. La empresa abrió trochas sísmicas, habilitó siete helipuertos, destruyó cuevas, fuentes de agua, y ríos subterráneos, necesarios para consumo de agua de la comunidad; taló árboles y plantas de gran valor medioambiental, cultural y de subsistencia alimentaria de Sarayaku. Entre febrero de 2003 y diciembre de 2004 fueron denunciados una serie de hechos de presuntas amenazas y hostigamientos realizados en perjuicio de líderes, miembros y un abogado de Sarayaku.

El 19 de noviembre de 2010, PETROECUADOR firmó con la empresa CGC un Acta de Terminación por mutuo acuerdo del contrato de participación para la exploración y explotación de petróleo crudo en el Bloque 23. El Pueblo Sarayaku no fue informado de los términos de la negociación que sostenía el Estado con la empresa.

PREGUNTAS

- 1. Qué medidas debe adoptar el Estado para proteger a la comunidad Kichwa Sarayaku y a sus miembros?*
- 2. ¿Qué características debe tener la consulta indígena para permitir actividades en los territorios indígenas?*

4.5. Obligaciones del Estado frente a titulares sujetos de especial protección

Como se ha venido diciendo, lo que considera la Corte al enfrentar un caso donde se vean involucrados estos sujetos especiales de protección, dice relación con las características especiales que cada uno de ellos pueda presentar respecto de la mirada restrictiva que se dio en un principio a la lectura de los derechos humanos. Así, se considerará el desarrollo de niños y niñas, factores culturales y vulnerabilidad en indígenas, y en el caso de las mujeres, la igualdad y no discriminación y cómo el género juega un rol preponderante en el análisis de casos. Es así como surge un deber más específico aun de protección para estas personas, y en consecuencia, la obligación del Estado al respeto a los Derechos Humanos pudiera verse modificada.

Para cumplir efectivamente con las obligaciones internacionales en materia de derechos se deberán promover los cambios culturales necesarios para garantizar que los derechos y libertades consagrados puedan ser efectivamente gozados y ejercidos por sus destinatarios. Así, por ejemplo, los pueblos indígenas en nuestro continente claramente pertenecen a estas categorías vulnerables respecto de las cuales los Estados deben implementar políticas culturales que les permitan un pleno goce y ejercicio de sus derechos humanos.

Por otra parte, la Convención Americana de Derechos Humanos consagra en su artículo 2 la obligación del Estado parte de adoptar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención. si el ejercicio de dichos derechos “no estuviere ya garantizado en el Estado por disposiciones legislativas o de otro carácter”. Así, este artículo establece la obligación de los Estados de preocuparse de que su legislación interna no contradiga dicho tratado, obligación complementaria del deber de garantía del artículo 1.1; también obliga al Estado a desarrollar en su legislación aquellos derechos que en su formulación internacional carecen de la precisión necesaria para que puedan ser aplicados por los órganos del Estado y, especialmente, para que puedan ser invocados ante los tribunales de justicia. Por tanto, la actividad del Estado, por otra parte, no debe circunscribirse sólo a la legislación, sino que deben tomarse todas las otras medidas de cualquier carácter, que posibiliten el pleno goce y ejercicio de todos los derechos humanos, las cuales deberán ser administrativas, de política públicas, u otras conducentes a los mismos fines.

En definitiva, el criterio general que debiera tener en consideración la autoridades estatales es el siguiente:

los Estados deben 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 personas⁴³⁶.

En consecuencia, para una eficaz protección de los derechos en condiciones de igualdad y no discriminación, se debe superar el paradigma de la neutralidad en la interpretación, incorporando al ejercicio hermenéutico la situación de vulnerabilidad que afecta a las víctimas y los elementos culturales preponderantes. La consideración de estos elementos permite que la aplicación neutral de las normas, que genera situaciones de discriminación, se atenúe y vaya en la línea de una interpretación evolutiva de los derechos que permita dar concreción al principio de universalidad (Nash, 2013: 503-541).

A estos efectos, el principio fundamental que ha establecido la Corte Interamericana es:

Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas⁴³⁷.

El objetivo que se busca con el razonamiento basado en derechos que proponemos es encontrar una aproximación en cada caso concreto que le dé efectividad a los derechos de las personas que le permita al Estado cumplir con sus obligaciones constitucionales, internacionales y legales, todo ello en un sistema normativo coherente. En esa lógica los estándares internacionales son “factores de corrección” que permiten tomar decisiones acerca de la mejor interpretación en el caso concreto. La efectividad es una cuestión práctica que se resuelve en cada caso, al sustentar aquella interpretación que le permita a la persona un mejor goce y ejercicio de los derechos a la luz del contenido y alcance del derecho que integra los elementos

⁴³⁶ Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr 264.

⁴³⁷ Corte IDH. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 119.

de origen nacional e internacional. Al contrastar el contenido y alcance del derecho con el caso concreto, es posible llegar a una conclusión de la forma en que debe ser resuelto el caso concreto.

CASOS DE ESTUDIO

LEROI BONET

El 30 de Agosto del 2017 Leori de nacionalidad haitiana y de 28 años de edad, se acercó junto a su hija de dos meses a la Oficina de Protección de Derechos (en adelante OPD) en la comuna de Lo Prado, para pedir ayuda por el robo que había sufrido el día anterior Wilfrid Fidele (su pareja y padre de su hija de 2 meses).

Hace unos días un chileno le había ofrecido trabajo como jardinero (este chileno resultó ser un falso funcionario de la OPD). Wilfrid aceptó de inmediato y comenzó a trabajar, estando allí y dejando su mochila junto a todas sus pertenencias y documentos en manos del chileno, Wilfrid sufrió el robo de todas sus cosas.

Tras enterarse al día siguiente, Leroi se dirigió con su pequeña hija a la OPD para pedir explicaciones, pero como no hablaba español nadie entendía sus reclamos. Desesperada le pidió al guardia del organismo municipal que cuidara a la pequeña mientras ella iba a buscar un traductor "En Haití hay una lógica cultural de empatía y reciprocidad. Ella le pasa la guagua al guardia porque en su país la lógica de la autoridad es muy importante. Una persona con uniforme es una persona que nunca te va a joder. Ella pensó que su hija no corría peligro si la dejaba con el guardia, mientras iba a buscar un traductor. Pero la gente que vio esta escena pensó que ella había regalado su guagua", explica Pilar Phillips, trabajadora social y miembro de la Fundación Fre, que vivió en Haití durante dos años. Veinte minutos después al volver, su hija ya no estaba allí, funcionarios de la OPD la denunciaron en la 44 comisaría de Lo Prado y una vez notificada la Fiscalía ordenó a carabineros detenerla.

Ese mismo día Leroi fue detenida e imputada bajo el delito de abandono de menor. Ella desesperada intentó comunicarse en creole- durante el procedimiento nunca le proporcionaron un intérprete -por lo que nunca le hicieron ver los motivos de su detención.

Durante su detención ella muy angustiada decide insistir para recuperar a su hija, en ese momento uno de los carabineros le propina sucesivos golpes en la cabeza, lo que le produce una hemorragia interna.

Estos golpes hicieron que fuese trasladada de urgencia a la posta central, donde horas más tarde falleció.

La hija fue derivada al hogar Casa Nacional del niño, dependiente del Sename. El padre de la pequeña hizo lo posible para tener la tuición, lo cual le fue negado ya que en el tribunal de familia, el juez argumentó que si bien Wilfrid reclamaba su idoneidad para hacerse cargo de la niña, el problema era que no contaba con sus documentos para acreditar que efectivamente era el padre de la menor.

PREGUNTAS

- 1) *Identificar los derechos vulnerados en el caso y los titulares de estos.*
- 2) *¿Existe responsabilidad del Estado? (constatar si efectivamente hay un nexo causal que permita imputarle la violación al Estado).*
- 3) *¿Puede ser calificado como un caso de discriminación múltiple?*
- 4) *¿Qué medidas se deben adoptar para la protección de los derechos humanos de NNA involucrados?*

LORENZA CAYUHAN LLEBUL CONTRA GENDARMERIA DE CHILE.

En octubre de 2015 Lorenza Cayuhán, perteneciente a la etnia mapuche, se encontraba recluida en el centro penitenciario de la ciudad de Arauco, por el delito de robo con intimidación. En aquella época se encontraba embarazada, teniendo alrededor de 7 meses de embarazo. El día 13 de octubre de 2015, comenzó a sentir molestias físicas relacionadas con su embarazo, por lo que, tras ser examinada por la paramédico de su unidad penal, fue derivada al Hospital de Arauco y desde ahí trasladada de urgencia al Hospital Regional de Concepción.

En el Hospital de Concepción el diagnóstico médico fue de “preeclamsia”, una complicación grave que implicaba la necesidad de que el embarazo fuera interrumpido y el parto adelantado. Se dispuso el traslado de urgencia a otro recinto, por la incapacidad para atender a Lorenza debido a la falta de espacio para ella y su bebé. Lorenza Cayuhán fue llevada por los Gendarmes al Hospital Clínico Sanatorio Alemán, donde fue sometida a una cesárea de emergencia.

En dichos traslados fue movilizada por personal de Gendarmería en un vehículo particular y luego en ambulancia en compañía de dos Gendarmes, siendo siempre escoltada además por un vehículo oficial de Gendarmería con 5 funcionarios más. Además de aquellos resguardos, la señora Cayuhán permaneció sujeta a la medida de seguridad de grilletes en sus pies. Los informes de los gendarmes consignando los movimientos realizados denominaban a la señora Cayuhán como “comunera mapuche”, señalando por ejemplo “Traslado de comunera mapuche a Hospital de Arauco, tomar resguardos necesarios”.

La señora Cayuhán manifiesta que, durante todos los traslados, y durante permanencia en los hospitales, incluyendo el momento del parto y hasta después del alumbramiento permaneció engrillada, estando atada a la cama con los grilletes que sujetaban sus pies y que en ningún momento le fueron quitados. Además, manifestó que hizo ingreso a la sala de parto junto con ella personal de Gendarmería de sexo masculino, que permaneció dentro de la habitación y presenció todo el desarrollo del parto, con la finalidad de custodiarla. Fue vigilada permanentemente también durante el proceso de recuperación, incluyendo personal de sexo masculino, estando en todo momento al menos un Gendarme dentro de la habitación donde ella descansaba.

Por estos hechos, la defensa de Lorenza Cayuhán interpuso un recurso de amparo, por transgredirse los de derecho de libertad personal y seguridad individual consagrados en la Constitución y diversos Tratados Internacionales.

Durante la tramitación del recurso de amparo, Gendarmería admitió parcialmente los hechos, confirmando haber efectuado los traslados con la señora Cayuhán sujeta a la medida de seguridad de grilletes, y haberla mantenido atada a la cama con ellos en ciertos periodos de su hospitalización. Entre sus defensas se acompañaron las “Instrucciones de buen servicio sobre Servicios Hospitalarios y Salidas al Exterior” que indica: “Se tendrá por regla general una estricta aplicación de medidas de seguridad, a todas las personas que, por resolución de autoridades competentes, fueren detenidas o privadas de libertad y que se encuentren hospitalizadas en recintos externos a los institucionales.

PREGUNTAS

- 1) *Identificar los derechos vulnerados en el caso y los titulares de estos.*
- 2) *¿Existe responsabilidad del Estado? (constatar si efectivamente hay un nexo causal que permita imputarle la violación al Estado).*
- 3) *¿Puede ser calificado como un caso de discriminación múltiple?*
- 4) *¿Qué medidas se deben adoptar para la protección de los derechos humanos de la víctima?*
- 5) *¿Qué medidas de reparación podrían solicitarse en este caso?*

V. SISTEMAS NORMATIVOS HUMANITARIOS Y DIDH

El estudio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos debe insertarse en un campo más amplio que es el de la protección humanitaria internacional frente a distintas amenazas para los individuos y los pueblos. En este campo encontramos temas como el derecho internacional humanitario (DIH), el derecho internacional de los refugiados (DIR) y el derecho penal internacional (DPI), obviamente, junto a nuestro objeto de estudio que es el DIDH.

A continuación se hará una breve reseña del DIH y del DIR para configurar sus contornos, poniendo énfasis en los puntos de convergencia con el DIDH. Luego, abordaremos con algún mayor detalle la normativa del DPI que contempla algunos puntos de contacto con el DIDH que es interesante explorar con mayor detalle. En efecto, 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 internacional⁴³⁸.

1. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Para comenzar es importante tener en consideración algunas cuestiones generales en torno al sistema humanitario dedicado a la regulación de los conflictos armados, esto es, el derecho internacional humanitario (DIH). El Comité Internacional de la Cruz Roja es la principal institución internacional dedicada al tema del DIH y ha desarrollado un amplio trabajo en

⁴³⁸ 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 el acercamiento al tema, me centraré en aquellas materias más cercanas a los derechos humanos stricto sensu.

terreno y también teórico que nos servirá de guía para configurar los aspectos generales que rigen este sistema normativo: concepto, principios, criterios normativos y relación con el DIDH⁴³⁹.

El derecho internacional humanitario puede ser definido como:

El "Derecho Internacional Humanitario" es un cuerpo de normas internacionales, de origen convencional y consuetudinario, específicamente destinado a ser aplicado en los conflictos armados, internacionales o no internacionales, y que limita el derecho de las Partes en conflicto a elegir libremente los métodos y los medios utilizados en la guerra (Derecho de la Haya), o que protege a las personas y a los bienes afectados (Derecho de Ginebra)⁴⁴⁰.

Para comprender los alcances del DIH es necesario tener en consideración que lo que está en juego es una tensión permanente entre dos principios: el de necesidad militar y el humanitario⁴⁴¹. De ahí que el enorme desafío que tiene el DIH es buscar equilibrar el principio de necesidad militar que permite el uso de la fuerza para doblegar la voluntad del enemigo y el principio humanitario que busca proteger al individuo frente a actos desproporcionados a fin de cumplir con el principio militar⁴⁴².

⁴³⁹ El trabajo de la CICR se puede consultar en: <https://www.icrc.org/es>

⁴⁴⁰ En estas materiales seguimos el trabajo más didáctico sobre estas materias es Swinarski, 1984 y el estudio más reciente de Merzel, 2019.

⁴⁴¹ " [T]odo el andamiaje jurídico que se ha erguido, no habría sido posible sin que hubiera existido el postulado de equilibrio entre los intereses político-militares de los Estados -las famosas "necesidades militares"- y las consideraciones de diverso orden tendientes a "civilizar la guerra" o, por lo menos, a temperar sus efectos excesivos, inútiles y laterales" (Swinarski, 1984).

⁴⁴² "Las normas de jus in bello están marcadas por esta tensión. En efecto, por una parte, se aceptan las operaciones racionalmente necesarias para fines militares (principio de necesidad); por otra parte, se rechazan las operaciones que no son necesarias, así como el empleo de fuerza -en aquellas que sí lo son- de un modo que no guarde proporción con el fin militar que se persigue (principio de proporcionalidad)" (Zalaquett, 2022). Para un detalle de estos principios y sus consecuencias normativas, ver Merzel, 2019: 17-21.

Justamente para poder equilibrar estos dos principios en disputa se han desarrollado una serie de distinciones que permitan aplicar límites al ejercicio del poder militar en un conflicto armado⁴⁴³.

La primera de estas distinciones es la situacional. El DIH se aplica en forma excepcional en casos de conflictos armados, sean internacionales o no internacionales, a diferencia de las normas sobre DIDH que se aplican en la generalidad de las situaciones, incluidas las de conflictos armados⁴⁴⁴. A modo de resumen, podemos señalar:

- Conflictos armados internacionales: El Art. 2 Común de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, hace aplicables estos convenios a los conflictos armados de carácter internacional.
- Guerras de "liberación". El Protocolo I de 1977 asimila ciertos conflictos internos a los de carácter internacional: aquéllos conflictos en que los pueblos libran luchas de liberación en contra de poderes coloniales, ocupación extranjera o un régimen racista. Los combatientes, si hechos prisioneros, tienen la calidad de prisioneros de guerra.
- Conflictos internos del tipo Protocolo II. Este Protocolo se aplica a determinados conflictos armados internos (Ver Art. 1 del Prot. II). Los combatientes no gozan de la inmunidad penal propia del prisionero de guerra.
- Art. 3 común de los Convenios de 1949. Se aplica a todo conflicto armado interno. Para estos efectos es necesario definir qué es, en sentido genérico, un conflicto armado. Los siguientes elementos son generalmente considerados como definitorios: que las partes que se enfrentan tengan una organización bajo mando responsable y una capacidad de emprender acciones militares sostenidas y concertadas. Otros definen conflicto armado sobre la base del tipo de alzamiento o enfrentamiento, que debe ser tal, que requiera más que la capacidad normal de una policía para hacerles frente. El Art. 3

⁴⁴³ Sobre el principio de distinción Melzer, citando instrumentos internacionales, señala "La piedra angular del DIH es el principio de distinción. Se basa en el reconocimiento de que "el único objetivo legítimo que los Estados deben proponerse durante la guerra es la debilitación de las fuerzas militares del enemigo", mientras que "la población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares". Por tanto, las partes en un conflicto armado "harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares" (Melzer, 2019: 17).

⁴⁴⁴ Ya vimos que en materia de suspensión de derechos se contempla la posibilidad de suspender el pleno goce y ejercicio de algunos derechos en casos de conflictos armados.

Común contiene en realidad normas básicas de derechos humanos. Su efecto es que permite intervención del CICR y somete la conducta de las parte no gubernamentales a los principios de humanidad.

- Tensiones internas y disturbios interiores: están por debajo de las situaciones del Art. 3 pues ni siquiera son conflictos armados (ver definición en Prot. II, Art. 1.2.). Se aplican a tal situación exclusivamente las normas de derecho interno y de derechos humanos, incluyendo entre ellas posibles normas sobre estados de excepción.

Una segunda distinción relevante es entre combatientes y civiles. Aquí el criterio básico es que los blancos legítimos de ataques militares son exclusivamente los combatientes adversarios, mientras tengan la capacidad de combatir, y los objetivos militares (Melzer, 2019: 187-193).

Una tercera distinción es aquella que dice relación con los medios y métodos legítimos de conducir las hostilidades. El derecho internacional humanitario establece⁴⁴⁵ que existen ciertos métodos de conducir las hostilidades que no son lícitos, tales como, la utilización de símbolos de emergencia sanitaria (cruz roja o la media luna roja) con fines bélicos o la utilización de hospitales o ambulancias para pertrechar y/o trasladar tropas o municiones. Por otra parte, también hay ciertos medios que no son aceptables, tales como, las minas antipersonales en tanto son medios que generan un daño superfluo en los combatientes y además, permiten daños indiscriminados y desproporcionados.

En cuanto a la relación del DIH con el DIDH, siguiendo al profesor SWINARSKI (1984), podemos señalar que son tres las principales teorías en esta materia:

- Se preconizaba considerar que los Derechos Humanos son parte integrante del Derecho Internacional Humanitario considerado como el primer sistema específicamente destinado a proteger el ser humano.
- Para los que enfocaban sobre todo la naturaleza y el origen de estas dos ramas del derecho, era inaceptable abarcar dentro del mismo molde jurídico a las normas procedentes del derecho de la guerra y a las que deberían ser la base misma de la normativa de la paz.

⁴⁴⁵ A modo de ejemplo, ver: art. 35. núm. 1 del Protocolo I de los convencio de Ginebra. Ver también las normas de los núm. 2 y 3 del ismo artículo.

- Al desarrollarse estas dos ramas del derecho y en el marco de la elaboración de sus nuevos instrumentos (los Pactos Universales, los Convenios regionales sobre Derechos Humanos y los Protocolos Adicionales al Derecho Humanitario) se descubrió que ambas tienen varias interacciones y varias perspectivas en común. Luego de haber examinado sus respectivos ámbitos de aplicación, apareció, por fin, la escuela complementarista que parece reflejar adecuadamente las relaciones entre ellos, tal como se presentan en la realidad.

A juicio de MELZER (2019), la relación está marcada por objetivos comunes, pero marcando las diferencias:

Si bien el DIH regula la conducción de las hostilidades y la protección de las personas en situaciones de conflicto armado, el derecho internacional de los derechos humanos protege a las personas contra el empleo arbitrario o abusivo de la fuerza por parte de las autoridades estatales. Si bien estas ramas del derecho coinciden en muchos aspectos, existen entre ellas diferencias significativas (Melzer, 2019: 29)

En la línea de complementariedad -predominante en los órganos de protección de derechos humanos- hay un par de elementos que deben ser destacados. Por una parte, el art. 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949⁴⁴⁶, los que contienen un verdadero catálogo de derechos

⁴⁴⁶ “En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones: 1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. 2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos. Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto. Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio. La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto”.

humanos dentro de instrumentos de derecho humanitario. En este artículo se contemplan cuestiones como el derecho a la vida, la integridad personal o el debido proceso. Sin duda esta norma ha cumplido un rol fundamental para el juzgamiento de crímenes que no se encuentran regulados por otras normativas específicas en el derecho interno e internacional.

La otra materia relevante sobre la complementariedad dice relación con un aspecto hermenéutico. Así, para la interpretación de normas sobre derechos humanos en contextos de conflictos armados, la normativa internacional es un instrumento útil para fijar el contenido y alcance de los derechos consagrados en instrumentos de DIDH. Por ejemplo, en el caso del derecho a la vida, determinar qué implica “privar arbitrariamente de la vida” a una persona en un contexto de conflicto armado debe ser leído a la luz de las normas propias del DIH que complementan la interpretación del DIDH⁴⁴⁷.

⁴⁴⁷ Sobre los usos del DIH en el DIDH por parte de la Corte Interamericana, ver Cuadernillo de Jurisprudencia No. 17. Interacción entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario / Corte Interamericana de Derechos Humanos y Comité Internacional de la Cruz Roja – [ed. ampl.] -- San José, C.R. : Corte IDH, 2021.

Jurisprudencia

112. Respecto de la complementariedad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con el Derecho Internacional Humanitario, la Corte estima necesario destacar que toda persona, durante un conflicto armado interno o internacional, se encuentra protegida tanto por las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como por ejemplo la Convención Americana, como por las normas específicas del Derecho Internacional Humanitario, por lo cual se produce una convergencia de normas internacionales que amparan a las personas que se encuentran en dicha situación. En este sentido, la Corte destaca que la especificidad de las normas de protección de los seres humanos sujetos a una situación de conflicto armado consagradas en el Derecho Internacional Humanitario, no impide la convergencia y aplicación de las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos consagradas en la Convención Americana y en otros tratados internacionales.

115. En este mismo sentido, el Derecho Internacional Humanitario consagra en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, la complementariedad de sus normas con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al establecer, inter alia, la obligación que tiene un Estado en situación de conflicto armado de carácter no internacional, de brindar un trato humano y sin distinción alguna de índole desfavorable a las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas, o que hayan quedado fuera de combate por cualquier razón. En particular, el Derecho Internacional Humanitario prohíbe, en cualquier tiempo y lugar, los atentados contra la vida, la integridad y la dignidad de las personas nombradas anteriormente.

116. Asimismo, el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), reconoce en su preámbulo la complementariedad o convergencia entre las normas del Derecho Internacional Humanitario con las del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al señalar que “[...] los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos ofrecen a la persona humana una protección fundamental”. Además, el artículo 75 del Protocolo I a dichos Convenios, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, al referirse a las garantías fundamentales de todas las personas que estén en poder de una Parte en conflicto y que no disfruten de un trato más favorable en virtud de los referidos Convenios o de dicho Protocolo, y el artículo 4 del Protocolo II, al referirse a las garantías fundamentales de todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, las que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privados de libertad, señalan que tales personas deben gozar de dichas garantías, consagrando de esta forma la complementariedad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario.

Corte IDH. Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Excepciones Preliminares. Sentencia de 23 de noviembre de 2004. Serie C No. 118.

209. Hay efectivamente equivalencia entre el contenido del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y el de las disposiciones de la Convención Americana y de otros instrumentos internacionales acerca de los derechos humanos inderogables (tales como el derecho a la vida y el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes). Esta Corte ya ha señalado, en el Caso Las Palmeras (2000), que las disposiciones relevantes de los Convenios de Ginebra pueden ser tomados en cuenta como elementos de interpretación de la propia Convención Americana.

Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70.

278. Así, y según lo establece el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, el Estado debía brindar a las personas que no participaren directamente en las hostilidades o que hubieren quedado fuera de combate por cualquier razón, un trato humano y sin distinción alguna de índole desfavorable. En particular, el derecho internacional humanitario prohíbe en cualquier tiempo y lugar los atentados a la vida y a la integridad personal de las personas mencionadas anteriormente. El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ha señalado que la regla referente a que cualquier persona fuera de combate no puede ser objeto de ataque constituye una norma consuetudinaria tanto en los conflictos armados internacionales como no internacionales. La práctica del Perú demuestra la aplicación de esta regla a nivel nacional.

316. Lo anterior permite colegir a esta Corte que la última vez que fue visto con vida, el mismo se encontraba en una situación de hors de combat y que gozaba por tanto de la protección que otorgan las normas de derecho internacional humanitario aplicables. Es decir, una vez que Eduardo Nicolás Cruz Sánchez fue capturado con vida, el Estado tenía la obligación de otorgarle un trato humano y respetar y garantizar sus derechos, todo ello de conformidad con el artículo 4 de la Convención Americana, interpretado a la luz del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra.

Corte IDH. Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de abril de 2015. Serie C No. 292.

285. Según el Derecho Internacional Humanitario aplicable a estas situaciones, se justifica en ocasiones la emisión de leyes de amnistía al cese de las hostilidades en los conflictos armados de carácter no internacional para posibilitar el retorno a la paz. En efecto, el artículo 6.5 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 prevé que:

A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado.

286. Sin embargo, esta norma no es absoluta, en tanto también existe en el Derecho Internacional Humanitario una obligación de los Estados de investigar y juzgar crímenes de guerra. Por esta razón, “las personas sospechosas o acusadas de haber cometido crímenes de guerra, o que estén condenadas por ello” no podrán estar cubiertas por una amnistía. Por consiguiente, puede entenderse que el artículo 6.5 del Protocolo II adicional está referido a amnistías amplias respecto de quienes hayan participado en el conflicto armado no internacional o se encuentren privados de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado, siempre que no se trate de hechos que, como los del presente caso, cabrían en la categoría de crímenes de guerra e, incluso, en la de crímenes contra la humanidad.

Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252.

2. DERECHO INTERNACIONAL REFUGIADOS

Los fenómenos de movilidad humana se han transformado en uno de los mayores desafíos políticos, económicos y sociales de las últimas décadas y también se han transformado en un tema de derechos humanos. Así, los organismos internacionales de protección de derechos humanos han debido desarrollar diversos esfuerzos por establecer parámetros mínimos de trato a las personas en situación de movilidad humana. El refugio internacional es una institución vinculada con la protección de las personas que sufren de persecución en su Estado de origen y que las obliga a moverse a un tercer Estado en busca de protección.

La regulación del refugio tiene una larga data, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 es el principal instrumento internacional y es parte del proceso global de regulación internacional de la protección de las personas junto con la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y los Convenios de Ginebra de 1949 sobre Derecho Humanitario.

La principal institución a nivel internacional dedicada a la protección de personas refugiadas es ACNUR⁴⁴⁸.

Durante las últimas décadas las situaciones sobre refugio han vuelto a ser un tema central en la agenda internacional. Así, el último informe de ACNUR sobre la situación a nivel mundial da cuenta de 20,7 millones de personas bajo el mandato de la Organización y, en el caso de Latinoamérica, se da cuenta de más de 750 mil personas en situación de refugio⁴⁴⁹. Así, es evidente que el problema del refugio es una situación grave y que desafía las posibilidades de la protección internacional de derechos humanos.

La Convención de 1951 (complementada por el Protocolo de 1967) define a la persona objeto de protección como refugiado como aquella persona que:

debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

⁴⁴⁸ Ver <https://www.acnur.org/>

⁴⁴⁹ ACNUR (2020). Informe Global de Acnur 2020, pp. 8-10. Disponible en <https://www.acnur.org/6178a8114> (visitado abril 2022).

En consecuencia, los elementos centrales para definir el refugio son: que la persona esté fuera de su país de origen o residencia, que tenga fundados temores de ser perseguida y que dichos temores se basen en ciertas condiciones.

De acuerdo con la normativa internacional sobre refugio, las personas solicitantes de tal categoría protegida, tienen una serie de derechos y los Estados que reciben la solicitud de refugio están obligadas a cumplir ciertos mínimos en el proceso de determinación de dicha condición.

Así, nos encontramos con una serie de pasos donde es posible observar la relación entre la normativa que regula el refugio y el DIDH.

Esquema análisis de inclusión



A modo de ejemplos, podemos señalar que en la justificación de los temores de persecución un contexto de violaciones graves de derechos humanos puede ser determinante⁴⁵⁰. De la mismo

⁴⁵⁰ La Declaración de Cartagena de 1984, es muy explícita en este sentido: “la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”.

forma, al momento de analizar las motivaciones de la persecución, los criterios sobre prohibición de discriminación con relevantes. Finalmente, en el proceso para la determinación de la condición de refugiado, normas de DIDH son esenciales. A fin de ilustrar de mejor forma esta relación, a continuación se detallan algunos desarrollos habidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En primer lugar, en relación con la normativa aplicable, la Corte Interamericana ha debido realizar un ejercicio interpretativo para poder utilizar en sus decisiones jurisdiccionales, que se encuentran limitadas a la Convención Americana y otros instrumentos del sistema interamericano que le confieren competencia material, instrumentos generales sobre refugio, como la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. Al efecto, la Corte ha señalado que, en virtud del artículo 29.b (principio interpretación integral), debe considerar otros instrumentos internacionales a fin de interpretar las obligaciones del Estado en materia de refugio; así, señala que “al utilizar las fuentes, principios y criterios del Derecho Internacional de Refugiados como normativa especial aplicable a situaciones de determinación del estatuto de refugiado de una persona y sus derechos correlativos, en forma complementaria a la normativa convencional, la Corte no está asumiendo una jerarquización entre órdenes normativos”,⁴⁵¹ sino que los está utilizando con un fin hermenéutico.

Sobre dicha base normativa amplia, la Corte ha podido determinar las obligaciones de los Estados en relación con las personas en situación de refugio conforme a los estándares internacionales aplicables en la materia. Una primera aclaración que ha formulado la Corte es que el reconocimiento de la condición de refugiado es un acto declarativo de un status que surge del cumplimiento de las condiciones que la Convención de 1951 establece.⁴⁵² Además, la Corte reconoce que durante las últimas décadas se han generado prácticas de los Estados “consistentes en otorgar protección internacional como refugiados a las personas que huyen de su país de origen debido a la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan

⁴⁵¹ Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 143.

⁴⁵² Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 145.

perturbado gravemente el orden público”⁴⁵³ ampliando con ello los alcances de las condiciones que sirven de base para reconocer a una persona la condición de refugiado, en una clara convergencia entre la protección de derechos humanos y el derecho sobre refugio.

Un aspecto que ha sido desarrollado en forma pormenorizada por la Corte Interamericana es el principio de “no devolución”.⁴⁵⁴ En efecto, a su juicio, este representa una “piedra angular” de la protección internacional de los refugiados y le ha dado un alcance más amplio a la luz de la Convención Americana (art. 22.8). Así, ha señalado que:

la prohibición de devolución por mandato convencional ofrece una protección complementaria para extranjeros que no son solicitantes de asilo o refugiados en casos en que su derecho a la vida o libertad se encuentre amenazado por los motivos enlistados. La protección del principio de no devolución establecido en la referida disposición (22.8) alcanza, en consecuencia, a toda persona extranjera y no sólo a una categoría específica dentro de los extranjeros, como sería los solicitantes de asilo y refugiados⁴⁵⁵.

Asimismo, la Corte ha entendido ampliamente qué implica “devolución”, señalando que esta comprende conductas tales como “la deportación, la expulsión o la extradición, pero también el rechazo en frontera, la no admisión, la interceptación en aguas internacionales y el traslado informal o ‘entrega’”⁴⁵⁶.

⁴⁵³ Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 79.

⁴⁵⁴ Este principio consiste en “la obligación a cargo del Estado de no devolver de ningún modo a una persona a un territorio en el cual sufra riesgo de persecución” (Corte IDH. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25, párr. 179). El primer desarrollo de la Corte en este tema fue: Corte IDH. Caso Wong Ho Wing Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297 donde la persona alega el riesgo de ser condenada a muerte y torturada en caso de ser extraditada a China.

⁴⁵⁵ Corte IDH. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25, párr. 186.

⁴⁵⁶ Corte IDH. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención

En el mismo sentido, el Comité contra la Tortura emitió una Observación General sobre el tema, atendido que un importante flujo de casos individuales ante dicho organismo decían relación con esta materia y ahí establece estándares básicos para prevenir la tortura vinculados con procesos de expulsión de personas sujetas a jurisdicción del Estado receptor⁴⁵⁷.

Por último, un aspecto central para una efectiva protección de los derechos de las personas solicitantes de refugio es la garantía del derecho a un debido proceso en la tramitación de sus solicitudes. De esta forma, la Corte ha establecido algunos estándares mínimos que se deben satisfacer por parte de los Estados: a) garantizarse los servicios de un intérprete competente, así como, en su caso, el acceso a asesoría y representación legal, para someter su solicitud ante las autoridades; b) la solicitud debe examinarse, con objetividad, en el marco del procedimiento establecido al efecto, por una autoridad competente claramente identificada, lo cual requiere la realización de una entrevista personal; c) las decisiones deben estar debidamente fundamentadas en forma expresa; d) el procedimiento debe respetar en todas sus etapas la protección de los datos del solicitante y de la solicitud y el principio de confidencialidad; e) si no se reconoce al solicitante la condición de refugiado, se le debe brindar la información sobre cómo recurrir y concedérsele un plazo razonable para ello, según el sistema vigente, a fin de que se reconsidere formalmente la decisión adoptada; y f) el recurso de revisión o apelación debe tener efectos suspensivos y debe permitirse al solicitante que permanezca en el país hasta que la autoridad competente adopte la decisión del caso, e inclusive mientras esté pendiente el medio de impugnación, a menos que se demuestre que la solicitud es manifiestamente infundada⁴⁵⁸. Finalmente, la Corte ha señalado que las decisiones deben poder ser recurridas si

Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25, párr. 190.

⁴⁵⁷ “Todos los Estados partes deben aplicar el principio de no devolución en todo territorio que esté bajo su jurisdicción o en toda zona sujeta a su control o autoridad, o a bordo de todo buque o aeronave de su pabellón, a todas las personas, incluidas las que soliciten o necesiten protección internacional, sin ningún tipo de discriminación e independientemente de la nacionalidad de la persona o de su condición de apatridia, si es el caso, y de su situación jurídica, administrativa o judicial, en circunstancias normales o en estado de emergencia [...]” (CAT. Observación General No. 4 (2017), CAT/C/GC/4, de 04 de septiembre de 2018, párr. 10).

⁴⁵⁸ Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 159.

no se reconoce al solicitante la condición de refugiado, concedérsele un plazo razonable para ello, a fin de que se reconsidere formalmente la decisión adoptada⁴⁵⁹ y si se recurre, el recurso de revisión o apelación “debe tener efectos suspensivos y debe permitirse al solicitante que permanezca en el país hasta que la autoridad competente adopte la decisión del caso, e inclusive mientras esté pendiente el medio de impugnación”⁴⁶⁰.

Además, la Corte Interamericana ha aclarado los alcances de la figura del “asilo” como una institución relacionada con el refugio, pero con alcances más amplios. En este sentido, la Corte ha desarrollado parámetros de protección en casos de asilo, reconociendo que estos también comprenden elementos diplomáticos más amplios que en las situaciones de refugio, lo que se traduce en posibilidades de protección más variadas que incluyen la protección de un Estado en territorio de un tercer Estado⁴⁶¹.

En definitiva, los organismos internacionales de protección de DDHH han ido ampliando y profundizando los estándares de protección de las personas que deben movilizarse internacionalmente en busca de protección frente a la amenaza seria de sus derechos humanos. En estos casos, el contexto fáctico en que se encuentran las personas objeto de la protección es fundamental, ya que atendida su condición de vulnerabilidad la protección de derechos debe ser más amplia y profunda.

3. DERECHO PENAL INTERNACIONAL

⁴⁵⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 258.

⁴⁶⁰ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 259.

⁴⁶¹ Corte IDH. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25, párrs. 105-107 y 163.

Ya se ha señalado previamente en este Curso 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 en la responsabilidad personal, esto último a través de la justicia penal internacional⁴⁶².

Un elemento que une al DIDH con el DPI es un cambio de paradigma en el Derecho Internacional Público, cual es, el rol de los individuos. En efecto, durante siglos la normativa internacional estuvo preocupada de regular a los Estados y los organismos internacionales, sin una regulación sobre los individuos. Por ello, el aporte del DIDH en tanto los individuos pasan a ser sujetos activos (pudiendo incluso llevar a Estados ante órganos jurisdiccionales internacionales) y también sujetos pasivos, a través del juzgamiento de responsabilidades personales producto de crímenes internacionales.

La base de la decisión de traslado de la jurisdicción desde lo nacional a lo internacional se funda en el objetivo común que presenta toda la protección internacional de derechos humanos: proteger al individuo frente al Estado. La eficacia de la protección de derechos humanos a través de la sanción penal internacional está dada por el reconocimiento de la necesidad de que los individuos respondan personalmente por los crímenes cometidos y que la posibilidad de justicia no se restrinja exclusivamente a la respuesta estatal⁴⁶³. En este sentido, la amenaza de la sanción penal es un medio para disuadir y, por tanto, prevenir la comisión de estos actos⁴⁶⁴. Por otra parte la aplicación de una sanción penal, una vez ocurrida la acción criminal, busca un

⁴⁶² 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). Solo para efectos de simplificar el acercamiento al tema me centraré en aquellas materias más cercanas a los derechos humanos stricto sensu.

⁴⁶³ Estoy en deuda con la profesora Cecilia Medina quien hace ya muchos años me iluminó respecto a esta visión unitaria de ambos sistemas normativos.

⁴⁶⁴ Este es un punto relevante para 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 (Werle, 2005: 79-81).

objetivo de satisfacción de la víctima y de castigo al responsable⁴⁶⁵. Objetivos distintos, pero complementarios⁴⁶⁶.

Por tanto podemos entender el derecho penal internacional como una rama del derecho internacional que tipifica conductas especialmente graves para la comunidad internacional como crímenes de trascendencia para la humanidad en su conjunto y consagra mecanismos procedimentales para perseguir dichos ilícitos⁴⁶⁷.

Una aproximación contemporánea al tema de la justicia internacional surge en el periodo que vino tras la Primera Guerra Mundial⁴⁶⁸. 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, ya que iniciado el proceso de juzgamiento Alemania reconoció el derecho de las fuerzas aliadas de juzgar a los infractores de las leyes y costumbres de 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 sobreseídos o finalizaron con declaraciones de inocencia; los 13 condenados finalmente no cumplieron la condena impuesta.

Sin duda alguna, el paso fundamental en materia de justicia penal internacional se dio en los procesos seguidos al final de la Segunda Guerra Mundial. Los juicios de Núremberg y Tokio marcaron un hito en este tema, tanto por los esfuerzos de la comunidad internacional por no

⁴⁶⁵ 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, ver: Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, N°15, párr. 110.

⁴⁶⁶ Una mirada sobre la complementariedad de los dos sistemas en el marco del derecho internacional público se puede encontrar en Meron, 2006; Cancado, 2015.

⁴⁶⁷ Se puede profundizar en esta visión en Meron, 2006 y más recientemente en Heller et al., 2020.

⁴⁶⁸ Para una mirada histórica y su relación con el contexto político mundial ver D'Alessio, 2008: 1-13; Guevara, 2004: 691-735; Werle, 2005: 41-75.

dejar en la impunidad los crímenes cometidos por el régimen nazi y por Japón como por las críticas que surgieron a la forma en la que se desarrolló este esfuerzo. En el Tribunal Internacional Militar de Núremberg (1945), así como en el Tribunal Internacional Militar para el Lejano Oriente (Tokio, 1946) se persiguieron las responsabilidades individuales de individuos por crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad⁴⁶⁹.

Estos esfuerzos de justicia internacional dieron origen a un proceso 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 Núremberg (1946)⁴⁷⁰ y, posteriormente, se realizaron esfuerzos de codificación a través de la Comisión de Derecho Internacional⁴⁷¹. 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 para dar pasos decisivos en este proceso (Cassese, 2003).

No es casual, por tanto, que no sea sino hasta el término de la Guerra Fría (fines de la década de 1980) que se dieron nuevos pasos en el ámbito de la justicia internacional. Serían los crímenes que se produjeron en el contexto de la guerra en la exYugoslavia y los hechos de los que fue testigo la humanidad en Ruanda los que permitirían avanzar en este campo⁴⁷². El Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia (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 y crímenes contra la humanidad en conflicto armado, nacional o internacional, dirigido contra la población civil⁴⁷³. 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 y violaciones graves del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra⁴⁷⁴.

⁴⁶⁹ Una mirada integral sobre el tema y las críticas a las experiencias de justicia penal internacional puede encontrarse en Werle, 2005; Heller, 2020.

⁴⁷⁰ Resolución 95 (I) de la Asamblea General de 11 de diciembre de 1946. Disponible en [http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1852538/Resolucion 95 I 11 diciembre 1946.pdf/eaf39bbf-f376-44f3-a409-c15aa62e75c4](http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1852538/Resolucion+95+I+11+diciembre+1946.pdf/eaf39bbf-f376-44f3-a409-c15aa62e75c4)

⁴⁷¹ Se tradujo en un proyecto de «Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad» de 1954.

⁴⁷² Sobre este complejo proceso para establecer estos tribunales ad hoc ver Werle, 2005: 62-67.

⁴⁷³ Información sobre el tribunal en <https://www.icty.org/en>

⁴⁷⁴ Información completa sobre el tribunal en <https://unictr.irmct.org/>

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 Nüremberg 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 igual 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 nacional.

3.1. Corte Penal Internacional

Frente a las críticas surgidas en torno al desarrollo de la justicia penal internacional⁴⁷⁵, la creación de la Corte Penal Internacional implica un gran paso de la comunidad global para dar respuesta a estos cuestionamientos (Guevara, 2004; Werle, 2005). Las críticas versaban sobre aspectos esenciales de la justicia penal: necesidad de un tribunal establecido con anterioridad a los hechos, falta de tipificación previa y precisa de los ilícitos, y procedimientos detallados para el juzgamiento, entre otros. En este sentido, el artículo 1 del Estatuto de Roma⁴⁷⁶ puede ser leído como una respuesta a cada una de estas críticas:

⁴⁷⁵ Una interesante mirada crítica de lo que se llama «justicia de los vencedores» puede encontrarse en Zolo, 2007.

⁴⁷⁶ Aprobado en Roma el 17 de julio de 1998. Información completa en <https://www.icc-cpi.int/>

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). Así, puede darse la complementariedad por voluntad (debido proceso), complementariedad por imposibilidad (colapso sistema), cosa juzgada (excepción fraude y falta debido proceso) y falta de gravedad de los hechos (salida anticipada para no entrar en el fondo del proceso).

En este punto podemos decir con claridad que las críticas a la justicia penal internacional eran coherentes con los desarrollos del DIDH y, por tanto, el Estatuto de Roma es un intento serio de los Estados por dotar de legitimidad a la justicia penal internacional, teniendo como base los estándares de derechos humanos desarrollados internacionalmente durante las últimas décadas.

3.2. Crímenes internacionales

A partir de las primeras experiencias de la justicia internacional se ha trabajado sobre la base de un conjunto de ilícitos internacionales: genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y crímenes contra la paz (agresión). Esto es lo mismo que recoge el Estatuto de Roma (ER). Así, el marco general de la regulación de los ilícitos internacionales está contemplado en el artículo 5 del Estatuto:

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.

A continuación vamos a revisar las principales características de estos ilícitos internacionales y su relación con el DIDH.

- o **Genocidio (artículo 6 ER)**

El delito de genocidio ha marcado el debate sobre el Derecho Penal Internacional. No se encontraba definido al momento de los juzgamientos de Nuremberg y Tokio. La Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio (1948) fue el primer tratado internacional donde se le definió como crimen que “ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar” (art. 1). La primera condena internacional por genocidio fue el caso Akayesu (1998) por el Tribunal Ad-hoc de Ruanda⁴⁷⁷.

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

“Artículo 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;

⁴⁷⁷ Un resumen en español de la sentencia en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4936/6.pdf>
La sentencia completa se encuentra en <https://ucr.irmct.org/scasedocs/case/ICTR-96-04#eng>

- 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:

- El primer 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 (no necesariamente se debe concretar el objetivo)⁴⁷⁸.
- En segundo lugar, el grupo a ser exterminado debe ser un grupo nacional, étnico, racial o religioso⁴⁷⁹.

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 la discusión del Estatuto de Roma (1998) en ampliar el tipo a otra categoría de grupos afectados, como son los grupos políticos. Obviamente, las grandes potencias mundiales abrirían una puerta para investigar persecuciones

⁴⁷⁸ Elementos útiles para determinar dicha intención genocida: “(a) el contexto general en la perpetración de otros actos culpables y sistemáticos dirigidos en contra del mismo grupo, sea que estos actos hayan sido cometidos por el mismo perpetrador u otros; (b) la escala de las atrocidades cometidas; (c) su naturaleza, en general; (d) su ejecución en una región o país; (e) el hecho de que las víctimas fueran deliberada y sistemáticamente seleccionadas con base en su pertenencia a un grupo específico; (f) la exclusión, a este respecto, de miembros de otros grupos; (g) la doctrina política que dio origen a los actos referidos; (h) la repetición de actos destructivos y discriminatorios, y (i) la perpetración de actos que violenten la fundamentación misma del grupo, o que sean considerados como tal por el perpetrador”. TPIR, El Fiscal vs. Athanase Seromba, Caso No. ICTR-2001-66-I, Sala de Primera Instancia, Sentencia de 13 de diciembre de 2006, párr. 320 [Traducción no oficial disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/27097.pdf>].

⁴⁷⁹ Existe una discusión permanente en el derecho penal internacional sobre la inclusión de motivos políticos para configurar el crimen de genocidio. De hecho, en el proyecto de Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio (1948) se consideraban las motivaciones políticas, pero en el texto final, fueron excluidas.

ocurridas con motivaciones políticas en distintas partes del orbe, lo cual ha sido siempre un obstáculo de realismo político para ampliar la definición de genocidio.

- El acto es de exterminio físico o biológico (se excluye lo cultural). Nuevamente, esta es una definición política para mantener fuera del alcance de la justicia penal internacional crímenes como los cometidos contra pueblos indígenas, minorías étnicas, religiosas, entre otras.

Por cierto, el vínculo de este ilícito con el DIDH es evidente, no solo por razones históricas (lo que hoy conocemos como DIDH se comienza a desarrollar a partir de la experiencia del genocidio llevado adelante por el nazismo en Europa en la primera mitad del siglo XX). Además, es claro que los elementos que configuran este gravísimo ilícito internacional tienen como base formas de afectación agravada de los derechos humanos.

- **Crímenes de guerra (artículo 8 ER)**

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 y que se encuentra regulado por el Derecho Internacional Humanitario.
- 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 masividad 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 (Gutiérrez, 2001) 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 cometen bajo este contexto.
- 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.

Un análisis de los actos que configuran los crímenes de guerra excede a este Curso, pero sí es interesante ver cómo una serie de actos que son violaciones de derechos humanos, cuando ocurren bajo las condiciones que fija el art. 8 del ER pasan a configurar crímenes de guerra. A modo de ejemplo, podemos señalar: homicidio art. 8.2.a.i, tortura art. 8.2.a.ii y iii, debido proceso art. 8.2.a.vi.

Llamamos especialmente la atención de que el art. 8 ER recoge como crímenes de guerra las infracciones graves al art. 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 (art. 8.2.c) que como hemos visto constituyen el principal punto de contacto entre la protección del DIH y las normas del DIDH.

○ **Crímenes de agresión (artículo 5.2)**

La definición del crimen de agresión dice relación con el *ius ad bellum*, esto es, el derecho a hacer la guerra y se encuentra regulado por el Derecho Internacional Público. Sobre el crimen de agresión, el Estatuto señala:

Artículo 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 la 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.

En la Conferencia de Kampala (2010)⁴⁸⁰ se acordó, finalmente, una definición del ilícito de agresión y se fijaron las condiciones de su procedencia. En lo que nos interesa, el nuevo artículo 8bis señala:

Artículo 8 *bis* Crimen de agresión

1. A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un “crimen de agresión” cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.

2. A los efectos del párrafo 1, por “acto de agresión” se entenderá el uso de la fuerza armada 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 las Naciones Unidas. De conformidad con la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión:

- a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aún temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él;
- b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado;
- c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;
- d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea;
- e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en

⁴⁸⁰ Una completa selección de los documentos relevantes en: <https://asp.icc-cpi.int/reviewconference>

el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;

f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;

g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos.

○ **Crímenes de lesa humanidad (artículo 7)**

En el caso de los crímenes de lesa humanidad es donde se expresan con mayor claridad los vínculos entre el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así, sobre el impacto de los crímenes contra la humanidad en el contexto de los objetivos que tiene el derecho penal internacional se puede leer lo siguiente en la sentencia del caso Erdemovic en el Tribunal Penal para la exYugoslavia:

serios actos de violencia que dañan a los seres humanos golpeando lo más esencial para ellos: su vida, libertad, bienestar físico, salud y su dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad va más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo. Pero los crímenes de lesa humanidad también trascienden al individuo, porque cuando el individuo es agredido, se ataca y se niega a la humanidad toda. Por eso es lo que caracteriza esencialmente el crimen de lesa humanidad es el concepto de la humanidad como víctima⁴⁸¹.

Los crímenes de lesa humanidad han sido definidos por el Estatuto de la Corte Penal Internacional de la siguiente forma (art. 7 del Estatuto):

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:

a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas

⁴⁸¹ La cita del caso Fiscal vs. Erdemovic, 29 de noviembre de 1996, punto 28, se puede encontrar en español en D'Alessio, 2008: 13.

fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

2. A los efectos del párrafo 1:

a) Por «ataque contra una población civil» se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política; b) El «exterminio» comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población; c) Por «esclavitud» se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños; d) Por «deportación o traslado forzoso de población» se entenderá el desplazamiento de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional; e) Por «tortura» se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas; f) Por «embarazo forzado» se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo; g) Por «persecución» se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad; h) Por «el crimen de apartheid» se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen; i) Por «desaparición forzada de personas» se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar

información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

3. A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término «género» se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término «género» no tendrá más acepción que la que antecede.

El tipo penal consagrado en el artículo 7 consagra los siguientes elementos como los constitutivos del crimen de lesa humanidad:

a) El ataque debe estar dirigido contra una población civil, lo cual es definido por el artículo 7.2 como una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil; b) la característica que debe tener el ataque es disyuntiva, esto es, puede ser «generalizado», esto es, regido por un criterio cuantitativo o «sistemático» donde el patrón de conducta es el central; c) además, debe concurrir un elemento subjetivo, dado por el «conocimiento del ataque»; y, d) finalmente, el acto con los requisitos señalados debe ser «cometido en el marco de una política de estado o de una organización»⁴⁸².

En consecuencia, solo en la medida que concurren todos estos elementos de contexto estaremos ante un crimen de lesa humanidad y, en consecuencia, debemos tener claro que no basta que se cometan los actos ilícitos contemplados en el catálogo si estos no van acompañados de los otros elementos que contempla el Estatuto⁴⁸³.

Revisemos algunos elementos sobre el tipo penal de crimen de lesa humanidad :

- Lo primero es que se exige que los actos sean parte de un ataque contra la población civil, el que puede llevar a cabo el Estado u otros grupos (organización)⁴⁸⁴. El ataque no

⁴⁸² Para profundizar en esta materia recomiendo la página de la Corte Penal Internacional que tiene un curso modelo sobre derecho internacional penal y Corte Penal Internacional. Ver parte 3: «El crimen internacional», que tiene una completa bibliografía a revisar en español en <https://www.icc-cpi.int/get-involved/Pages/dip-item.aspx?section=ICL-part1-s9>

⁴⁸³ Un buen resumen de cómo fue evolucionando el tema en el ámbito internacional puede verse en Gutiérrez, 2001; Cassese, 2003; Servín, 2013; Ambos, 2013.

⁴⁸⁴ Sobre el ataque, el propio Estatuto aclara que «Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política»

es un acto de guerra, sino una «línea de conducta» que “en circunstancias excepcionales, podría ejecutarse por medio de una omisión deliberada de actuar y que apuntase conscientemente a alentar un ataque de ese tipo”, aunque “la existencia de una política de ese tipo no se puede deducir exclusivamente de la falta de acción del gobierno o la organización”⁴⁸⁵.

- Asimismo, el Estatuto de Roma resuelve una discusión antigua en la materia y remueve el nexo de los crímenes de lesa humanidad con los conflictos armados (internacionales o nacionales); de esta forma, el artículo 7 del Estatuto es una norma plenamente aplicable a casos donde no hay un conflicto armado, pero sí una política de violaciones de derechos humanos⁴⁸⁶.
- Sobre el requerimiento de gravedad disyuntivo, el artículo 7 es claro en que los actos pueden ser definidos como graves dependiendo de su extensión (generalidad) o su naturaleza (sistematicidad), lo que despeja dudas acerca de si ambos elementos deberían concurrir copulativamente; como es obvio, esta es una cuestión central en

(Artículo 7.2.a). De esta forma, no es requisito que sea un plan previamente formulado, sino que dice relación con una cuestión fáctica que se desprende de la forma de actuación en contra de toda o parte de la población o un grupo específico dentro de esta. En este sentido, Christopher Servín señala que «el ataque ha sido definido por la jurisprudencia como la comisión múltiple de actos que cumplen con los requisitos de los actos inhumanos enumerados en el artículo 5o. del Estatuto del TPIY y en el 3o. del Estatuto del TPIR y que no necesariamente se limitan a los actos violentos, sino que incluyen los no-violentos como la imposición de un sistema de apartheid; a través de esta concepción de “ataque” se descartan los actos aislados y fortuitos» (Servín, 2014: 238-239).

⁴⁸⁵ Ver el informe de la comisión preparatoria de la Corte Penal Internacional: La Corte Penal Internacional, los Elementos de los Crímenes, ONU, Doc. PCNICC/2000/1/Add.2 (2000). Disponible en <http://hrlibrary.umn.edu/instreet/S-iccelementsofcrime.html>

⁴⁸⁶ Para que exista una política no debe existir necesariamente un completo plan previo, sino que esta puede determinarse cuando concurren ciertos elementos, como acciones repetidas que ocurren de acuerdo con una misma secuencia o la existencia de preparativos o movilización colectiva orquestada y coordinada por ese Estado u organización. Al efecto, la Corte Penal Internacional en el caso Katanga señaló: «As regards proof of the existence of such a policy, it is important to underline that it is relatively rare, although cannot be wholly excluded, that a State or organisation seeking to encourage an attack against a civilian population might adopt and disseminate a pre-established design or plan to that effect. In most cases, the existence of such a State or organisational policy can therefore be inferred by discernment of inter alia, repeated actions occurring according to a same sequence, or the existence of preparations or collective mobilisation orchestrated and coordinated by that State or organisation». Corte Penal Internacional. Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of The Prosecutor vs Germain Katanga, ICC-01/04-01/07 de 7 marzo 2014, párr. 1109.

situaciones como la vivida en Chile (2019/2020), donde el gobierno ha apostado comunicacionalmente a convencer de que las violaciones de derechos humanos en Chile no son sistemáticas, cuestión que a efectos de la posible responsabilidad penal de las autoridades es completamente irrelevante, ya que basta con que los actos sean generalizados (masividad en las violaciones graves de derechos)⁴⁸⁷.

- Asimismo, el tipo penal del artículo 7 aporta novedades sobre los actos que pueden constituir un crimen de lesa humanidad, donde se recogen algunos hechos propios de la discusión sobre DIDH: asesinatos, una visión amplia de actos contra la integridad personal más allá de la tortura y que incluye las ofensas sexuales como actos que

⁴⁸⁷ Para una buena selección de casos que dan cuenta de cómo los tribunales internacionales han entendido estos elementos ver <https://www.casematrixnetwork.org/cmn-knowledge-hub/elements-digest/art-7/common-elements/1/#1-2-4>

El carácter generalizado de los actos dice relación con un elemento cuantitativo, la cantidad de personas afectadas por el ataque; si bien no hay un «número mínimo», sí se atiende a indicadores como la afectación a gran escala (espacio territorial, temporal) y la cantidad de afectados, aunque no sea necesario un gran número, sino que un ataque debe estar dirigido contra población y no individuos aislados (Servín, 2014).

El ataque sistemático, por su parte, dice relación con un ataque organizado, no espontáneo o aislado. Lo importante a considerar es que el carácter generalizado o sistemático no debe ser confundido con una «planificación», pues esta puede existir, pero no es un elemento distintivo. Una clásica cita del Tribunal para Yugoslavia es clarificadora al respecto: «Al respecto el TPIY sostuvo que “El carácter sistemático refiere a cuatro elementos que... pueden ser expresados como: [1] la existencia de una política objetiva, un plan conforme al cual el ataque es perpetrado o una ideología, en el sentido amplio de la palabra, que existe para destruir, perseguir o debilitar una comunidad; [2] la perpetración de una conducta criminal a gran escala contra un grupo de civiles o la repetida y continua comisión de actos inhumanos vinculados unos con otros; [3] la preparación y empleo de significativos recursos públicos o privados sean de carácter militar u otro; [4] la implicación de una política de alto nivel y/o autoridades militares en la definición y el establecimiento del plan metódico...”. Véase International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Trial Chamber I, The Prosecutor vs. Blasikc, Case N°IT-95-14-T, Judgment of March 3, 2000, pfo. 203; Cassese, Antonio et al., The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary, Nueva York, Oxford University Press, vol. 1, 2002, pp. 457-459» (citado en Servín, 2014: 240).

En ese sentido, una sentencia del tribunal para la exYugoslavia aclara el punto sobre la «política» en relación con los elementos generalizados y sistemáticos para evitar su confusión: «Widespread or systematic. “Widespread” refers to the large-scale nature of the attack and the number of targeted persons. “Systematic” refers to the “organized nature of the acts of violence”. The existence of a plan or policy can be indicative of the systematic character of the attack but it is not a distinct legal element” (ICTY, Prosecutor vs. Gotovina et al., «Trial Judgment», IT-06-90-T, 15 de abril de 2011, parr. 1703. Las cursivas son nuestras).

pueden constituir crímenes de lesa humanidad; las detenciones masivas y arbitrarias, las mutilaciones, entre otros.

Finalmente hay dos normas relevantes de apertura del sistema. Por una parte, la letra h) sanciona la

persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte.

Esto puede ser muy relevante para contextos de crisis políticas, ya que las violaciones de derechos humanos que puedan ser consideradas como una forma de persecución por razones políticas pueden comprometer la responsabilidad penal de las autoridades⁴⁸⁸.

Por otra parte, la letra k) que tipifica “otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”, si bien puede ser un problema a la luz de la necesaria estrictez de los tipos penales, abre la puerta a la discusión, por ejemplo, sobre el uso de armas químicas como

⁴⁸⁸ Hay un caso relevante asociado a hechos ocurridos en Burundi que es necesario tener presente. La Corte Penal Internacional ha señalado: «Persecutory acts can take many forms. Not every infringement of human rights is relevant but only a “severe deprivation” of a person’s “fundamental rights contrary to international law” (emphasis added). This may include a variety of rights, whether derogable or not, such as the right to life, the right not to be subjected to torture or cruel, inhuman or degrading treatment, freedom of expression, freedom of assembly and association, and the right to private property». Y prosigue la Corte: «According to article 7(1)(h) of the Statute, the persecutory conduct must be directed “against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender as defined in [Article 7(3) of the Statute], or other grounds that are universally recognized as impermissible under international law“. The collectivity or group must be identifiable by any of the characteristics mentioned in article 7(2)(g) of the Statute, as defined by the perpetrator. Of import to this judgment are “political” grounds that do not pertain only to the victim’s membership of a political party or adherence to a particular ideology but also to differences of opinion over public affairs, or (actual or presumed) political affiliations». Corte Penal Internacional, Pre-trial Chamber III, N°icc-01/17-X, de 25 de octubre de 2017, párrs. 132 y 133.

son el uso desproporcionado e indiscriminado de gas pimienta y el uso de agua del carro lanzaguas con elementos químicos irritantes entre otras prácticas represivas⁴⁸⁹.

Por su parte, el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional relativa al crimen de lesa humanidad es interesante porque mantiene en lo sustantivo la definición del Estatuto de Roma, pero sí desarrolla con detalle las obligaciones de los Estados en esta materia. La Comisión destaca la prohibición de que los Estados incurran estas prácticas, pero también el deber de prevenir y castigar estos crímenes. Los desarrollos especiales se dan en temas como la obligación de no devolución de una persona que pueda sufrir estos crímenes, la criminalización en el derecho interno, deber de investigar o extraditar para evitar la impunidad, extradición y asistencia judicial recíproca⁴⁹⁰. Es destacable el comentario que formula la Comisión sobre la falta de una Convención Internacional relativa a esta temática y lo hace sobre la base de una visión complementaria entre los sistemas de protección internacional de derechos humanos⁴⁹¹.

En resumen, es clara la íntima relación entre el DIDH y la forma en que el Estatuto de Roma regula los crímenes de lesa humanidad y las normas de competencia.

- **Autoría (artículos 25 y 28 ER)**

En cuanto a la autoría, dos son las normas relevantes. Por una parte, el art. 25, que consagra formas de autoría tales como:

- a) cometer ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea este o no penalmente responsable;
- b) ordenar, proponer o inducir la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;

⁴⁸⁹ En este sentido me parece muy clarificadora la visión de Juan Pablo Pérez-León en un artículo donde sostiene que los graves crímenes de derechos humanos están en la base de los crímenes de lesa humanidad, estableciendo un vínculo directo entre estos dos sistemas normativos. Ver Pérez-León, 2017: 145-186.

⁴⁹⁰ Comisión de Derecho Internacional. *Draft articles on Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity*, 2019.

⁴⁹¹ “[U]na convención universal sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad podría ser un instrumento complementario importante en el marco actual del derecho internacional y, en particular, en la esfera del derecho internacional humanitario, el derecho penal internacional y el derecho internacional de los derechos humanos” (Comisión de Derecho Internacional. *Draft articles on prevention and punishment of crimes against humanity with commentaries*, p. 22, 2019).

c) con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen ser cómplice o encubridor o colaborar de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;

d) contribuir de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará: i) con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte o ii) a sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen.

Asimismo, el artículo 28 consagra responsabilidad individual de los jefes y otros superiores y lo hace en términos muy amplios:

a) el jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando: i) hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y ii) no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados cuando: i) hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; ii) los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y iii) no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

Obviamente, las hipótesis del artículo 25 son de difícil prueba, pero las posibilidades de autoría que abre el artículo 28 son más factibles de acreditar porque dicen relación con hechos más evidentes: la omisión de las actuaciones que caben dentro de las funciones propias de las autoridades políticas, militares y policiales.

- **Proceso y reparaciones (artículos 51ss y 75 ER)**

El procedimiento ante la CPI está detalladamente regulado en el Estatuto de Roma y es claro cómo se adoptaron una serie de medidas para que los procesos ante dicho tribunal cumpla con estándares mínimos en materia de derechos humanos. Esto se refleja en las normas sobre privación de libertad (arts. 58-59), en las garantías del proceso (arts. 66 y ss), principalmente el reconocimiento del principio de inocencia (art. 66), derechos del acusado (art. 67), derechos de las víctimas (art. 68). Incluso en cuanto a las penas, estas buscan establecer condiciones mínimas de legitimidad (arts. 77 al 80) y se consideran condiciones para la reducción de las penas (art. 110) donde se fijan criterios mínimos que están acordes a los estándares del DIDH⁴⁹².

En cuanto a la reparación de las víctimas, este es un tema innovador en el Estatuto de Roma, ya que pone la reparación de las víctimas como un elemento relevante en el proceso (Galván, 2019). Así, se regulan los alcances de la reparación a las víctimas en el art. 75, que en su numeral 1 dispone:

La Corte establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes. Sobre esta base, la Corte, previa solicitud o de oficio en circunstancias excepcionales, podrá determinar en su decisión el alcance y la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las víctimas o a sus causahabientes, indicando los principios en que se funda.

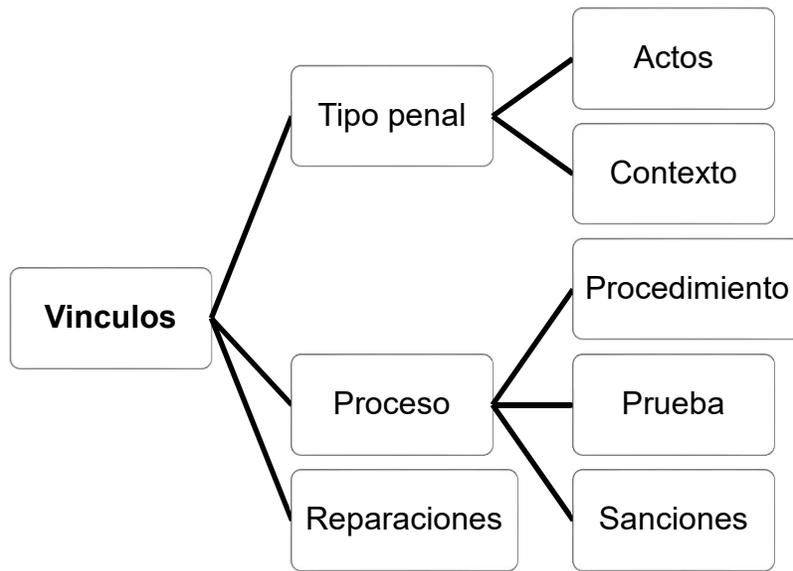
Al respecto, la Corte ha hecho especiales esfuerzos para garantizar la participación de las víctimas⁴⁹³ y ha generado recursos efectivos para viabilizar dicha participación⁴⁹⁴.

En definitiva, el Estatuto no solo avanza en materias propias del derecho penal y procesal penal internacional, sino que en garantías para víctimas y victimarios conforme a estándares internacionales.

⁴⁹² El artículo 110 en su numeral 2 dispone: [la pena se podrá revisar cuando se cumpla 2/3 parte de la pena o 25 años en caso de cadena perpetua] “la Corte podrá reducir la pena si considera que concurren uno o más de los siguientes factores: a) Si el recluso ha manifestado desde el principio y de manera continua su voluntad de cooperar con la Corte en sus investigaciones y enjuiciamientos; b) Si el recluso ha facilitado de manera espontánea la ejecución de las decisiones y órdenes de la Corte en otros casos, en particular ayudando a ésta en la localización de los bienes sobre los que recaigan las multas, las órdenes de decomiso o de reparación que puedan usarse en beneficio de las víctimas; o c) Otros factores indicados en las Reglas de Procedimiento y Prueba que permitan determinar un cambio en las circunstancias suficientemente claro e importante como para justificar la reducción de la pena”.

⁴⁹³ Ver: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/VictimsENG.pdf>

⁴⁹⁴ Ver: <https://www.icc-cpi.int/about/victims>



Jurisprudencia

96. La Corte, además, reconoce que la Estatuto de Nuremberg jugó un papel significativo en el establecimiento de los elementos que caracterizan a un crimen como de lesa humanidad. Este Estatuto proporcionó la primera articulación de los elementos de dicha ofensa, que se mantuvieron básicamente en su concepción inicial a la fecha de muerte del señor Almonacid Arellano, con la excepción de que los crímenes contra la humanidad pueden ser cometidos en tiempos de paz como en tiempos de guerra. En base a ello, la Corte reconoce que los crímenes contra la humanidad incluyen la comisión de actos inhumanos, como el asesinato, cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Basta que un solo acto ilícito como los antes mencionados sea cometido dentro del contexto descrito, para que se produzca un crimen de lesa humanidad. En este sentido se pronunció el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso *Prosecutor v. Dusko Tadic*, al considerar que “un solo acto cometido por un perpetrador en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil trae consigo responsabilidad penal individual, y el perpetrador no necesita cometer numerosas ofensas para ser considerado responsable”. Todos estos elementos ya estaban definidos jurídicamente cuando el señor Almonacid Arellano fue ejecutado.

99. Basándose en los párrafos anteriores, la Corte encuentra que hay amplia evidencia para concluir que en 1973, año de la muerte del señor Almonacid Arellano, la comisión de crímenes de lesa humanidad, incluido el asesinato ejecutado en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra sectores de la población civil, era violatoria de una norma imperativa del derecho internacional. Dicha prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de *ius cogens*, y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general.

103. Como se desprende del capítulo de Hechos Probados [...], desde el 11 de septiembre de 1973 hasta el 10 de marzo de 1990 gobernó en Chile un dictadura militar que dentro de una política de Estado encaminada a causar miedo, atacó masiva y sistemáticamente a sectores de la población civil considerados como opositores al régimen, mediante una serie de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional, entre las que se cuentan al menos 3.197 víctimas de ejecuciones sumarias y desapariciones forzadas, y 33.221 detenidos, de quienes una inmensa mayoría fue víctima de tortura [...]. De igual forma, la Corte tuvo por probado que la época más violenta de todo este período represivo correspondió a los primeros meses del gobierno de facto. Cerca del 57% de todas las muertes y desapariciones, y el 61% de las detenciones ocurrieron en los primeros meses de la dictadura. La ejecución del señor Almonacid Arellano precisamente se produjo en esa época.

Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

3.3. Las cuestiones de acceso a la justicia internacional y complementariedad

Para que opere la Corte Penal Internacional no basta con que se cometan los ilícitos que contempla el Estatuto, sino que se deben cumplir una serie de requisitos procesales para que finalmente la Corte conozca de un caso. Estos requisitos son de tal complejidad política y no jurídica que solo muy excepcionales casos llegan a la justicia internacional. Tan efectivo ha sido este sistema de control político de acceso a la Corte que luego de veinte años de funcionamiento este tribunal internacional solo ha conocido un pequeño grupo de casos muy concentrados en África (Burundi, República Centroafricana (2), Costa de Marfil, Darfur (Sudán), Georgia, Kenia, Libia, Malí, República Democrática del Congo, Uganda). No hay duda de que en estos casos el «victimario ideal» en palabras de Sofía Stolk era más simple de construir⁴⁹⁵.

El primer elemento que debemos considerar es que la Corte solo puede conocer de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto de la Corte (art. 11 del Estatuto), salvo que el Estado declare su conformidad con ampliar dicho límite temporal (art. 12, numeral 3).

En segundo lugar, la forma en que se puede iniciar un caso es limitada; aquí no existe legitimación activa (acceso a la Corte) amplia donde las personas puedan presentar una «querrela» como existe en el ámbito interno. Es el artículo 13 del Estatuto el encargado de fijar las formas de ejercicio de la competencia en los siguientes términos.

La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto si:

- a) Un Estado parte remite al fiscal, de conformidad con el artículo 14, una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes;
- b) El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el capítulo vii de la Carta de las Naciones Unidas, remite al fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; o
- c) El fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de ese tipo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.

Por ello, la figura del fiscal es fundamental, ya que en la práctica este es el canal para buscar que una situación llegue a conocimiento de la Corte. Efectivamente, el artículo 15 del Estatuto dispone que el fiscal podrá iniciar de oficio una investigación sobre la base de información

⁴⁹⁵ La tesis de Stolk es que para la justicia internacional es importante construir una imagen de «victimario ideal» que justifique el imaginario tras la idea de la justicia penal internacional. Este victimario se caracteriza por ser un «humano inhumano» respecto del cual es más simple movilizar el IUS PUNIENDI internacional (Stolk, 2018: 677-701).

acerca de un crimen de la competencia de la Corte, pero no es obligatorio iniciar la investigación, esta siempre es una decisión política. A partir de la información que reciba el fiscal debe analizar su veracidad y puede solicitar mayores antecedentes; si llega a la conclusión de que existe «fundamento suficiente» para abrir una investigación presentará a la Sala de Cuestiones Preliminares una petición de autorización para ello junto con la documentación justificativa que haya reunido; en este caso, las víctimas podrán presentar observaciones a la Sala de Cuestiones Preliminares. Si tras examinar la petición y la documentación que la justifique la Sala de Cuestiones Preliminares considerase que hay fundamento suficiente para abrir una investigación y que el asunto parece corresponder a la competencia de la Corte, recién ahí se autorizará el inicio de la investigación, sin perjuicio de las resoluciones que pueda adoptar posteriormente la Corte con respecto a su competencia y la admisibilidad de la causa. En todo caso, la negativa de la Sala de Cuestiones Preliminares a autorizar la investigación no impedirá que el fiscal presente ulteriormente otra petición basada en nuevos hechos o pruebas relacionados con la misma situación. Hay que tener presente que si después del examen preliminar el Fiscal llega a la conclusión de que la información presentada no constituye fundamento suficiente para una investigación informará de ello a quienes la hubieren presentado, lo que no impide que el Fiscal examine a la luz de hechos o pruebas nuevos otra información que reciba en relación con la misma situación.

Para entender los alcances y posibilidades reales de la justicia penal es fundamental tener presente que el sistema penal internacional se basa en el principio de complementariedad⁴⁹⁶, el que se recoge en el art. 17, numeral 1 del Estatuto. Dicha norma establece que la Corte puede disponer la «inadmisibilidad de un asunto» cuando:

- a) el asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él, salvo que dicho Estado no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;
- b) el asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y haya decidido no iniciar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión del Estado haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;
- c) la persona de que se trate ya haya sido enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, a menos que el proceso en el otro tribunal a) obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la

⁴⁹⁶ Para un interesante análisis crítico sobre este principio y el acercamiento al mismo por parte de la Corte en sus primeros años ver Fuentes, 2011.

Corte o b) no hubiese sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o se hubiese hecho de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuera incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia (art. 20, numeral 3).

Asimismo, se declarará inadmisibile si el asunto no es de la «gravedad suficiente» para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.

Para tomar esta decisión, conforme lo dispone el art. 17, numeral 2 del Estatuto de Roma, la CPI tendrá presente los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidas por el DIDH si se dan una o varias de las siguientes circunstancias:

a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5;

b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia;

c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

3. A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.

En definitiva, para que una situación llegue al conocimiento de la CPI, lo central desde un punto de vista jurídico, es que las investigaciones internas no cumplan con los estándares internacionales en materia de derechos humanos. Esto no significa necesariamente que se abra la vía internacional si no hay condenas; es más complejo el sistema. Así, para habilitar la vía internacional tendríamos que estar abiertamente ante una situación de impunidad frente a violaciones graves al debido proceso o una desproporción en las penas que deslegitimen el proceso. Estas son consideraciones jurídicas, pero principalmente políticas que realizan los órganos internacionales.

Del mismo modo, otra forma de que un caso llegue a la justicia internacional es mediante la actuación de la jurisdicción nacional a través de la figura de la jurisdicción universal⁴⁹⁷. Para que opere esta forma de justicia internacional también es necesario que se hayan agotado las investigaciones internas y estas no hayan permitido una investigación seria y una sanción efectiva por graves crímenes de lesa humanidad. Las actuaciones judiciales vía jurisdicción internacional no tienen un estatuto desarrollado internacionalmente y son una decisión de las jurisdicciones nacionales. Se basan en la misma idea de la Corte Penal Internacional, esto es, graves crímenes que ofenden a la humanidad en su conjunto y que no han sido juzgados a nivel local. Por supuesto, son formas de justicia con un alto componente político que hace difícil tener una visión clara sobre su viabilidad⁴⁹⁸.

⁴⁹⁷ Sobre la jurisdicción universal y el principio de complementariedad ver Philippe, 2006.

⁴⁹⁸ La experiencia más relevante a nivel internacional es el caso Pinochet y su detención en Londres en 1998 en el marco de una investigación llevada adelante en España. Más recientemente está el caso en Argentina sobre los crímenes del franquismo en España. Sobre la evolución y estado actual de las experiencias de jurisdicción universal ver Langer y Eason, 2019.

Casos de Estudio

Caso Dusko Tadic⁴⁹⁹

El 30 de abril de 1992, la ciudad de "Prijedor", ubicada en Bosnia-Herzegovina, fue tomada por el Partido Demócrata Serbio con el apoyo de las fuerzas militares y de policía.

Una vez que el pueblo fue capturado, los serbo bosnios realizaron ataques hasta desterrar toda la población no serbia (principalmente musulmanes).

Durante estas incursiones, numerosos civiles fueron asesinados y robadas todas sus pertenencias por las fuerzas militares y paramilitares serbias y sus habitantes fueron llevados a los campos de Omarsaka, Keraterm y Trnopolje, donde recibieron continuos sufrimientos.

De los 50.000 musulmanes que vivían en Prijedor, 43.000 fueron asesinados o debieron huir por los crímenes cometidos en su contra por las fuerzas serbo bosnias.

Dusko Tadic, miembro de bajo nivel de la milicia serbo bosnia, participó en la destrucción de casas, negocios y otras propiedades no serbias. Además participó en la tortura y violación de decenas de musulmanas, confeccionó listas negras de intelectuales musulmanes y asesinó, a golpes, a balazos o a base de torturas a más de 30 detenidos. Entre ellas, forzó a presos a beber aceite para coches y obligó a un musulmán a arrancar los testículos de otro, que falleció.

PREGUNTAS

- *¿Qué crimen(es) internacional(es) habría cometido el Sr. Tadic?*
- *¿Cómo se manifiesta el elemento subjetivo del crimen de Genocidio tipificado en el estatuto de Roma?, ¿Cuál es el "grupo" que ha sido víctima de éste crimen?*
- *¿Es relevante que estos delitos hayan sido perpetrados en el contexto de un ataque sistemático o generalizado?*

⁴⁹⁹ Caso Completo en: International Criminal Court (en línea)

<http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Legal+Texts+and+Tools/Legal+Tools/Access+to+the+tools/>. (Consulta: 07 enero 2010)

BIBLIOGRAFÍA GENERAL DIDH

- V. Abramovich y C. Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid-España, 2004
- V. Abramovich, "Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo", en *Revista de la CEPAL*, N° 88, abril 2006
- B. Ackerman, *We the People: Foundations*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, Vol. I, 1991
- ACNUR. Informe Global de Acnur 2020
- P. Acosta, *El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana*. Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo, 2007
- R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid-España, 2002
- Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, 2002b
- P. Alston y R. Goodman. *International Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2013
- K. Ambos, *Derecho y Proceso penal internacional. Ensayos críticos*, Distribuciones Fontamara, S.A., México, D.F., 2008
- Crímenes de lesa humanidad y Corte Penal Internacional, en *Cuadernos de Derecho Penal*, 9, 95-140, 2013.
- K. Annan Annan. "Prólogo", en *Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción*. Nueva York, USA, Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2009
- M. Añón. "Grupos sociales vulnerables y derechos humanos. Una perspectiva desde el derecho antidiscriminatorio", en *Historia de los derechos fundamentales. Siglo XX*. Tomo IV, vol. V, libro II, coordinado por Alberto Iglesias Garzón. Madrid: Dykinson, 2013.
- J. Barquin. *Los delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes*, EDERSA, Madrid, 1992
- M., Bellomo, *La europa del derecho común*. Galileo Galilei, Roma 1996
- P. Bergallo. B "Justicia y experimentalismo: la función remedial del Poder Judicial en el litigio público en Argentina", en *Seminario SELA* (Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional y Política), 2005

C. Bernal, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003

T. Buergenthal, C. Grossman & P. Nikken, *Manual Internacional de Derechos Humanos*. Editorial Jurídica de Venezuela, 1991

----- *Derechos Humanos Internacionales*, México, editorial Gernika, 1998

A.A. Cançado, "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

----- The Construction of a Humanized International Law, Leiden, Brill Nijhoff, 2015

M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid-España, 2003

J. Casal. *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones. Constitucionalismo Comparado y Jurisprudencia Interamericana*, Bogotá, Editorial Temis – Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer, 2020

A. Cassese. *International Criminal Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2003

K. Castilla. "El principio pro persona en la administración de justicia", en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 20, 2009

A. Cebada. "Los conceptos de obligaciones erga omnes, ius cogens y violación grave, a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los estados por hechos ilícitos", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2002), visitado en <http://www.reei.org/reei4/reei.4.htm>, (04/12/2008)

C. Cerna, "The Inter-American Commission on Human Rights: Its Organization and Examination of Petitions and Communications", en D. Harris y S. Livingstone (editores), *The Inter-American System of Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1998

E. Chiang. "Reviving the Declaratory Judgment: A New Path to Structural Reform", en *Buffalo L. Rev.*, vol. 63, pp. 549-608, 2015

Comisión de Derecho Internacional (CDI). *Principios sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su 53° período de sesiones (A/56/10) y anexado por la AG en su Resolución 56/83 de 12 de diciembre de 2001.

C. Conrad y E. Hencken. *Contentious Compliance: Dissent and Repression under International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2019

J. Contesse. "Resisting the Inter-American Human Rights System", en *44 Yale Journal of International Law* 179, 2019

R. Cook y S. Cisack. *Estereotipos de género: perspectivas legales transnacionales*. Bogotá: Profamilia, 2010

C. Correa. "Artículo 63 (Reparaciones)", en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentarios*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2019

Corte Interamericana. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana No. 2. Personas en situación de migración y refugio* / Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Internacional (GIZ). -- San José, C.R. : Corte IDH, 2022

----- *Cuadernillo Jurisprudencia de la Corte Interamericana No.7, Control de Convencionalidad* / Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Internacional (GIZ). -- San José, C.R. : Corte IDH, 2021

----- *Cuadernillo de Jurisprudencia No. 8* / Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Internacional (GIZ). -- San José, C.R. : Corte IDH, 2022.

----- *Cuadernillo Jurisprudencia Corte Interamericana No. 10. Integridad personal* / Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Internacional (GIZ). -- San José, C.R. : Corte IDH, 2021

----- *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana No. 12. Debido Proceso* / Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Internacional (GIZ). -- San José, C.R. : Corte IDH, 2022

----- *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana No. 14, Igualdad y No Discriminación* / Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Internacional (GIZ). -- San José, C.R. : Corte IDH, 2021

----- *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana No. 16, Libertad de pensamiento y de expresión* / Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Internacional (GIZ). -- San José, C.R. : Corte IDH, 2021

----- *Cuadernillo de Jurisprudencia No. 17 : Interacción entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario* / Corte Interamericana de Derechos Humanos y Comité Internacional de la Cruz Roja – [ed. ampl.] -- San José, C.R. : Corte IDH, 2021

----- *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana No. 22. Derechos económicos, sociales y culturales* / Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Internacional (GIZ). -- San José, C.R. : Corte IDH, 2021

----- *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana No. 23. Corrupción y Derechos Humanos* / Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Internacional (GIZ). -- San José, C.R. : Corte IDH, 2021.

----- *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana. No. 25. Orden público y uso de la fuerza* / Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Internacional (GIZ). -- San José, C.R. : Corte IDH, 2021

----- *Cuadernillo de Jurisprudencia No. 26. Restricción y suspensión de derechos humanos / Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Internacional (GIZ).* -- San José, C.R. : Corte IDH, 2022

----- *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 33 : Excepciones Preliminares / Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Internacional (GIZ).* -- San José, C.R. : Corte IDH, 2021

J. Crawford. *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad del Estado. Introducción, texto y comentarios*, Madrid, Editorial Dykinson S. L., 2004

P. Cuenca. "La incidencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española". *Revista de Estudios Jurídicos*, No.12, pp. 1-24, 2012

A. D'Alessio. *Los delitos de Lesa Humanidad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008

P. de Greiff, "Reparations Efforts in International Perspective; What Compensation Contributes to the achievement of Imperfect Justice", en *Repairing the Unforgivable: Reparations and Reconstruction in South Africa*, Charles Villa-Vicencio and Erik Doxtader, eds., Cape Town, David Phillips, 2004

DeJusticia. Estudio de los estándares internacionales sobre la definición de graves violaciones a los derechos humanos aplicable en los Estados Unidos Mexicanos, 2015 Disponible en https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/02/fi_name_recurso_706.pdf

J. Donnelly. *Universal human rights in theory and practice*, Ithaca, Cornell University Press, 2003

A. Dulitzky, "Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano", en *Estudios Especializados de Derechos Humanos*, Tomo I, IIDH, San José Costa Rica

N. Espejo. "La Interpretación amplia de la no discriminación a la luz del Principio de Igualdad. Un enfoque Igualitarista del Interés Público", en *Foro contra la discriminación en el Programa de Acciones de Interés Público de la Universidad Diego Portales*, Santiago de Chile, 2000.

----- *Manual sobre la justiciabilidad de derechos sociales para jueces de Iberoamérica. Red Iberoamericana de Jueces*, Oxfam Chile, Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, Santiago, 2009.

H. Faúndez-Ledesma, "La protección de los derechos humanos en situaciones de emergencia", en T. Buergenthal (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, 2009

L. Favoreu, "Ponencia francesa", en *El Bloque de Constitucionalidad*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1991

----- *Droit Constitutionnel*, Dalloz, Paris Francia, 1998

L. Ferrajoli. "Sobre los Derechos Fundamentales", en M. Carbonell (ed.), *Teorías del Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid-España, 2007

----- "La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos". En: Ferrajoli, Moreso, Atienza. *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo. pp. 117-132.

----- "Derechos fundamentales", en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, A. de Cabo y G. Pisarello, (ed.), Trotta, Madrid-España, 2001.

----- "Pasado y futuro del Estado de derecho", en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, Madrid-España, 2003

E. Ferrer Mac-Gregor. *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el sistema interamericano de derechos humanos*, UNAM – CNDH, 2017

E. Ferrer Mac-Gregor y C. La obligación de «respetar» y «garantizar» los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en *Revista de Estudios Constitucionales*, 10(2), pp. 141-192, 2012

O. Fiss. "The Civil Rights Injunction", en *Addison Harris Lecture*. 7. Disponible en: <<https://www.repository.law.indiana.edu/harris/>> [consulta: 05 de julio de 2018], 1978

----- "The Forms of Justice". Faculty Scholarship Series. Paper 1220. Disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1220 [consulta: 05 de julio de 2018], 1979

----- Grupos y la cláusula de igual protección. En: GARGARELLA, R. (Comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2003

H. Fix-Zamudio, "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

X. Fuente. "El principio de complementariedad en la práctica de la Corte Penal Internacional", en *Estudios Internacionales*, 169, 119-140, 2011

S. Gadkar-Wilcox. "Revisiting equity jurisprudence in a comparative context: learning from India's interpretative framework", en *Wash. U. Global Stud. L. Rev.*, Vol.15, pp. 316-351, 2016

E.R. Galván. "La reparación de las víctimas en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional. Derechos", en *Acción*, 13(13), 345. <https://doi.org/10.24215/25251678e345>

A. García-Gallo, "El derecho común ante el nuevo mundo", en *Estudios de historia del derecho indiano*, Madrid, 1982

D. García-Sayán, "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, 2005

R. Gargarella. "El derecho frente a la protesta social", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, [S.l.], v. 58, n. 250, 183-199, junio, 2017

Geneve Academy. *What amounts to «a serious violation of international human rights law»? An analysis of practice and expert opinion for the purpose of the 2013 Arms Trade Treaty*. Academy Briefing N°6, 2014

M.A. Glendon. *Un Mundo Nuevo. Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 2011

F. González, "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

----- *El sistema interamericano de derechos humanos*. España, Tirant lo Blanch, 2013

R. Guastini. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 2008

H. Gutiérrez. La contribución de la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales a la evolución del ámbito material del derecho internacional humanitario - los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio - la responsabilidad penal individual. Disponible en <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdpf.htm>, 2001

J. Guevara, "La Corte Penal Internacional (Un acercamiento a su competencia y jurisdicción)", en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, C. Martín et. al., Ed. Fontamara, 2004

R. Gutiérrez. *El amparo estructural de los derechos*. Tesis Doctoral, Doctorado en Derecho y Ciencia Política Universidad Autónoma de Madrid. Madrid, España, 2016

P. Hayner, "Enfrentando crímenes pasados y la relevancia de comisiones de verdad", en *Ensayos sobre justicia transicional*, editado por Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2003

L. Hierro. *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2016

R. Higgins. *Problems and Process. International Law and How to Use It*, Oxford, Clarendon Press, 1994.

D. Hirsch. "A Defense of Structural Injunctive Remedies in South African Law", en *Or. Rev. Int'l L.*, Vol. 9, pp. 3-66, 2007

J.P. Hinestrosa y S. Serrano. *Violaciones, derechos humanos y contexto: herramientas propuestas para documentar e investigar. Manual de Análisis de Contexto para Casos de Violaciones a los Derechos Humanos*. México, Flacso, 2017.

S. Huntington. *Political Order in Changing Societies*. USA, Yale University Press, 1968

International Council on Human Rights Policy (ICHRP). *Corruption and Human Rights: Making the Connection*. Ginebra, 2009

G. Jakobs y M. Cancio. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, España, Editorial Civitas, 2003

K. Jaspers. *El problema de la culpa*, Barcelona, Editorial Paidós, 1998

S. Joseph, J. Schulz y M. Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials and Commentary*, Oxford University Press, 2000

S. Joseph, y J. Kyriakakis. The United Nations and Human Rights. En JOSEPH, S. y McBETH, A. (Eds), *Research Handbook on International Human Rights Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2010

R. Klitgaard. "International cooperation against corruption", en *Finance & Development*, 1998

V. Krsticevic y L. Tojo, *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Jurisprudencia, normativa y Experiencias nacionales*, CEJIL, 2007

R. Kolb. *Theory Of International Law*, Oregon, Hart Publishing, 2016

C. Landa. *La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales*, ponencia presentada en la II Reunión de Trabajo del Grupo de Estudios en Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional, Montevideo-Uruguay, Julio 2010

----- "Jurisdicción constitucional y jurisdicción internacional: cooperación, conflictos y tensiones", en Saiz, A y Ferrer, E., *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial: una visión desde América Latina y Europa*, México D. F., Editorial Porrúa, 2012

J. Langbein, "The legal history of torture". En Levinson, Sanford. *Torture. A Collection*. 1 edición. Oxford University Press, inc, 2004

M. Langer y M. Eason. "The Quiet Expansion of Universal Jurisdiction", en *European Journal of International Law*, 30(3), 779-817, 2019

D. Levitsky y S. Ziblat. *Como mueren las democracias*, México, Editorial Ariel, 2018

S. Macedo. What Self-governing peoples owe to one another. Universalism, diversity and The Law of Peoples, en *Fortham Law Review* N° 72, 2004

C. Marxsen. *Reparation for Victims of Armed Conflict: Impulses from the Max Planck Trialogues (10 de septiembre de 2018)*. Max Planck Institute for Comparative Public Law y International Law (MPIL), Research Paper N°2018-19, 2018

D. Mc Goldrick: *The Human Rights Committee. Its role in the development of the International Covenant on Civil and Political Rights*. Clarendon Press – Oxford. 1994

S. Mainwaring y A. Pérez-Liñán. *Democracias y dictaduras en América Latina. Surgimiento, supervivencia y caída*, Ciudad de México, México, Editorial Fondo Cultura Económica, 2019

F. Mariño, *Derecho Internacional Público. Parte General*, Editorial Trotta, Madrid-España, 2005

T. McCormack, "Jurisdictional aspects of the Rome Statute for the new International Criminal court", en *Melbourne University Law Review*, December 1999

C. Medina, *The Battle of Human Rights. Gross, systematic violations and the Inter.-American system*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1988

----- *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial*, Centro de Derechos Humanos 2003

C. Medina y C. Nash, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*", Centro de Derechos Humanos – Universidad de Chile, 2011

M. Monroy. *Derecho Internacional Público* 2a. Edición, Temis, Colombia, 1986.

J. Moreso. "Conflictos entre principios constitucionales", en CARBONELL, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, Madrid-España, 2003

C. Moyer y D. Padilla, "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 DC., 1984

C. Nash. "La Declaración Universal de Derechos Humanos como parte del proceso de construcción de un consenso superpuesto a nivel internacional", en José Luis Caballero Ochoa, coord., *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Reflexiones en torno a su 60 aniversario*, México, Porrúa, 2009, pp. 3-21.

----- *La concepción de Derechos Fundamentales en América Latina. Tendencias Jurisprudenciales*, Editorial Fontamara, México, 2010

----- *Responsabilidad internacional de los Estados en la jurisprudencia internacional y la experiencia chilena*, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2013

----- “Desafíos del sistema interamericano de derechos humanos en tiempos de cólera”, en *Tribuna Internacional*. Volumen 9 No. 17, 2020

----- *Infranqueables. La protección de los derechos humaos en tiempos autoritarios*, Tomo II, Santiago, Editorial Universitaria, 2022.

C. Nash y C. Núñez. La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en Latinoamérica, México D.F, IIDH-Ubijus-CEAD, 2016

----- “Recepción formal y sustantiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: experiencias comparadas y el caso chileno”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 148, 185-231, 2017

----- *La dimensión estructural de la garantía jurisdiccional de los derechos humanos*, Ciudad de México, Editorial Tirant lo Blanch, 2020

P. Nikken, "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

----- “El concepto de derechos humanos”, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, IIDH, Costa Rica, 15-37, 1994

H. Nogueira. “El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia”, en *Revista de Estudios Constitucionales*, 13(2), 301-350, 2015

R.E. Norris y P.D. Reiton, "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

M. Nowak, *Introducción al régimen internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2009.

ONU. *El sistema de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas*. Folleto informativo N°30/Rev.1. Nueva York y Ginebra, 2012

N. Osuna. “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”, en Bazán (ed.). *Justicia constitucional y derechos fundamentales: La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*, Colombia, Konrad Adenauer, 2015, pp. 91-116

P. Palacios, *La No discriminación*, Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derechos - Universidad de Chile, 2006

- L. Paulino. "Democracias constitucionais em crise: mapeando as estratégias institucionais que levam à erosão democrática", en *Direito, Estado e Sociedade*, N° 58, 274-309, jan/jun, 2021.
- G. Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, Madrid-España, 1999
- J.P. Pérez-León. "The Close Relationship Between Serious Human Rights Violations and Crimes Against Humanity: International Criminalization of Serious Abuses", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, XVII, 145-186, 2017
- L. Pérez Luño, A. Pérez Luño. *Los derechos humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema* (en colaboración con: J. L. Cascajo, B. de Castro y C. Gómez Torres), Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1979
- A. Peters. *Corruption and Human Rights. Working Series Papers N° 20*, Basilea, Suiza, Basel Institute on Governance, 2015
- G. Pisarello. "El Estado Social como Estado Constitucional: mejores garantías, más democracia", en Víctor Abramovich et. al. (comp.), *Derechos Sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2006
- X. Philippe. "Los principios de jurisdicción universal y complementariedad: su interconexión", en *International Review of the Red Cross*, 862, 2006
- F. Pocar. *Codification of Human Rights Law by the United Nations, Perspectives on International Law. In Honour of Judge M. Lachs*, Martinus Nijhoff, La Haya, 1995
- L. Prieto, "El juicio de ponderación", en *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid-España, 2003
- M. Risso. "Interrelación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 16, 305-328, 2012
- N. Rodley: *The treatment of prisoners Under International law*, Oxford University Press, (second edition), 2002
- G. Rodríguez. "Normas de Interpretación", en FUCHS, M. Y STEINER, C. (Eds.), *La Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentarios*, Programa Estado de Derecho Fundación Konrad Adenauer, 2019
- C. Rodríguez y C. Sánchez. *Desafíos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Colombia, DeJusticia, 2015

C. Rodríguez y D. Rodríguez. *Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJusticia, 2010

A. Ruiz Miguel, *Una filosofía del derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Editorial Trotta, Madrid-España, 2002

P. Ruiz-Tagle, "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

R. Saba. "(Des) Igualdad estructural", en *Revista Derecho y Humanidades*, No.11, pp.123-147, 2005

----- *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2016

L. Salomé. *El concepto de "discriminación estructural" y su incorporación al Sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. Trabajo fin de Máster Universitario en Estudios Avanzados en Derechos Humanos. Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas". Curso Académico 2016/2017. Getafe, 2017

F. Salvioli. *Introducción a los Derechos Humanos: concepto, fundamentos, características, obligaciones del Estado, y criterios de interpretación jurídica*, Costa Rica. Instituto Interamericano de Responsabilidad Social y Derechos Humanos (IIRESODH), 2019

I. Sandoval. "Enfoque de la corrupción estructural: poder, impunidad y voz ciudadana", en *Revista Mexicana de Sociología*. Vol. 78 N° 1, ene/mar, México, 2016.

K. Sikkink. *The Justice Cascade: How Human Rights Prosecutions are Changing World Politics*, Nueva York, W.W. Norton y Co., 2011

----- *Evidence for Hope. Making Human Rights Work in the 21st Century*, Princeton University Press, 2017

D. Shelton. *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015

E. Schwelb. "Some aspects of international jus cogens as formulated by the International Law Comisión". En *The American Journal of International Law*, Vol 61, 1967, pp. 946-975

S. Serrano y D. Vásquez. *Los derechos humanos en acción: operacionalización de los estándares internacionales de los derechos humanos*, México D. F., FLACSO, 2013

C. Servín. "La evolución del crimen de lesa humanidad en el derecho penal internacional", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 47(139), 209-249, 2013

- R. Stavenhagen. "Los derechos indígenas, algunos problemas conceptuales", en *Revista IIDH*, vol 15. San José, 1992
- S. Stilk. "A Sophisticated Beast? On the Construction of an «Ideal» Perpetrator in the Opening Statements of International Criminal Trials", en *European Journal of International Law*, 29(3), 677-701, 2018
- R. Teitel, "Transitional Justice Genealogy", en *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 16, 69-94, 2003
- N. Torbisco. "La institucionalización de la diferencia: algunas notas sobre desigualdad estructural y democracia", en AAVV, *Los límites de la democracia*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005
- R. Uprimny, *Bloque de Constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", Colombia, 2006
- T. van Boven, "Mechanisms: Their Competition and Coexistence" (1992)", en *Human Rights from exclusion to inclusión; principles and practice. An anthology from the Work of Theo van Boven*, F. Coomans, et. Al. (edts.), Kluwer Law Internacional, 2000
- Transparencia Internacional. *Guía de Lenguaje Claro*, 2009
- P. Van Dijk y G.J.H. van Hoof: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, SIM, Kluwer Law International, La Haya - Londres - Boston, Tercera Edición, 1998
- P. Van Dijk, y G.J.H. van Hoof. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, SIM, Kluwer Law International, La Haya - Londres - Boston, Cuarta Edición, 2006
- E. Vargas, "Las Observaciones in loco Practicadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", en *Derechos Humanos en las Américas. Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*, OEA, Washington DC., 1984
- C. Villán Durán, *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*, editorial Trotta, Madrid, Madrid-España, 2002
- M. Villey, *La formation e la pensée juridique moderne, Cours d'histoire de la philosophie du droit*. París, 1975
- R. Weaber. "Remedies discussion forum: The Rise and Decline of Structural Remedies", en *San Diego L. Rev.*, Vol. 41, 1617-1632, 2004
- G. Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Tirand lo Blanch, Valencia, 2005
- S. Williams, "The Rome Statute on the International Criminal Court: from 1947-2000 and Beyond", en *Osgoode Hall Law Journal*, Summer 2000

S. Wheatley. *The Idea of International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2019

I. Young. *La justicia y la política de la diferencia* (trad. de Silvina Álvarez). Ediciones Cátedra, Universidad de Valencia. Madrid, 2000

R. Zaffaroni. "Derecho penal y protesta social", en Bertoni (ed.) *¿Es legítima la protesta social?*, Universidad de Palermo. Buenos Aires, Argentina, pp. 1-16, 2010

J. Zalaquett. *Apuntes de clase*, Chile, Facultad de Derecho – Universidad de Chile, 2002

D. Zolo. *La justicia de los vencedores*. De Núremberg a Bagdad, Madrid, Editorial Trotta, 2007