ÉXITOS Y DESAFÍOS EN LOS SISTEMAS REGIONALES DE DERECHOS HUMANOS



40 Aniversario de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

SEMINARIO INTERNACIONAL

Corte IDH
Protegiendo Derechos

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

ÉXITOS Y DESAFÍOS EN LOS SISTEMAS REGIONALES DE DERECHOS HUMANOS

40 aniversario de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Seminario internacional

ÉXITOS Y DESAFÍOS EN LOS SISTEMAS REGIONALES DE DERECHOS HUMANOS

40 aniversario de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Seminario internacional

Corte IDH
Protegiendo Derechos

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
México, 2023

Primera edición: octubre de 2022

Éxitos y desafíos en los sistemas regionales de derechos humanos
40 aniversario de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
Seminario internacional

DR © 2022. Corte Interamericana de Derechos Humanos *[et al.]*.
-- San José, C.R. : Corte IDH.

DR © 2022. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
Av. 5 de Mayo, esquina Pasteur
Col. Centro, 76000, Querétaro, México

ISBN: 978-9977-36-286-1

Las opiniones de los autores son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan una posición de la institución editora.

Derechos reservados conforme a la ley. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

Contenido

Presentación 15

INAUGURACIÓN

El 40 aniversario de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 21
Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

Successes and challenges in Regional Human Rights Systems. The work of the Inter-American Commission of Human Rights. 33
Margarette May Macaulay

Succès et défis du Système Africain des Droits de l'Homme 39
Sylvain Oré

Les succès et les défis de la Cour Européenne des Droits de l'Homme 49
Guido Raimondi

La persona, la razón de ser del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos 57
Carlos Alvarado Quesada

PANEL I
LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: PASADO, PRESENTE Y FUTURO

Recuerdos y reflexiones 40 años después 67
Pedro Nikken

The First Years of the Inter-American Court of Human Rights 79
Thomas Buergenthal

La Corte IDH en sus inicios 89
Rafael Nieto Navia

Memorias de un juez. Una perspectiva de finales y comienzos de siglo 99
Hernán Salgado Pesantes

El legado y la necesaria preservación de la construcción jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 121
Antônio Augusto Cançado Trindade

La Corte Interamericana a 40 años de su establecimiento 137
Sergio García Ramírez

La Corte Interamericana de Derechos Humanos: pasado, presente y futuro 175
Cecilia Medina Quiroga

Reflexiones sobre el presente y el futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 191
Diego García-Sayán

Presente y futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 197
Humberto A. Sierra Porto

PANEL II
LA CORTE INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS Y LOS DESAFÍOS
PARA LA VIGENCIA DE LOS DERECHOS
HUMANOS DE LAS MUJERES EN LA REGIÓN

Los desafíos para la vigencia de los derechos humanos de las mujeres en la región y la Comisión Interamericana de Mujeres – CIM 205
Carmen Moreno Toscano

Addressing Violence and Discrimination against Women in the Americas 213
Margarette May Macaulay

La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los desafíos para la vigencia de los derechos humanos de las mujeres en la región 221
Sonia Picado Sotela

La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los desafíos para la vigencia de los derechos humanos de las mujeres en la región 227
Cecilia Medina Quiroga

La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los desafíos para la vigencia de los derechos humanos de las mujeres en la región 251
Mónica Pinto

PANEL III
DESAFÍOS GLOBALES CONTEMPORÁNEOS
PARA LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN
DE DERECHOS HUMANOS

Authority and legitimacy of the regional courts: Impact, resistance, difficulties and challenges 275
Manfred Nowak

Desafíos globales contemporáneos para los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos 297
Felipe González Morales

The African Human Rights System 307
Michelo Hansungule

Global contemporary challenges to regional human rights protection systems: the case of the African Court 311
Tujilane Rose Chizumila

Global contemporary challenges to the regional human rights protection systems 319
Ganna Yudkivska

Desafíos globales contemporáneos para los sistemas de protección de derechos humanos. Una mirada desde América Latina 325
Eugenio Raúl Zaffaroni

PANEL IV
LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y SU INTERACCIÓN CON LAS ALTAS CORTES NACIONALES

El diálogo jurisprudencial y la experiencia de Costa Rica . . 333
Carmenmaría Escoto Fernández

El diálogo jurisprudencial y la experiencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala 337
Dina Josefina Ochoa Escribá

El diálogo jurisprudencial y la experiencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile. 347
Haroldo Brito Cruz

El diálogo jurisprudencial y la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. 361
Arturo Zaldívar

La recepción del control de convencionalidad difuso en Colombia. Diálogo entre Cortes y red internacional 365
Fernando Reyes Cuartas

Crónica de una transfiguración. La evolución del sistema jurídico francés hacia el derecho internacional de los derechos humanos 391
Laurence Burgorgue-Larsen

PANEL V
PROTEGIENDO LOS DERECHOS
HUMANOS: LA VOZ DE LAS VÍCTIMAS

El caso *del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. . . 411
Patricia Gualinga

El caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. 417
Karen Atala

Con el amanecer, llegó la justicia. El caso *Molina Theissen vs. Guatemala* 423
Ana Lucrecia Molina Theissen

El caso *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. . . 431
Irma Monreal

El caso *Gelman vs. Uruguay*. 437
Macarena Gelman

PANELES VI Y VII
ACTORES, ESTRATEGIAS Y LITIGIO
ANTE LA CORTE INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS: DIFERENTES
PERSPECTIVAS

Las instituciones nacionales de derechos humanos 447
Luis Raúl González Pérez

La irrupción de AIDEF en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. 455
Andrés Mahnke Malschafsky

La Corte IDH y el papel de la academia 469
Mariela Morales Antoniazzi

El litigio desde la perspectiva de los Estados en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: una aproximación a los principales retos 487
Juana Inés Acosta López
Cindy Vanessa Espitia Murcia

El impacto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: una mirada desde la sociedad civil 507
Katya Salazar

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos 523
José Thompson

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos 529
Esmeralda E. Arosemena de Troitiño

Una mirada desde la cooperación internacional 535
Marie-Christine Fuchs

El papel transformador de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 543
Viviana Krsticevic

La experiencia de litigio de la República Argentina ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos 555
Javier Salgado

La Corte Interamericana, la Justicia y la Paz 565
Douglass Cassel

Breves reflexiones sobre el litigio ante la Corte IDH y los avances en su jurisprudencia 571
Carlos Ayala Corao

Lecciones de la Semana del 40 Aniversario de la Convención Americana sobre Derechos Humanos 587
Armin von Bogdandy

FIRMA DE LA DECLARACIÓN
DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA

Versión en español 599

Versión en portugués 601

Versión en inglés 603

Versión en francés 605

Presentación

Entre el 16 y el 19 de julio del 2018 se llevaron a cabo en San José, Costa Rica, diversos eventos conmemorativos del 40 aniversario de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La semana de conmemoración del 40 aniversario comenzó el lunes 16 de julio de 2018 con la valiosa visita del Secretario General de Naciones Unidas, António Guterres, y el Presidente de la República de Costa Rica, Carlos Alvarado Quesada, a la Corte Interamericana. El día siguiente, 17 de julio de 2018, los tres tribunales regionales de derechos humanos del mundo se reunieron por primera vez en la sede de la Corte Interamericana para llevar adelante un encuentro histórico con el fin de mejorar la protección de los derechos humanos en los tres continentes. Ese mismo día, la Corte Interamericana llevó a cabo un evento académico con la Universidad de Costa Rica y durante toda la semana se firmaron numerosos convenios con distintas universidades e instituciones.

Los días 18 y 19 de julio de 2018 se llevó a cabo el seminario internacional "Éxitos y desafíos en los sistemas regionales de derechos humanos. 40 Aniversario de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". Este evento contó con la participación de los jueces y las juezas de las tres cortes regionales de derechos humanos del mundo, exjueces y exjuezas de la Corte IDH, personas expertas internacionales y nacionales, autoridades de altas cortes nacionales, víctimas de

violaciones de derechos humanos, funcionarios estatales, representantes de la academia y de la sociedad civil.

Estas jornadas fueron seguidas con un gran interés por miles de personas de la comunidad nacional e internacional de derechos humanos, quienes pudieron participar a través de los canales de comunicación de la Corte Interamericana y, personalmente, colmando la capacidad del emblemático Teatro Nacional de Costa Rica y del Aula Magna de la Universidad de Costa Rica.

Esta publicación pone a disposición de las personas interesadas las intervenciones presentadas en aquel extraordinario evento conmemorativo y tiene el propósito de difundir este fructífero diálogo ocurrido en San José sobre el pasado, el presente y el futuro de la protección internacional de los derechos humanos y, muy especialmente, de nuestra querida Corte Interamericana. Algunas de esas intervenciones fueron remitidas, incluso, por personas que por razones laborales no pudieron acompañarnos presencialmente esos días, pero que quisieron dejar su testimonio de apoyo al Tribunal.

En este texto, se encontrarán las reflexiones de las personas que presidieron la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos, así como de otras autoridades de organismos internacionales y nacionales de derechos humanos. De particular relevancia son las reflexiones sobre el pasado, el presente y el futuro de la Corte Interamericana que se dieron en el panel de expresidentes y de la expresidenta del Tribunal de San José. Como no podía ser de otra manera, uno de los paneles más destacados fue aquel dedicado a los desafíos para la vigencia de los derechos humanos de las mujeres en la región, que estuvo a cargo de exjuezas de la Corte IDH y expertas en derechos humanos de diferentes orígenes y áreas de trabajo.

En un panel de personas expertas y jueces y juezas de las cortes regionales de derechos humanos se debatieron los desafíos globales contemporáneos para los sistemas de protección de derechos humanos, demostrando los problemas comunes y la necesidad de esfuerzos compartidos para superarlos. Otros momen-

tos muy destacados del evento conmemorativo fueron el panel dedicado a la interacción de la Corte Interamericana con las altas cortes nacionales, a cargo de presidentas y presidentes y magistrados de varias cortes supremas y tribunales constitucionales de la región y el panel que le dio voz a las víctimas que llevaron sus casos al Sistema Interamericano de Derechos Humanos y que se transformaron en importantes actores sociales de cambio.

Asimismo, nos pareció muy importante escuchar la opinión de las personas usuarias del Sistema Interamericano desde sus diferentes perspectivas, ya sea quienes integran diferentes instituciones del Estado —desde quienes litigan y lo representan ante la Corte Interamericana hasta quienes lideran Comisiones de Derechos Humanos— o representan organizaciones internacionales, organismos de defensa y promoción de derechos humanos, la academia y las agencias de cooperación internacional. Todos ellos participaron en el panel denominado "Actores, estrategias y litigio ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: diferentes perspectivas".

Esta publicación da cuenta e incluye la Declaración de San José de Costa Rica, suscripta por los Presidentes de las tres Cortes Regionales y por el Presidente de la República de Costa Rica en calidad de testigo de honor. La Declaración de San José formaliza la voluntad de las tres Cortes Regionales de Derechos Humanos de profundizar su trabajo conjunto mediante la celebración de un Foro Permanente de Diálogo Institucional. El Foro tiene el propósito de fortalecer la protección de los derechos humanos y el acceso a la justicia internacional de las personas bajo la jurisdicción de los tres Tribunales; contribuir con los esfuerzos estatales al fortalecimiento de sus instituciones democráticas y de los mecanismos de protección de derechos humanos, y superar los retos y desafíos comunes para la efectiva vigencia de los derechos humanos.

Los textos aquí presentados contienen reflexiones profundas sobre el camino recorrido en estos 40 años de vigencia del Pacto de San José, sobre el trabajo realizado por la Corte Interamericana a lo largo de este periodo y sobre los desafíos que enfrentan nuestros sistemas regionales y universales de derechos humanos. Es nuestra esperanza que esta publicación sirva no solo como

memoria histórica de ese espacio de reflexión y producción conjunta de conocimientos, sino que también contribuya a mejorar la protección de los derechos humanos en nuestra región y en el mundo.

No queda más que expresar un profundo agradecimiento a todas las personas que participaron y a quienes hicieron posible este evento histórico. Naturalmente, la Corte Interamericana reconoce la generosa contribución de los Estados, de las organizaciones internacionales e instituciones nacionales, organismos de derechos humanos y, especialmente, de su comunidad donante por hacer posible este extraordinario encuentro.

Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

Presidente de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos 2018-2019

INAUGURACIÓN



El 40 aniversario de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

*Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot**

Hoy conmemoramos uno de los hitos más significativos en el progreso e institucionalización de la protección internacional de los derechos humanos en nuestro continente. Un día como hoy, hace cuatro décadas, entró en vigor la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Desde ese momento, las americanas y los americanos contamos con un instrumento jurídico que, además de consagrar de manera expresa aquellos derechos que tenemos por el solo hecho de ser personas, se ha convertido en un haz de luz con efectividad propia y ha consolidado un régimen jurídico e institucional por encima de las fronteras estatales.

Hoy también conmemoramos la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tribunal internacional al servicio de las personas de América, intérprete y guardián de la Convención Americana: cumplimos 40 años protegiendo derechos.

El origen del Sistema Interamericano y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se remonta a 1948. Hace 70 años, en Bogotá, durante la Novena Conferencia Interamericana, los Estados de América aprobaron la Carta de la Organización de los Estados Americanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

* Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 2018-2019.

"La misión histórica de América es ofrecer [a las personas] una tierra de libertad", señala el primer párrafo de la Carta de la OEA, mientras que la Declaración Americana establece que "la protección internacional de los derechos [de las personas] debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución".

Ya en 1948, la Novena Conferencia abogaba por la creación de una Corte Interamericana de Derechos Humanos al afirmar que la "garantía [de los derechos humanos] debe estar sancionada por un órgano jurídico, puesto que no hay derecho propiamente garantizado sin la protección de un tribunal".

En 1959, la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en Santiago de Chile, además de crear la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, encargó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la elaboración del proyecto de Convención Americana que incluyera la creación de una Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Diez años más tarde, en noviembre de 1969, y precisamente aquí en este majestuoso Teatro Nacional, se adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El "Pacto de San José de Costa Rica" entró en vigor nueve años después, con la undécima ratificación, el 18 de julio de 1978. A partir de ese momento, surgió una nueva esperanza y la promesa de establecer en nuestro continente "un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales [...]" como afirma la Convención Americana. Ahí estaba América mostrando su conciencia, su mejor tradición jurídica y su histórica visión humanista.

—o—

El camino de la Corte Interamericana no ha sido fácil. Al entrar en vigor la Convención Americana, en gran parte de nuestro continente imperaban las violaciones graves y masivas a los derechos humanos. Con la Guerra Fría de telón de fondo, las dictaduras cívico-militares se imponían por medio del terrorismo de Estado y los gobiernos autoritarios gobernaban en la mayor parte de los países de la región. En el mejor de los casos, en otros países, se vivía una simulación democrática. En varios lugares de nuestro continente el solo hecho de mencionar la expresión "derechos humanos" podía ser motivo de encarcelamiento, tortura o muerte.

En ese contexto adverso, la Corte Interamericana se preparaba para comenzar a funcionar. Los primeros jueces fueron elegidos en mayo de 1979 y, a finales de junio de ese año, el Tribunal celebró su primera sesión en la que designó a sus autoridades. La primera Corte estuvo presidida por el juez costarricense Rodolfo Piza Escalante y su vicepresidente fue el juez peruano Máximo Cisneros Sánchez. El 3 de septiembre de 1979 fue instalada formalmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, precisamente, en este histórico Teatro Nacional.

Aquellos primeros jueces —algunos nos acompañan hoy— merecen un profundo homenaje. Fueron ellos quienes, ante las circunstancias más adversas, pudieron sacar a flote ese nuevo Tribunal y sentar las bases para su institucionalidad. Gracias a sus esfuerzos, la Corte Interamericana pasó de aquellas oficinas al lado de la piscina del Colegio de Abogados, tal como lo relata el juez Thomas Buergenthal, a un espacio en el edificio de la Corte Suprema de Costa Rica, para luego instalarse, de manera definitiva, en su sede actual donada por Costa Rica en noviembre de 1993, momento en el que era presidente el juez Héctor Fix-Zamudio.

La adopción del primer Estatuto y la asignación del presupuesto inicial de la Corte no estuvieron exentas de un gran debate. Para los gobiernos autoritarios de la época, la prioridad principal no era, precisamente, fortalecer un tribunal internacional que pudiera oponerles frenos y contrapesos en materia de derechos humanos. Solo una asignación de emergencia por parte de la Organización de Estados Americanos y un apoyo económico del gobierno de Costa Rica permitieron que la Corte comenzara a funcionar.

Este inicio permitía anticipar las dificultades políticas y, fundamentalmente, económicas que la Corte Interamericana tendría que enfrentar en sus siguientes 40 años. Aún hoy, la Corte Interamericana es el Tribunal internacional con el menor presupuesto del mundo. Es un motivo de orgullo observar cuánto se ha hecho con tan poco. Sin embargo, los más de 500 millones de personas que están bajo la jurisdicción de la Corte Interamericana merecen un Tribunal estable y robusto, con jueces de dedicación exclusiva, que fortalezca aún más la solidez, autonomía e independencia con la que lleva ejerciendo su función a lo largo de estos 40 años.

Creo que es oportuno aquí reconocer y agradecer en nombre de la Corte Interamericana a la comunidad internacional, especialmente a la comunidad donante, por el apoyo y la confianza con la que nos ha acompañado en estos 40 años y que hoy lo sigue haciendo.

—o—

Señor Presidente de la República,

Precisamente la comunidad internacional reconoce a Costa Rica por su vocación de paz y por su compromiso con el derecho internacional. Aún con los retos que impone un mundo cada vez más complejo, Costa Rica es un ejemplo de cultura cívica, de democracia y de derechos humanos. Como señaló el entonces presidente de Costa Rica, Rodrigo Carazo Odio, en su discurso de instalación de la Corte Interamericana, en este mismo recinto, el pueblo de Costa Rica ''conc[ibe] la paz no como la ausencia de guerra, sino como [una] acción dinámica y conquista permanente [...]''; por eso, ''el establecimiento de la Corte Interamericana está ligado a Costa Rica no solo por convicción, sino también por acción''.

Y vaya si Costa Rica actuó; fue el primer país en ratificar la Convención Americana y en reconocer la competencia contenciosa de la Corte Interamericana. Gracias a los esfuerzos diplomáticos del presidente Carazo, acompañados por la determinación del presidente Carter, se lograron las ratificaciones necesarias para que entrara en vigor el instrumento internacional que nos da razón de ser y que hoy nos convoca a conmemorar sus primeras cuatro décadas de vida.

Además del respaldo político, Costa Rica también contribuyó con reconocidos juristas para integrar la Corte Interamericana, como su primer presidente, juez Rodolfo Piza Escalante, quien en este mismo Teatro Nacional señaló: ''estamos abriendo para nuestro continente americano una nueva etapa en la historia; plenamente conscientes, eso sí, de que apenas entramos en el umbral de esta nueva etapa, de que todavía nos queda por andarla entera''.

A casi cuatro décadas de distancia continuamos con grandes desafíos por delante. Eso sí, sobre las huellas de otros gran-

des juristas americanos que han integrado la Corte y a quienes hoy reconocemos su esfuerzo, dedicación y vocación, como la expresidenta y expresidentes, exjuezas y exjueces que hoy nos acompañan, y como la primera jueza mujer que integró este Tribunal, precisamente, la jurista costarricense Sonia Picado, quien fue elegida en 1988, abriendo, así, el difícil y lento camino de las mujeres para ocupar cargos públicos en condiciones de igualdad, materia en la que aún tenemos una enorme deuda pendiente.

Solo cinco juezas han integrado la Corte y al día de hoy contamos con una sola mujer, precisamente, otra jurista costarricense: la jueza Elizabeth Odio Benito, quien, con su gran trayectoria, ocupó destacados roles en distintos tribunales internacionales. Vale la pena recordar que la jueza Odio Benito estuvo presente durante la ceremonia de instalación de la Corte Interamericana en su calidad de ministra de Justicia.

En esa oportunidad, la hoy jueza Elizabeth Odio Benito señaló: "[l]as expectativas son considerables y el camino que debe recorrer todavía la nueva Corte para afirmar su prestigio es largo y pleno de obstáculos acumulados por el nacionalismo y por el tradicional concepto de soberanía. No es fácil, ciertamente, hacer comprender a los Estados que si bien continúan siendo los primeros sujetos del derecho internacional, no son ya omnipotentes, sino que deben obedecer a una ley superior: [las personas], por encima de los Estados, son los más importantes sujetos del derecho internacional''.

Cuánta vigencia y sentido tiene hoy, cuatro décadas después, ese mensaje de nuestra colega costarricense. El camino por recorrer aún sigue presentando obstáculos importantes: los formalismos jurídicos que pretenden prevalecer sobre la efectividad de los derechos; los discursos fundamentalistas, nacionalistas y xenófobos que levantan los muros de la exclusión, la discriminación y la desigualdad social; las nociones erradas de soberanía que pretenden opacar la fiel misión encargada por la Convención Americana.

Los aportes de los juristas costarricenses se complementan con quien durante 37 años trabajó en esta Corte, como secretario, juez y vicepresidente, don Manuel Ventura Robles.

Como lo demuestra esta breve reseña, fueron los esfuerzos diplomáticos, políticos y técnicos de esta gran nación y, muy especialmente, de mujeres y hombres idealistas y visionarios de este país, los que permitieron dar vida a la Convención Americana y a la Corte Interamericana.

Algunos de ellos o de sus familiares nos acompañan hoy en esta conmemoración. A ellos les expresamos nuestro más profundo agradecimiento y bregamos porque las nuevas generaciones de jóvenes costarricenses y de nuestro continente tengan esos mismos ideales de justicia y de un mundo mejor para todas las personas sin discriminación.

Señor Presidente, quiero agradecer en nombre de la Corte Interamericana, al pueblo y al Estado costarricense por su hospitalidad y su generosidad, por haber sido nuestra casa a lo largo de estos 40 años de historia.

—o—

En sus primeros ocho años de existencia, la labor de la recién inaugurada Corte Interamericana fue, esencialmente, consultiva. A través de sus primeras opiniones consultivas la Corte contribuyó de manera notable al desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos. Además de sentar las bases de su competencia y de precisar el alcance y contenido de diversos aspectos de la Convención Americana, estableció restricciones a la pena de muerte, opinó sobre la vigencia del *habeas corpus* bajo regímenes de suspensión de garantías judiciales en estados de emergencia, destacó la libertad de pensamiento y expresión como piedra angular de la democracia, entre muchas otras contribuciones.

Hasta la fecha, la Corte Interamericana ha emitido 25 opiniones consultivas. Esta importante función del Tribunal se ha visto recientemente revitalizada. Los Estados han retomado la práctica de solicitar la opinión de la Corte Interamericana en temas fundamentales y actuales de derechos humanos tales como la situación de las niñas y niños migrantes, la no discriminación por la orientación sexual e identidad de género, o el medioambiente como derecho humano.

Las opiniones consultivas han resultado muy útiles para que los Estados, mediante el diálogo con la Corte Interameri-

cana, consoliden y precisen sus obligaciones en materia de derechos humanos. La competencia consultiva permite establecer estándares claros y vigorosos para la protección y promoción de los derechos humanos en nuestro continente. De esta manera, como lo ha expresado la Corte, las opiniones consultivas cumplen "la función propia de un control de convencionalidad preventivo".

Tan importante como las opiniones consultivas son las sentencias que la Corte Interamericana dicta en los casos contenciosos. El 29 de julio de 1988, hace tres décadas, la Corte Interamericana emitió su primera sentencia sobre el fondo en el caso *Velásquez Rodríguez,* un caso emblemático que hoy es parte del patrimonio jurídico de nuestro continente. En este importante pronunciamiento, la Corte Interamericana estableció los primeros estándares sobre desapariciones forzadas de personas y las obligaciones de los Estados frente a las graves violaciones de derechos humanos. Asimismo, el caso *Velásquez Rodríguez* fue pionero en destacar la centralidad de las víctimas y de sus derechos, así como en advertir el profundo daño que provoca la impunidad en la sociedad y en el Estado de derecho. Esa sentencia mantiene hoy una vigencia y una riqueza extraordinaria; ha sido fuente de inspiración para el trabajo de la Corte Interamericana durante estos 40 años y ha impactado en todo el derecho internacional de los derechos humanos, tanto en nuestra región, en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas que entró en vigor ocho años después, así como en la Convención análoga que se adoptó en el Sistema de Naciones Unidas casi 20 años después.

Esta sentencia marcó el inicio de un camino, en el cual la Corte Interamericana ha dictado 347 sentencias en 236 casos contenciosos sobre los principales temas de derechos humanos de nuestra región, impulsando avances jurídicos, políticos y sociales en 22 Estados de nuestro continente.

A la fecha, la Corte también ha emitido 608 resoluciones respecto de 135 asuntos sobre medidas provisionales. Las medidas de protección mantienen su vigencia hasta hoy y permiten salvar las vidas de las personas que se encuentran bajo su protección.

En su historia la Corte ha intentado mejorar la protección y promoción de los derechos humanos mediante distintas acciones, como las visitas *in situ* para realizar diligencias judiciales en distintos países o la celebración de periodos de sesiones y audiencias fuera de su sede, con el propósito de acercar la justicia interamericana a los justiciables. Desde 2005 el Tribunal ha realizado 28 sesiones en 16 países de nuestra región.

La Corte Interamericana ha desarrollado una amplísima jurisprudencia en estas cuatro décadas. Quisiera destacar, al menos, tres grandes líneas jurisprudenciales que han marcado los derroteros jurisprudenciales del Tribunal.

En primer lugar, los estándares en casos de violaciones graves de derechos humanos, especialmente en temáticas como desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, tortura, límites a la jurisdicción militar, uso de la fuerza pública, pena de muerte y la incompatibilidad con el derecho internacional de las leyes de amnistía.

En segundo lugar, es particularmente relevante la jurisprudencia de la Corte respecto de los derechos humanos de personas y grupos en situación de vulnerabilidad por su condición personal o por la situación específica en la que se encuentran. Así, la Corte Interamericana ha protegido, visibilizado y establecido estándares muy importantes para niñas, niños y adolescentes, mujeres, especialmente aquellas que sufren violencia de género, personas adultas mayores, pueblos indígenas y tribales, personas con discapacidad, afrodescendientes, personas LGBTI, migrantes, refugiados, privados de libertad, desplazados forzados, defensoras y defensores de derechos humanos, periodistas y personas en situación de pobreza.

En tercer lugar, destaco la línea jurisprudencial sobre el concepto de "reparación integral". La Corte Interamericana se ha caracterizado por ser un tribunal internacional pionero respecto de las medidas de reparación que ha ordenado. La jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de reparaciones ha sido altamente reconocida y valorada dentro y fuera de nuestro continente por víctimas y Estados.

Las medidas de reparación dispuestas por la Corte Interamericana no se limitan a ordenar indemnizaciones pecuniarias, sino que buscan atender, de manera integral, las necesidades de las víctimas mediante la rehabilitación, la satisfacción y la no repetición de las violaciones a través del cambio de normas o prácticas estatales, las cuales benefician a las víctimas y a las sociedades en su conjunto. Algunas medidas de reparación, incluso, se disponen con "vocación transformadora" de las condiciones estructurales contrarias a la vigencia de los derechos humanos, con el fin de modificar políticas públicas y lograr profundos cambios sociales. Cabe destacar, que es precisamente a través de estas medidas de no repetición donde cobra una gran relevancia el "control de convencionalidad", como una noción útil para avanzar en el cumplimiento de las obligaciones internacionales en los ámbitos nacionales. En esta materia, es preciso reconocer la visión del expresidente, don Sergio García Ramírez.

Por supuesto, la jurisprudencia de la Corte Interamericana no se agota en esas tres líneas jurisprudenciales. Los estándares sobre debido proceso y protección judicial, independencia judicial, libertad de pensamiento y expresión, libertad personal, derechos políticos, entre muchos otros, son igualmente importantes y han contribuido a la consolidación de la democracia constitucional y al Estado de derecho en nuestro continente.

—o—

A pesar de los significativos avances logrados en estos 40 años de camino, los desafíos que hoy enfrentamos en la región resultan inmensos. América Latina sigue siendo la región más desigual del mundo. Este preocupante dato se acompaña con los 187 millones de personas que viven en condiciones de pobreza y 62 millones en condiciones de pobreza extrema, según datos de la CEPAL del presente año.[1]

Millones de personas y familias enteras en nuestro continente están en una constante búsqueda de mejores condiciones de vida. Ante este escenario, tan solo en los primeros años de este

[1] CEPAL, Segundo informe anual sobre el progreso y los desafíos regionales de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible en América Latina y el Caribe, abril de 2018, p. 15.

mileno, al menos 30 millones de personas residían en un lugar distinto al de su nacimiento.[2] En 2017, alrededor de 23 millones de personas se encontraban en situación de desempleo.[3]

Es intolerable la violación histórica —que aún perdura— de los derechos de las mujeres. En el mundo, una de cada tres mujeres ha sufrido de violencia física y/o sexual.[4] En nuestra región, las cifras de violencia contra las mujeres son similares. Debemos desterrar de todos los ámbitos, con acciones firmes y constantes, todo tipo de violencia contra las mujeres. Debemos dejar atrás esta historia y este presente que nos avergüenza. Debemos adoptar medidas que terminen de una vez y para siempre con la violencia y con la desigualdad en todos los ámbitos; entre otros, en las oportunidades laborales y en la igualdad de remuneraciones entre mujeres y hombres.

Debemos redoblar nuestros esfuerzos para garantizar los derechos de los grupos sociales que han tenido que enfrentar a lo largo de su historia exclusión y discriminación, entre otros, los 46 millones de hermanas y hermanos indígenas de nuestra región.[5]

Todos estos factores influyen de manera negativa en nuestras frágiles democracias, impiden el disfrute de derechos humanos básicos y amenazan el Estado de derecho. El panorama es complejo y superar los retos requiere de esfuerzos y compromisos verdaderos de los Estados y de toda la comunidad nacional e internacional. Debemos de construir puentes y derribar los muros de la pobreza, la desigualdad, la inequidad y la exclusión social.

—o—

Señoras y señores:

Al finalizar mis palabras en este aniversario histórico quiero recordar y reconocer a las víctimas de violaciones de derechos humanos. Son ellas la razón de ser, el origen, pasado y devenir del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Las víctimas

2 *Ibidem*, p. 16.

3 *Ibidem*, p. 15.

4 OMS, Violencia contra la mujer, 29 de noviembre de 2017.

5 CEPAL, *op. cit.*, p. 16.

depositan su confianza y esperanza en la Corte y en la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos y transforman su dolor en acción para lograr el imperio de la ley. Quiero agradecer también a todas y todos quienes han formado parte y hoy trabajan en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su esfuerzo, vocación y compromiso en favor de la dignidad humana.

Hemos querido conmemorar los hitos de los derechos humanos de nuestro continente con jornadas de trabajo y reflexión. La conmemoración del 40 Aniversario comenzó hace dos días con la valiosa visita del Secretario General de Naciones Unidas y el Presidente de la República de Costa Rica a la Corte Interamericana. Ayer, los tres tribunales regionales de derechos humanos del mundo nos reunimos por primera vez, en la sede de la Corte, para llevar adelante un encuentro histórico con el fin de mejorar la protección de los derechos humanos. El mismo día, la Corte Interamericana organizó con la Universidad de Costa Rica un evento académico y se han celebrado convenios con distintas universidades porque creemos que hay un futuro mejor que se puede lograr con educación en derechos humanos. En unos instantes, los presidentes de las tres Cortes de Derechos Humanos del mundo suscribiremos, en presencia de todas y todos ustedes, la *Declaración de San José de Costa Rica,* para reforzar el diálogo y los esfuerzos comunes.

Hoy también damos inicio al seminario internacional donde reflexionaremos juntos sobre los retos y desafíos futuros. Necesitamos redoblar nuestros esfuerzos en el camino de la paz, la justicia y los derechos humanos. Como destacó el Secretario General de la ONU en su reciente visita a la Corte Interamericana: "No puede haber paz duradera sin justicia y sin respeto de los derechos humanos".

Muchas gracias, sean todas y todos bienvenidos. Espero que disfruten este seminario internacional, que declaro formalmente inaugurado.

Successes and challenges in Regional Human Rights Systems. The work of the Inter-American Commission of Human Rights

*Margarette May Macaulay**

As President of the Inter-American Commission on Human Rights, it is an honor to participate in this event on the 40th anniversary of the entry into force of the American Convention on Human Rights and the birth of the Inter-American Court of Human Rights.

I have been asked to address the topic of the work of the Inter-American Commission (IACHR). To do this, I will start by stating that even though the Commission —unlike the Inter-American Court— was not created through the Inter-American Convention of Human Rights, the Convention, and in particular Article 41 of it, constituted a fundamental milestone in the consolidation, strengthening and harmonization of the powers and attributes of the Commission.

The IACHR's dual mandates of promotion and protection of human rights must be understood as interrelated. The mechanisms which make up both of the mandates complement each other and feed on each other.

Regarding its monitoring functions, in the last 40 years the Commission has issued 56 Reports on the situation of human

* President of the Inter-American Commission of Human Rights 2018.

rights within States Parties. These were prepared mainly as a result of on-site and working visits carried out by the Commission. These works were complimented by the thematic priorities that the Commission defined over the decades of its work, and which led to the creation of Rapporteurships and Thematic Units. Within this framework, the Commission has issued more than 60 thematic reports. Pursuant to the provisions of the American Convention, the Commission has been improving, through its practices and regulations, the mechanisms through which it receives and requests information on the human rights situation within States Parties as well as on specific topics in accordance with its thematic priorities.

Through these reports and actions, the IACHR has complied with its conventional mandate to make recommendations to the States in order to promote the observance of human rights, which have been and are being translated into institutional, regulatory, and public policy changes in the States Parties. In addition, its monitoring function has allowed the Commission to address structural contexts of human rights violations, which in turn have had an impact on its system of addressing petitions and individual cases.

In this regard, under the procedures established by the American Convention since it entered into force, the IACHR has processed thousands of petitions and cases and sent hundreds of cases to the jurisdiction of the Inter-American Court. During today's important event, we will have the opportunity to talk in greater depth about the important jurisprudence that the Court has been able to develop from these cases, as well as through its advisory function. But it is of fundamental importance that the organs of the Inter-American system, because of the system of petitions and cases provided for in the American Convention, have provided justice and reparation to many thousands of victims of human rights violations within our region.

In this regard, I would like to reflect briefly on the fundamental importance of ratifying the American Convention for States Parties and for the entire region. Universal ratification of the Convention will permit us to strengthen, consolidate, and harmonize human rights standards within all the countries and

regionally, and to amplify the promise of international human rights protection for all the peoples of the hemisphere.

Reflecting on the integration and intersectional approach of the attributes which the American Convention gave and gives to the IACHR, I will speak briefly about the Commission's Strategic Plan 2017-2021, which was approved on March 22, 2017, after a wide participatory process. Given that it is the main instrument of institutional management which addresses the contemporary challenges of the work of the IACHR, I will refer to some of its key aspects.

For the period 2017-2021, the Inter-American Commission will prioritise a series of issues and populations, some of which have been identified through the work of its Rapporteurships. Among the priority groups identified are indigenous peoples, women, migrants, refugees, stateless persons, victims of trafficking in persons and internally displaced persons, Afro-descendants, children and adolescents, human rights defenders, persons deprived of liberty; lesbians, gays, bisexuals, trans and intersex individuals, people with disabilities and older persons. The Plan includes three priority thematic areas: the right to freedom of expression, economic, social, cultural and environmental rights and right to memory, truth and justice.

In addition, the Strategic Plan contains 6 transversal axes: democratic institutionality, judicial and prosecutorial independence and access to justice, human rights institutionality, security and violence, development and human rights, gender equality and diversity.

The Plan is developed through 5 strategic objectives and 21 work programs. I will briefly comment on the scope of each of these objectives. The first objective seeks to strengthen the system of petitions and cases, friendly settlements and precautionary measures, with the aim of contributing to the development of a more effective, timely and accessible Inter-American justice system to overcome impunity practices in the region and achieve comprehensive reparation of the victims. This objective directly links the functions of the Commission and the Court.

It is well-known that one of the great challenges that the Comission faces is its procedural backlog. It is also well known that the main cause of the creation and persistence of the procedural backlog is the insufficient financing of the Commission with the result of an insufficiency of human and other adequate resources to enable it to fulfill its mandate. This, when at the same time, the annual reports of the Commission clearly prove that the number of petitions submitted grows by hundreds and hundreds each year, as compared to the previous year. Thus, the procedural backlog is the result of growing demand plus insufficient resources.

Even under these conditions, the Commission has been exploring and implementing initiatives to address the procedural backlog with existing resources and within the parameters of its Regulations. The Commission therefore created a special group with the objective of addressing the chronic backlog at the initial study stage.

This group functioned between December 2014 and July 2016, achieving unprecedented results with more than 6000 requests evaluated within that period. With this initiative, the Commission had two very important achievements. On the one hand, it managed to overcome the procedural backlog in the initial study stage, making decisions on all the petitions that were submitted up to 2014. On the other hand, after the work of this special group was completed, the Commission has maintained the capacity in the registry group to carry out the initial study of the petitions in the calendar year immediately following the reception of the petition.

The Commission has also been implementing measures to deal with procedural delays in the admissibility and merits stages within the following measures:

- The more sustained use of the regulatory power of accumulation of petitions and cases which respond to the same normative, institutional or factual context; or in which there is similarity between the alleged facts; or they involve the same people.
- The adoption of summary *(per curiam)* decisions on the basis of previous determinations in substantially identical situations.

- A more decisive and strict implementation of the policy of archiving petitions and cases, based primarily on the criterion of evidence of disinterest on the part of the petitioner.
- The increase in joint admissibility and merits decisions, specifically through the application of Resolution 1/16, which provides for the application of Article 36.3 of the Regulations to adopt a single decision on admissibility and merits, in a variety of situations.
- The simplification of the admissibility and inadmissibility reporting formats.
- The simplification of merits reports in aspects such as the description of the arguments of the parties, the citation of the evidence available and the narration of the facts not in dispute.

These measures have had concrete results. In 2017, the Commission exceeded the largest number of admissibility reports approved in a single year in its history and more than twice as many admissibility reports as compared to 2016. The Commission also approved more than twice as many merits reports in 2017 as compared to 2016. Recently, during its 168th session, the Commission decided to begin a second stage of the design and implementation of measures to address the procedural backlog.

Continuing with the Strategic Plan, the second objective seeks to address preventive measures and the factors that give rise to human rights violations, based on the coordinated use of the montoring mechanisms and the Commission's capacity to ensure timely responses.

The third objective seeks to promote democracy, human dignity, equality, justice and fundamental freedoms through an active contribution to the strengthening of institutions and public policies with a focus on human rights in accordance with Inter-American norms and standards, as well as through building the capacity to act of non-governmental organizations, networks, and academic organizations in the defense of human rights.

The fourth objective is to give impetus to the universalization of the Inter-American Human Rights System through initiatives coordinated with the Inter-American Court and with other rel-

evant actors. Universalization of the Inter-American system remains a great challenge. But I would also like to invite us all, on the occasion of this gathering, to take advantage of the opportunity to reflect on new initiatives to further this important task to which we can all contribute.

It should be noted that the Commission has been taking active steps to collaborate with global and other autonomous regional human rights mechanisms and CIM, during our respective meetings, our hearings, and through the publication of joint press releases and the sharing of information. Such collaborative acts are considered vital in this period of excessive violations such as to amount to a situation of crisis in our region and in the rest of the world.

The fifth objective seeks to guarantee the availability of all the necessary human, infrastructure, technology and budgetary resources required to fulfill the mandate and functions of the Commission. This is necessary, from an institutional result based management perspective, to ensure efficient and measurable institutional development.

Finally, the Plan contains a Special Program that is transversal in nature, and seeks to substantially improve the follow-up of the recommendations of the IACHR to the effectiveness of the Inter-American System and achieve its transformative impact. A fundamental aspect of the Strategic Plan is the creation of the Integral Monitoring and Follow-Up Plan.

Thus, the IACHR plans to continue a process of continuous and more effective evaluations and learning, which will also be equally participatory and it invites all the actors of our Inter-American system to work with us and accompany us in this process of ensuring true implementation of our recommendations by State Parties for the benefit of the peoples in our hemisphere.

Succès et défis du Système Africain des Droits de l'Homme

*Sylvain Oré**

Monsieur le Président de la Cour
interaméricaine des droits de l'homme,
Distingués Collègues et personnalités invitées,
Mesdames et Messieurs,

Si, pour emprunter au Juge Keba Mbaye, l'histoire des droits de l'homme se confond avec *l'histoire de l'homme*,[1] l'Afrique a bien fait sienne cette proposition en se dotant d'un système de protection des droits fondamentaux axé tant sur l'homme que sur les peuples. Cette approche dont les auteurs ont pu dire qu'elle était un heureux consensus entre la modernité et les traditions africaines a été traduite dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Si la charpente institutionnelle du système africain des droits de l'homme est constituée de deux organes principaux que sont la Commission et la Cour africaines des droits de l'homme et des peuples, on ne peut ignorer la contribution significative d'autres juridictions régionales qui partagent ce mandat telles que la Cour de justice de la CEDEAO.

La Cour africaine étant l'organe judiciaire continental principal, je me propose, pour vous entretenir des succès et défis du

* Président de la Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples 2016-2021.

1 Keba Mbaye, Les droits de l'Homme en Afrique, 2ème édition.

système, de commencer par vous présenter la Cour, sa création, son fonctionnement et ses grandes décisions. Après un détour rapide sur la contribution des autres juridictions régionales, je terminerai en évoquant les défis auxquels fait face la protection judiciaire des droits de l'homme en Afrique.

I. La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples: organe judiciaire principal du système africain des droits de l'homme

Création et fonctionnement

Créé près de deux décennies après l'adoption de la Charte africaine par le Protocole de Ouagadougou de 1998, la Cour africaine a pour mission de «compléter le mandat de protection» de la Commission africaine. Ledit Protocole est entré en vigueur en 2004, les premiers juges ont été élus en 2006, la Cour reçu sa première requête en 2008 et rendu son premier arrêt en 2009 dans l'affaire *Michelot Yogogombaye c. Sénégal* où elle s'est déclarée incompétente, ledit Etat n'ayant pas déposé la déclaration prévue à l'article 34(6) du Protocole et autorisant les individus et les Organisations non gouvernementales à saisir directement la Cour. A ce jour, 8 Etats seulement ont déposé cette déclaration. Ayant une double compétence contentieux et consultative, la Cour peut, outre l'accès directe possible en cas du dépôt de la déclaration, recevoir des requêtes introduites par la Commission africaine après que celle-ci ait été saisie de plaintes individuelles. Dans ces cas-là, il suffira que l'Etat concerné ait ratifié le Protocole qui a reçu à ce jour 30 ratifications sur les 55 Etats membres de l'Union africaine.

La Cour est composée de 11 juges élus par les Etats membres de l'Union africaine dont 2 juges pour chacune des cinq régions du continent, le onzième siège étant rotatif par région et les 2 juges par région devant impérativement être de l'un et l'autre des deux sexes. Suite à l'élection de quatre juges qui vient de se tenir lors du 31ème sommet de l'Union africaine à Nouakchott en Mauritanie, 6 juges femmes vont siéger à la Cour pour 5 juges hommes. Il s'agit d'un équilibre genre inédit dans les juridictions internationales.

En ce qui concerne le fonctionnement judiciaire de la Cour, il est confié à un Greffe animé par des fonctionnaires étant donné que les juges officient à temps partiels notamment lorsque se tiennent au siège à Arusha en Tanzanie ou ailleurs les 4 sessions annuelles ordinaires de 4 semaines chacune et la session extraordinaire d'une semaine. Le Président de la Cour réside en revanche au siège.

Sans qu'il soit nécessaire de m'y attarder, je fais observer en passant que la procédure devant la Cour se déroule selon les règles traditionnelles du contentieux international des droits de l'homme. Etant une juridiction relativement jeune mais en plein essor, la Cour africaine conduit en ce moment une série de projet visant à améliorer sa productivité judiciaire notamment la révision de son règlement intérieur, la formation des conseils inscrits, la mise en place d'un fond d'aide judiciaire, l'automatisation et la digitalisation des procédures de traitement des affaires et la mise en place d'un mécanisme de suivi de l'exécution de ses décisions.

Au mois de juillet 2018, la Cour a reçu au total depuis qu'elle fonctionne 180 requêtes en matière contentieuses et 13 demandes d'avis consultatif dont elle a finalisé 12. Concernant la matière contentieuse, elle a rendu plus d'une soixantaine de décisions dont des arrêts sur le fond, la recevabilité, l'interprétation, la révision, les réparations et des ordonnances de mesure provisoires.

Depuis son premier arrêt sur le fond rendu en 2013,[2] la Cour africaine a développé une jurisprudence dynamique et progressiste sur des thématiques allant de la liberté d'expression à la protection des droits de femmes en passant par la participation politique. On peut dire sans se tromper que l'ampleur de l'œuvre jurisprudentielle de la Cour accomplie dans un temps aussi relativement court est à mettre à l'activité du législateur africain qui, en prévoyant qu'elle peut connaître du contentieux de la

[2] Arrêt du 14 juin 2013 sur les affaires jointes *Tangayika Law Society & The Legal and Human Rights Centre c. Tanzanie* et *Révérend Christopher R. Mtikila c. Tanzanie.*

violation de «tout instrument des droits de l'homme ratifié par l'Etat concerné», a donné à la Cour une compétence universelle. La Cour a fait œuvre utile puisque dans son arrêt *APDH c. Côte d'Ivoire* elle a conclu que la Charte africaine de la démocratie et des élections est un instrument des droits de l'homme. Un aperçu des grands arrêts de la Cour est emblématique de cette tendance jurisprudentielle dynamique et osée.

Les grands arrêts

Relativement aux droits substantiels, la Cour s'est prononcée sur le droit à la participation politique dans l'affaire *Christopher Mitikila c. Tanzanie*. La Cour suit le Requérant en concluant que le fait pour la Constitution d'exiger que les candidats aux fonctions de président de la république et membre du parlement se présentent sous la bannière d'un parti politique viole leur droit à la liberté d'association et à la participation politique protégé par la Charte africaine. La Cour ordonne à l'Etat défendeur de réviser sa constitution pour la mettre en conformité avec la Charte. Même si la révision n'est pas encore effective, l'Etat a collaboré et le processus de révision en cours a pris en compte l'arrêt de la Cour. Les implications de cet arrêt de la Cour sont potentielles en ce que la même question se pose dans plusieurs pays africains dont les constitutions prévoient les mêmes conditions de candidature.

On peut en dire autant en ce qui concerne deux autres arrêts majeurs rendus par la Cour cette fois-ci relativement à la liberté d'expression et des droits des journalistes. Il s'agit d'abord de l'arrêt *Norbert Zongo et autres c. Burkina Faso* du nom du journaliste d'investigation qui à l'époque des faits aurait été sur le point de publier un rapport d'investigation sur la corruption au sommet de l'Etat et impliquant le frère du Chef de l'Etat de l'époque. Monsieur Zongo a été retrouvé brûlé avec ses collègues dans sa voiture dans la capitale du Burkina Faso. Au bout de dix ans de tentative de résolution de l'affaire devant les juridictions nationales, les ayant-droits n'ont pas eu gain de cause et ont donc saisi la Cour africaine pour violation du droit à la vie et de plusieurs droits au procès équitable.

Dans cet arrêt majeur, la Cour a conclu que le fait pour les juridictions internes de ne pas avoir conduit le procès dans la célérité et de ne pas donner suite à cette affaire violait non seulement le droit au procès équitable mais également le droit des journalistes à exercer leurs fonctions dans des conditions propices. Comme vous le savez, distingués collègues, dans de nombreux pays, les journalistes sont sous la menace quotidienne de la violation de leurs droits du fait des informations délicates qu'ils peuvent être amenés à publier notamment sur la gouvernance publique.

L'autre arrêt de la Cour directement lié à ces questions est celui rendu dans l'affaire *Issa Konaté c. Burkina Faso*. A l'origine de cette affaire, le Requérant a fait l'objet de poursuites pour diffamation, injures publiques et outrage à magistrat suite à la publication de deux articles critiquant le comportement du procureur de la République. Selon le Requérant, la sévérité des peines prononcées à son encontre constituent une violation de son droit à la liberté d'expression.

Sur le fond, la Cour a décidé que la peine d'un an prononcée à l'encontre du Requérant était excessive et inappropriée. Selon la Cour, les peines privatives de liberté dans les cas de diffamation impliquant les journalistes violent le droit international qui va de plus en plus dans le sens de la dépénalisation des délits de presse. La Cour a fondé sa position non seulement sur le test de proportionnalité mais également sur le fait que les autorités exerçant des fonctions publiques doivent être enclines à des critiques publiques plus sévères que les citoyens ordinaires.

La Cour a par conséquent ordonné à l'Etat de modifier les dispositions de son droit interne mais également de payer au Requérant des dommages et intérêts pour la perte subie du fait de la suspension de parution de ses organes de presse. Il est revenu à la Cour par le biais des conseils du Requérant que l'Etat s'est exécuté en tout cas pleinement en ce qui concerne le paiement des dommages. Sur le plan des implications, cet arrêt trouve nécessairement un écho au plan continental lorsqu'on sait que plusieurs pays ont encore dans leur corpus juridique des dispositions criminalisant les délits de presse notamment à travers la qualification «d'offense aux autorités».

Sur la question de la participation politique, la Cour a estimé et jugé dans l'affaire *APDH c. Côte d'Ivoire* qu'une commission électorale composée en majorité de personnalités appartenant à ou nommées par l'Exécutif ne donnait pas les garanties d'indépendance et d'impartialité requises d'une institution de supervision des élections.

La Cour a fondé sa position principalement sur l'égalité entre les candidats à des élections supervisées par ladite commission mais également sur la perception qu'aurait le public d'une telle commission. Dans un environnement de démocratisation récente en Afrique où bien des crises électorales ont leur source dans la suspicion des acteurs vis-à-vis des commissions électorales, l'arrêt rendu par la Cour dans cette affaire porte un potentiel préventif indéniable.

En particulier, lorsqu'il a parcouru toute la hiérarchie du système judiciaire pour obtenir une décision de la Cour suprême, le Requérant est-il dans l'obligation d'épuiser des recours tels que la demande en révision ou la pétition constitutionnelle. Selon une position constante de la Cour, lorsque les juridictions internes ordinaires ont déjà eu l'opportunité de se prononcer sur les demandes concernées, on ne peut pas exiger du Requérant d'épuiser les recours comme la révision qui sont considérées comme extraordinaire. La Cour a donc considéré, dans ces espèces, que les recours internes avaient été épuisés (voir *Alex Thomas c. Tanzanie, Abubakari c. Tanzanie, Christopher Jonas c. Tanzanie*).

Dans les mêmes affaires, la Cour a également évalué la conformité avec les standards internationaux des procédures internes ayant abouti à une condamnation irrégulière du Requérant. Même si l'Etat défendeur a bien souvent argué de ce que la Cour agissait comme une juridiction d'appel, la Cour a estimé qu'elle avait compétence pour contrôler la conventionalité des actes posés par les organes internes de l'Etat défendeur.

Pour finir, je fais allusion pêle-mêle à certains arrêts de la Cour qui se sont pas de moins grande portée dans la protection des droits de l'homme en Afrique. Par exemple dans l'arrêt *Commission africaine c. Kenya*, la Cour a conclu que le fait pour l'Etat d'expulser des populations autochtones d'une forêt qui constituait

leur habit naturel depuis des temps immémoriaux viole certains droits fondamentaux. En outre dans l'arrêt *Commission africaine c. Libye* concernant la détention de Saif Gadaffi, fils de l'ancien président Mohamar El Gadaffi, la Cour a pris la position selon laquelle l'Etat libyen est responsable des violations commises par des entités non-étatiques. Dans l'arrêt *Anudo Ochieng Anudo c. Tanzanie*, la Cour a décidé que l'expulsion du Requérant de la Tanzanie vers un *no man's land* alors qu'il avait exhibé la preuve de sa nationalité constitue une violation de son droit à la nationalité.

La Cour a ordonné à l'Etat défendeur d'amender sa législation en matière de d'immigration et de déchéance de nationalité afin de la conformer aux différents instruments de protections des droits de l'homme susmentionnés s'alignant ainsi sur le consensus international relatif aux question d'apatridie. Pour finir, la Cour a, dans son premier arrêt rendu en application du Protocole relatif aux droits des femmes en Afrique, conclu dans l'affaire *APDF c. Mali* que le fait pour le Code de la famille de ramener l'âge minimal du mariage pour les filles à 15 ans, donné droit aux ministres du culte de célébrer le mariage sans que le consentement des époux ne soit requis et accepté que la présence de la femme soit facultative, et privé les enfants naturels de toute succession viole les droits y afférents.

La Cour fait cependant face a de nombreux défis dans son activité de protection des droits humains en Afrique. En tant que juridiction régionale subordonnée a l'acceptation des Etats, elle doit batailler en face a de nombreuses difficultés d'ordre juridictionnelles et politiques que nous développerons dans une troisième section. Il semble important, avant cela de compléter ce panorama de la protection des droits humains en mentionnant les travaux des différents organes juridictionnels qui en sont le fondement.

II. Les autres organes juridictionnels dans le grand système africain des droits de l'homme

Outre la Cour africaine, d'autres institutions assurent la protection juridictionnelle des droits de l'homme en Afrique. En don-

nant un aperçu du système, il serait incomplet de ne pas y faire allusion ne serait-ce que brièvement. Il faut bien entendu, à cet égard, faire référence à la Commission africaine, premier organe créé par la Charte dès 1981 et dont le siège est à Banjul en Gambie. L'œuvre de protection de la Commission a fait l'objet d'une large promotion au plan international et il n'y a pas lieu de s'y attarder autrement. Il suffira de rappeler sa contribution très significative et pionnière à la protection des droits de l'homme par ses nombreuses décisions sur les plaintes ou communications individuelles.

A titre d'illustration, dans l'affaire *Raddho c. Zambie* la Commission s'est exprimée avec force concernant les expulsions collectives dont le caractère discriminatoire tient au fait qu'elles soient opérées de manière massive sans considération pour les situations individuelles et fondées seulement sur l'appartenance des victimes à un groupe ethnique. On ne peut s'empêcher de citer les décisions emblématiques rendues dans l'affaire *SERAP c. Nigéria* sur le droit à l'environnement et la justiciabilité des droits socio-économiques, dans *Kenneth Good c. Botswana* sur le droit à la nationalité, Media Rights Agenda sur la liberté d'expression ou encore plus récemment *Open Society c. Côte d'Ivoire* sur l'apatridie et la nationalité. Il est évident que par sa jurisprudence prolifique et osée, la Commission a contribué à la judiciarisation du système puisque la Cour s'est largement inspirée de cette jurisprudence.

Un autre organe important du système est le Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant dont le mandat est, entre autres, de recevoir des plaintes pour violation des droits protégés par la Charte africaine des droits de l'enfant. Sa jurisprudence plutôt nouvelle a tout de même déjà laissé des empreintes significatives dans le système. On note par exemple ses décisions rendues dans l'affaire des enfants de la rue appelés Talibés du Sénégal où le Comité a conclu que violait la Charte, l'inaction du gouvernement sénégalais face à la situation des enfants talibés, forcés par leurs maîtres des écoles coraniques à travailler comme mendiants dans des conditions néfastes à leur bien-être, leur survie, leur développement et mettant en danger leur santé voire leur vie. Dans une autre affaire, le Comité a également condamné

le refus systématique du gouvernement du Kenya d'accorder la nationalité aux enfants d'origine nubienne dont les générations d'ascendants ont émigré au Kenya avant l'indépendance.

L'autre juridiction qui fait parler d'elle en matière de protection des droits de l'homme en Afrique est la Cour de justice de la CEDEAO qui a rendu de nombreux arrêts depuis qu'elle a vu sa compétence s'étendre à cette matière en 2005. Par exemple, dans l'arrêt *CDP c. Burkina Faso* ladite Cour a conclu que le fait pour le code électoral d'inclure une disposition qui excluait de la participation aux élections post-transition des membres de l'ex-parti au pouvoir viole le droit à la participation politique. On se rappelle bien du célèbre arrêt *Karaou c. Niger* par lequel la Cour a condamné le Niger pour fait d'esclavage ou encore l'arrêt *Hissene Habré c. Sénégal* reconnu comme un catalyseur de la mise en place des Chambres extraordinaires africaines ayant finalement jugé le dictateur pour faits de torture. Dans l'affaire *SERAP c. Nigéria*, la même Cour a ordonné à l'Etat défendeur de poursuivre les auteurs de détournement de fonds alloués à l'éducation de base et de rembourser lesdits fonds.

Distingués participants, chers collègues, vous vous doutez bien que derrière ce tableau reluisant, le système africain des droits de l'homme fait face, comme tout régime de son genre, à des difficultés.

III. Défis du système africain des droits de l'Homme

La Cour africaine étant l'organe principal du système, ses défis peuvent être considérés comme transversaux, applicables plus ou moins aux autres institutions. Il faut commencer par noter le problème du peu d'engouement des Etats africains à reconnaître la compétence de la Cour. Comme je l'ai indiqué plus tôt, à ce jour, la Cour peut recevoir des requêtes seulement contre 8 des 55 Etats de l'Union africaine sauf à faire passer les plaintes par la Commission africaine. Sur un continent africain où la demande de justice est abondante et cruciale, un tel état de choses réduit considérablement le champ d'action de la Cour. Le défaut de ressources humaines et financières rend également difficile la

pleine application de la complémentarité judiciaire nécessaire à une saisine beaucoup plus fréquente de la Cour par la Commission. Depuis la création de la Cour, elle n'a reçu que 3 requêtes de la Commission dont deux contre la Lybie concernant les violences du printemps arabe et la détention de Monsieur Saif Gadaffi et une autre requête contre le Kenya concernant les droits des populations autochtones Ogiek.

L'autre question qui se pose dans une certaine mesure à la Cour est celle de l'exécution de ses décisions. D'une part, on note que certains Etats n'exécutent pas les décisions ou ne le font que partiellement. D'autre part, on note qu'aucun mécanisme n'est mis en place au niveau des organes politiques de l'Union africaine à l'effet du suivi de l'exécution et de la sanction du défaut d'exécution des arrêts rendus par la Cour. Cet état de choses est en train de trouver solution puisqu'une étude est en cours pour la mise en place d'un tel mécanisme et de son adoption par les organes politiques.

Bien entendu, à titre de défi, il faut relever les ressources financières et humaines limités de la Cour africaine qui plombent sa productivité judiciaire.

Enfin, l'Union africaine est en ce moment en pleine réforme et qui dit réforme dit contraintes et nouveautés. Déjà en 2014, l'Union a entrepris de créer une Cour africaine de justice et des droits de l'homme qui inclut l'actuelle Cour africaine comme une chambre des droits de l'homme et qui crée une chambre pénale avec une troisième qui sera chargée du contentieux des affaires générales. Même si cette nouvelle grande cour ne va fonctionner qu'après l'entrée en vigueur du Protocole de 2014, on peut déjà craindre que le mandat de protection des droits de l'homme exercé par l'actuelle Cour africaine des droits de l'homme se retrouve noyé dans une vision plus large de justice continentale qui n'est pas moins noble mais dont l'ambition peut freiner l'élan de la justice des droits de l'homme déjà en branle depuis plus d'une décennie.

Monsieur le Président, Distingués Collègues et participants, voilà l'état des succès et défis du système africain des droits de l'homme et en particulier de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples.

Les succès et les défis de la Cour Européenne des Droits de l'Homme

*Guido Raimondi**

Monsieur le Président de la République,
Madame la Première Dame,
Madame et Messieurs les Présidents,
Chers amis,

Permettez-moi tout d'abord, après quelques jours passés à San José, de vous dire à quel point j'ai été touché par la chaleur de l'accueil et par la générosité de l'hospitalité que j'ai reçues. Je parle en mon nom personnel, mais aussi au nom de la délégation de la Cour Européenne des Droits de l'Homme que j'ai eu l'honneur de conduire.

Le sujet qui nous réunit ce matin, «les succès et les défis des systèmes de protection des droits de l'homme», est absolument crucial. Il reflète une interrogation permanente: comment répondre à l'attente des justiciables qui se tournent vers nous?

Malgré la lourdeur de nos tâches respectives, il est bon, à intervalles réguliers, de réfléchir à la mission qui nous a été confiée en tant qu'acteurs des systèmes régionaux de protection des droits de l'homme.

Les anniversaires et les célébrations servent précisément à cela et c'est pourquoi ce 40ème anniversaire de l'entrée en vigueur de la Convention américaine des droits de l'homme et de la création de la Cour interaméricaine vient à point nommé.

* Président de la Cour Européenne des Droits de l'Homme 2015-2019.

J'ai conscience du caractère unique de notre rencontre, puisque tous les systèmes régionaux de protection des droits de l'homme sont représentés autour de cette table. Ce n'est pas la première fois qu'une telle rencontre se produit. Je suis fier de rappeler qu'en 2008, pour la première fois, nos trois cours régionales des droits de l'homme se sont réunies à la Cour de Strasbourg pour célébrer le 60ème anniversaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme lors d'un colloque intitulé «Les cours régionales des droits de l'homme».

Le fait d'avoir signé, ici même, la Déclaration de San José, premier texte commun à nos trois juridictions, est, en soi, un évènement exceptionnel et qui concerne une grande partie des habitants de la planète, tous ceux, en tout cas, qui vivent sur l'un de nos continents, l'Afrique, l'Amérique ou l'Europe. Pourvu, bien sûr, que leurs pays respectifs soient parties aux instruments sur la base desquels nous œuvrons.

Mais le rôle qui m'est dévolu ce matin m'oblige à quitter l'universel, qui nous rassemble, pour revenir au régional, et plus précisément au domaine de la Cour européenne des droits de l'homme.

Un régional particulièrement large, du point de vue européen, puisque, comme vous le savez tous, la Cour de Strasbourg ne se limite pas aux États membres de l'Union européenne. Elle fonctionne dans le cadre beaucoup plus large du Conseil de l'Europe, ce qui signifie qu'elle comprend des pays aussi différents que la Turquie, la Fédération de Russie, la Suède ou la Norvège. L'Ukraine et la Serbie également, pays au titre desquels mes collègues et amis Ganna Yudkivska et Branko Lubarda qui m'accompagnent ont été élus. Au-delà de l'ampleur que représente le champ géographique dans lequel fonctionne notre Cour, vous mesurez parfaitement la variété des cultures, des traditions et des systèmes juridiques. C'est d'ailleurs là un de nos premiers défis que d'élaborer des standards qui seront acceptables dans tous les pays où s'applique la Convention européenne des droits de l'homme.

Le titre de notre session «Succès et défis des systèmes régionaux de protection des droits de l'homme» me semble, à cet égard, particulièrement pertinent et je vais m'en expliquer.

D'abord, le terme «succès». Il ne m'appartient pas de délivrer un satisfecit à la Cour que je préside ni de me livrer à un plaidoyer pro domo. Toutefois, je vais vous livrer quelques éléments qui vous permettront d'apprécier si succès il y a.

Dans quelques mois, nous célèbrerons le 60ème anniversaire de notre Cour. Depuis sa création, en 1959, le système européen de protection des droits de l'homme a subi bien des évolutions, voire même des transformations. La plus importante est certainement celle qu'il a connue il y a 20 ans (décidément que d'anniversaires!) lorsque le mécanisme qui existait depuis l'origine, et qui n'était ni permanent ni entièrement juridictionnel, a cédé la place à la Cour unique et permanente que nous connaissons aujourd'hui.

J'ai connu et pratiqué personnellement les deux systèmes et j'ai même eu l'honneur de participer, en représentant mon pays lors de la négociation du Protocole n°11 à la Convention européenne des droits de l'homme, à la création du mécanisme actuel.

Un mécanisme qui a constitué une avancée considérable du point de vue des droits de l'homme, puisqu'il a permis d'ouvrir beaucoup plus largement aux individus, l'accès à notre juridiction strasbourgeoise. Mais les débuts de cette «nouvelle Cour», comme on l'appelait encore au début des années 2000, n'ont pas été faciles. En effet, on a pu assister en quelques années à un véritable déferlement des affaires devant cette cour unique, désormais directement accessible à tous.

Puisque le mot «succès» figure dans le titre de la session de ce matin, rappelons-nous qu'après quelques années d'existence, vers 2010, il était fréquent d'entendre ou de lire que la Cour de Strasbourg était «victime de son succès». En effet, en 2011, le nombre de requêtes pendantes avait atteint le niveau hallucinant de 160 000. La Cour était alors confrontée à son premier défi, qui demeure toujours une menace et qui est le défi quantitatif. Comment répondre en effet à un afflux massif de requêtes, dont beaucoup correspondent à un dysfonctionnement structurel dans le pays d'origine et comment y répondre avec des moyens limités?

L'entrée en vigueur du Protocole n°14, ainsi que les réformes internes, ont permis d'apporter des solutions efficaces à cet engorgement. Je n'entre pas dans le détail de ces réformes que vous connaissez.

Depuis le début du processus d'Interlaken, en 2010, première conférence intergouvernementale sur le futur de la Cour et qui a été suivie par celles d'İzmir, Brighton et Bruxelles, avant celle de Copenhague qui s'est tenue en avril dernier, nous n'avons cessé de rationaliser nos méthodes de travail pour augmenter notre efficacité et notre productivité.

Ces différentes conférences ont contribué à l'amélioration de notre système européen de protection des droits de l'homme.

Où en sommes-nous aujourd'hui?

À la fin de l'année 2016, on comptait près de 80 000 requêtes pendantes. Le nombre d'affaires pendantes s'élève aujourd'hui à 54 350. Les chiffres parlent d'eux-mêmes et je crois que l'on peut, sans vantardise, dire que la bataille quantitative a été gagnée. Même si, je tiens à le préciser, la situation de la Cour reste fragile. Elle n'est jamais à l'abri d'une avalanche de requêtes. Lorsque dans un État membre, des difficultés apparaissent, cela a fréquemment des conséquences sur l'activité de la Cour. J'en veux pour preuve ce qui s'est produit après la tentative de coup d'État en Turquie. Comme vous le savez, de très nombreuses requêtes ont été introduites contre la Turquie après cette tentative (environ 30.000 et il s'agissait, principalement, de requêtes émanant de personnes placées en détention, notamment des journalistes et des juges). La Turquie était alors remontée en deuxième position avec une augmentation très significative du nombre d'affaires. En effet, en 2016, on avait constaté une augmentation de 275 % des requêtes attribuées contre cet État. Voilà bien l'exemple d'une situation imprévue que la Cour est amenée à gérer.

Pour ceux qui s'intéressent de plus près à notre situation actuelle, quelques précisions.

Les plus gros pourvoyeurs de requêtes sont actuellement la Roumanie avec 9.350 requêtes, soit 17,2 % des affaires pendantes,

la Russie avec 9.200 requêtes, soit 16,9 % des affaires pendantes, l'Ukraine avec 6.950 requêtes pendantes et 12,8 % du volume total, puis la Turquie avec 6.400 requêtes pendantes, soit 11,8 % des requêtes. Mon propre pays, l'Italie, vient après avec 4.650 requêtes, soit 8,6 % du montant total, suivi par l'Azerbaïdjan avec 2.050 requêtes, soit 3,8 %. Ces six pays contribuent pour 71 % du volume total des requêtes.

Face à ce nombre important d'affaires, la Cour a été particulièrement active. Au cours de la seule année 2017, elle a statué dans plus de 85.950 affaires.

Pour vous livrer un panorama complet de notre situation, je préciserai que le problème actuellement le plus important est celui posé par les 26.000 affaires de chambre. Ces affaires constituent, en quelque sorte, le noyau dur de notre stock et il est essentiel que nous puissions y consacrer toute l'attention qu'elles méritent, car elles sont souvent importantes et soulèvent des problèmes plus graves.

Notre Cour, je l'ai dit, est parfois confrontée à des contentieux de masse qui révèlent des dysfonctionnements structurels ou systémiques. Pour y répondre, elle a inventé la technique de l'arrêt pilote qui est désormais solidement éprouvée.

Une fois les principes posés dans l'arrêt pilote, il appartient à l'État concerné de légiférer ou d'adopter les mesures nécessaires et ce, sous le contrôle du Comité des Ministres.

Un des nouveaux défis auxquels nous allons être confrontés dans un très proche avenir est certainement le Protocole n° 16, destiné à mettre en place un dialogue nouveau entre les plus hautes juridictions nationales et notre Cour.

Ce traité, qui entrera en vigueur dans quelques jours, le 1er août, permettra aux juridictions supérieures des États membres, si elles le souhaitent, d'adresser à la Cour des demandes d'avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention. Ces demandes interviendront dans le cadre d'affaires pendantes devant la juridiction nationale. L'avis consultatif rendu par notre Cour sera motivé et non contraignant. Élément supplé-

mentaire du dialogue judiciaire entre la Cour et les juridictions internes, il aura pour effet d'éclairer les cours nationales sans les lier pour autant.

Je suis convaincu que, lorsqu'elles feront le choix de statuer conformément à cet avis, leur autorité en sera renforcée pour le plus grand bénéfice de tous. Les affaires pourront ainsi être résolues au niveau national plutôt que d'être portées devant notre Cour.

Je vous ai donné, il y a un instant, un certain nombre d'informations quantitatives. Elles sont importantes, car nous sommes évidemment jugés à la manière dont nous traitons et dans quels délais les importants flux de requêtes qui nous parviennent.

Toutefois, l'essentiel n'est pas là. Ce qui compte le plus à mes yeux, et je suis convaincu que vous tous, dans vos juridictions respectives, vous partagez ce sentiment, c'est la qualité et l'acceptabilité de nos décisions.

Chaque année, des questions sensibles et importantes convergent vers notre Cour, laquelle est invitée à prendre position dans des matières inédites et souvent complexes. Si vous examinez notre jurisprudence, sans doute serez-vous frappés par l'ampleur et la diversité du rôle de la Cour européenne des droits de l'homme. Les questions que nous traitons ont à voir avec des situations concrètes de la vie qui parlent à un grand nombre d'entre nous.

Cela témoigne de la confiance que les citoyens européens nous accordent. C'est aussi une lourde responsabilité qu'ils font peser sur nous et dont nous essayons de nous montrer dignes.

Alors, si vous me le permettez, je réponds à la question posée dans le titre de notre session. Oui, je crois que le système européen de protection des droits de l'homme est un succès. Parce que si l'on regarde dans le rétroviseur, il a permis, tout au long de ses 60 années d'existence, de faire en sorte que les droits de l'homme soient mieux protégés sur le continent européen.

Il a su s'adapter aux bouleversements historiques majeurs qui se sont produits sur notre continent. Il a créé un standard mi-

nimum de droits qui bénéficient à des centaines de millions de justiciables.

Comme le disait, lors de sa venue à la Cour, le Président de la République française, Emmanuel Macron: «La Cour européenne des droits de l'homme est et demeure un repère majeur pour les Européens».

Je ne peux évidemment que me réjouir de cette affirmation. Mais je sais à quel point, dans les temps troublés que traverse notre continent, notre situation est incertaine. L'Europe est confrontée au défi du terrorisme, à celui des migrations. Sur ces questions hautement délicates, la Cour est appelée à intervenir. Vous imaginez la difficulté de notre tâche, alors qu'on assiste, ici et là, en Europe à une remise en cause du modèle des droits de l'homme tel qu'il est apparu à l'issue du 2ème conflit mondial ou de la chute du mur de Berlin. On constate des replis identitaires qui se font jour dans certains États.

Soyons lucides: la pérennité de notre mécanisme n'est jamais assurée et il nous faut constamment le défendre.

Voici le vrai défi que nous nous efforçons de relever chaque jour: laisser intact notre Cour aux générations futures.

En m'exprimant aujourd'hui devant vous, je me rends compte que notre Cour n'est pas isolée. Nos différentes juridictions qui composent la galaxie des droits de l'homme s'épaulent et se renforcent. Unis, nous sommes plus forts. C'est le sens de notre rencontre et je me réjouis d'avoir pu échanger avec vous sur ces questions aussi essentielles.

La persona, la razón de ser del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

*Carlos Alvarado Quesada**

Señoras y señores,

Disertar, al comienzo de estas jornadas, acerca de una institución tan importante en el continente como lo es el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, puede resultar redundante. Ustedes presenciarán, en estos dos días, exposiciones muy destacadas de quienes se encuentran en la primera línea de defensa de los derechos de las personas, de personas expertas y de quienes han vivido en primera persona la violación de sus derechos.

Es por ello que considero mucho más relevante emplear estos minutos para referirme a lo que estimo más importante en cualquier institución social, pero de modo especial en aquellas destinadas a la protección de las personas. Me refiero a cómo y cuánto el Sistema Interamericano ha impactado positivamente en la vida de las personas, ha incidido directamente en el resguardo de sus proyectos de vida, se ha interpuesto frente a la autoridad estatal para garantizar su seguridad y dignidad.

* Presidente de la República de Costa Rica 2018-2022.

Derechos Humanos y calidad de vida de las personas

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 marcó el punto de partida para el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al reconocer por primera vez a escala internacional los derechos de todas las personas.

Con el paso de las décadas, la Comunidad Internacional fue consolidando un cuerpo normativo robusto, conformado por pactos y declaraciones en favor de los derechos de las personas como sujetos merecedores de protección.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha seguido avanzando, en forma progresiva y sostenida, permitiendo el reconocimiento de cada vez más derechos, así como el establecimiento de instituciones y procedimientos, en los planos interno e internacional, para su debida protección.

La razón esencial de estos avances consiste en impactar significativamente la calidad de vida de las personas. Este valor hace alusión directa a la satisfacción de sus necesidades materiales, sociales y culturales, de la posibilidad de realización de la persona en el plano personal y frente al colectivo.

La idea de interdependencia de los derechos humanos apunta en esa precisa dirección. La plena garantía de cualquier derecho implica la necesaria protección de todos los demás, de los propios y los ajenos, de los individuales y los sociales, de los derechos de libertad y los de carácter prestacional.

Es deber de los Estados velar por la seguridad de sus comunidades. Pero no menos relevante es garantizarles educación de calidad, posibilitarles el acceso a servicios eficaces de salud, a expresiones culturales diversas, a los avances en la tecnología, a la posibilidad de generar un emprendimiento, al respeto de la voluntad popular, en fin, a vivir en un entorno favorecedor del desarrollo personal y social.

El ser humano ante la Corte IDH

La labor encomiable que desempeñan los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos es reco-

nocida en todo el orbe por su rigurosidad, innovación y compromiso. Pero es todavía más importante el impacto que su actuación tiene en las personas del continente americano.

La mayor grandeza del Sistema lo constituyen las muchas mujeres y hombres que han encontrado en él la protección que sus Estados no supieron, no pudieron o no quisieron brindarles.

Caso *Cepeda Vargas vs. Colombia*

Manuel Cepeda Vargas, militante de la Unión Patriótica y del Partido Comunista de su país, fue víctima de la acción del Estado, que le persiguió por razones políticas. La pérdida de su vida se dio en un contexto de creciente violencia, considerada "sistémica" por la Corte, que involucró acciones coordinadas de agentes estatales con miembros del Ejército y grupos paramilitares.

La decisión de la Corte Interamericana, evidentemente, no pudo evitar el homicidio del señor Cepeda. No obstante, generó precedentes relevantes para marcar los límites de la acción estatal en cuanto al uso de la fuerza oficial y la garantía del debido proceso. El Estado debió indemnizar a sus deudos, reconocer públicamente su responsabilidad y garantizar el acceso efectivo a la justicia.

Caso *González y otras ("Campo algodonero") vs. México*

Esmeralda Herrera Monreal, Laura Ramos Monárrez y Claudia Ivette González, de 14, 17 y 20 años, respectivamente, fueron víctimas por partida doble. Primero, en su libertad sexual, su dignidad humana y su integridad física. Posteriormente, lo fueron por la negligencia del Estado para que sus instituciones pudieran resolver eficazmente sus casos y producir justicia. La vida de estas y otras mujeres del Estado de Chihuahua fue cegada por su condición de mujeres y el Estado no persiguió en forma debida los crímenes cometidos contra ellas, precisamente, por tratarse de mujeres.

Al resolver este paradigmático caso, la Corte Interamericana exigió al Estado demandado —y, por ende, a todos los Estados miembros— incorporar la perspectiva de género en la investigación y persecución de los casos penales, implementar programas de educación y capacitación a funcionarios públicos en materia de derechos humanos, brindar atención médica, psicológica o psiquiátrica gratuita a las familias de las víctimas, y hacer justicia con estos lamentables casos.

Caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*

La señora Grettel Artavia Murillo, su pareja y otras 18 familias tuvieron vulnerados sus derechos debido a la injerencia indebida el Estado en sus vidas privadas que, tras un fallo de la Justicia Constitucional, se vieron imposibilitadas de acceder a la fecundación *in vitro* como procedimiento de fecundación asistida.

La Corte estableció la obligación del Estado de dejar sin efecto, a la brevedad, la prohibición de practicar la FIV y asegurar que quienes requieran y deseen emplear la técnica puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al disfrute de sus derechos. Determinó que el Estado no debe ser un obstáculo para el ejercicio de la libre determinación de las personas, que este debe garantizar a sus habitantes el acceso a los avances de la ciencia y velar por su bienestar.

Caso *Lagos del Campo vs. Perú*

El señor Alfredo Lagos del Campo perdió su empleo como consecuencia del ejercicio legítimo de su libertad de expresión. La Corte Interamericana determinó que el Estado no lo protegió debidamente contra un despido basado en que hizo manifestaciones de interés público y no destinadas a perjudicar la reputación de la empresa empleadora.

En este histórico fallo, la Corte reconoció la existencia de un derecho a la estabilidad en el empleo y, por ende, el deber de los Estados de determinar las causales de terminación de la relación

de trabajo y asegurar una adecuada indemnización para los despidos sin justa causa.

Caso *Atala Riffo vs. Chile*

La señora Karen Atala Riffo fue víctima de discriminación en razón de su orientación sexual. La acción del Estado, al decidir acerca de la custodia de sus hijas menores, implicó una diferenciación ilegítima y una interferencia arbitraria en la vida privada y familiar de ella y sus tres hijas. La Corte dejó claro que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención, por lo que está proscrita cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona.

La Corte ordenó al Estado brindar a las víctimas la atención requerida, en forma gratuita e inmediata y le impuso el deber de generar programas permanentes de educación y capacitación para asegurar los derechos de las personas LGBTI por parte de todas las agencias oficiales. Finalmente, condenó al Estado a indemnizar el daño causado.

Corolario

En todos estos casos y en los que han conocido a lo largo de todos estos años, se demuestra que la actuación de los órganos que conforman el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos no solamente aseguran la evolución del régimen de libertades en el continente americano. Su principal éxito ha sido atender las necesidades de las personas que han sido víctimas de la trasgresión de sus derechos y propiciar una adecuada reparación.

Los tribunales internacionales tienen la trascendental tarea de velar por la reparación integral de los daños generados por los hechos que lesionen los derechos humanos. Esta labor resulta vital para el Derecho Internacional, ya que mediante la restitución integral se persigue regresar la situación violentada a su estado anterior a la lesión.

En 233 casos contenciosos, la Corte Interamericana ha conocido una gran variedad de temas. Cuando ha determinado la trasgresión de normas pertenecientes al *corpus iuris* interamericano, ha ordenado diversas formas de reparación y, de forma proactiva, supervisa el cumplimiento de sus fallos.

Dentro de la amplia gama de medidas reparatorias empleadas, la Corte ha puesto en práctica, entre otras:

- Las medidas de reparación pecuniaria, algunas veces simbólicas, frente a la magnitud de las lesiones de derechos humanos.
- El deber de investigar, identificar y sancionar a los responsables de las violaciones corroboradas, para encontrar la verdad de los hechos y, a su vez, dar paz u honrar la memoria de las víctimas, su familia y la sociedad.
- La Corte IDH comprendió desde hace varias décadas que la reparación del daño ocasionado a las víctimas no se subsanaba únicamente con una compensación monetaria. El reconocimiento y la disculpa pública del Estado, la conmemoración, la publicación de la sentencia, son medidas de gran impacto inmaterial.

Más recientemente, la Corte ha evolucionado hacia la noción de restitución colectiva de los derechos humanos, frente al tradicional enfoque de reparación individual. Se empezó a valorar a la víctima como parte de una familia y de una sociedad que también resultaban afectadas por las violaciones y que requerían ayuda para su recomposición. Es de esperar que esta evolución se mantenga y, con el tiempo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos siga produciendo nuevas y más efectivas formas de reparación de los daños causados por la trasgresión de la dignidad humana.

Así como la Corte ha ampliado significativamente su ámbito de protección en temas como los derechos tutelados, los sujetos obligados, o incluso el parámetro de convencionalidad empleado, es de esperar que también desarrolle mecanismos cada vez más específicos para cada caso, para cada víctima y para cada circunstancia. Medidas, en fin, más centradas en la complejidad y el valor intrínseco de la condición humana.

El futuro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La conmemoración que hoy nos congrega no es tan solo para recordar todo lo mucho que la puesta en funcionamiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos ha hecho por la vida de las personas de este continente. También nos sirve de marco para mencionar cómo visualizamos el futuro de la lucha por el respeto de la dignidad humana en el continente americano.

No podemos permitir que nuestro Sistema Interamericano de Derechos Humanos sea amenazado por algún tipo de retroceso. Es fundamental que la Corte Interamericana se mantenga firme en los avances alcanzados durante estos 40 años de vigor del Pacto de San José, impulsando la participación de la víctima como figura central del proceso y disponiendo la restitución humana de la integridad de la víctima, de su familia y su sociedad.

Los Estados estamos en la obligación de promover y fortalecer las funciones encomendadas a la Comisión Interamericana y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tenemos el deber de evitar una nueva crisis por falta de recursos financieros en estos órganos regionales; es urgente consolidar la estabilidad de estas autoridades si aspiramos a una región más democrática y respetuosa de los derechos humanos.

No debemos olvidar que la promoción de derechos humanos debe iniciar en lo interno de cada uno de nuestros territorios, la vía jurisdiccional regional es un mecanismo subsidiario, así como lo consagra la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "los Estados Partes nos comprometemos a respetar los derechos y libertades reconocidas en ella".

Indudablemente, continúa siendo un reto para nuestro sistema de protección conferir a la Corte Interamericana un carácter permanente para el ejercicio de sus labores jurisdiccionales con el objetivo de equiparar un funcionamiento al de otros tribunales internacionales y así contar con una autoridad regional con mayor capacidad para defender el contenido del Pacto de San José.

Tras 40 años de su entrada en vigor, la Convención Americana sobre Derechos Humanos demanda con premura de los Estados signatarios, la sociedad civil y los órganos regionales un trabajo de arquitectura conjunto, encaminado hacia un modelo de protección de los derechos humanos más sólido, transparente y respetuoso del cumplimiento de las obligaciones internacionales adquiridas de buena fe para resguardar el valor de todo ser humano.

Deseo saludar a la honorable jueza y a los honorables jueces, a su secretario, a su secretaria adjunta, así como a todo el personal de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en esta emblemática conmemoración de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Es motivo de orgullo para Costa Rica ser la sede de este honorable tribunal internacional, pero como continente americano compartimos el orgullo de contar con una autoridad jurisdiccional de alto nivel, de incansable labor en la protección de los derechos humanos.

Mis más sinceros votos de éxito en sus labores al señor presidente, honorable juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, así como al señor vicepresidente, honorable juez Eduardo Vio Grossi, quienes asumieron este año el altísimo reto de dirigir la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que con absoluta seguridad sabrán llevar adelante esta tarea haciendo aún más consolidado y ejemplar a nuestro sistema de tutela.

Extiendo mis deseos de éxito a la labor que desempeña la honorable jueza Elizabeth Odio Benito, así como a los jueces, Honorables Humberto Antonio Sierra Porto, Leoncio Patricio Pazmiño Freire y Eugenio Raúl Zaffaroni.

Por destacar en la región como un referente de protección de los derechos humanos, el Estado costarricense se complace de celebrar, en la misma ciudad y el mismo sitio donde se suscribió el Pacto de San José, 40 años de logros conjuntos en el continente americano. No debemos bajar nuestras fuerzas ni olvidar nuestros objetivos en torno a garantizar el pleno respeto de los derechos humanos, la paz y la justicia, que han sido las bases de nuestro Sistema desde la emisión de la Carta de la Organización de los Estados Americanos.

PANEL I.
LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: PASADO, PRESENTE Y FUTURO



Recuerdos y reflexiones 40 años después

*Pedro Nikken**

Introducción

Ante todo, me complace agradecer al presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mi muy apreciado juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, por haber organizado esta conmemoración de los 40 años de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por haber convocado a todos quienes hemos tenido el honor de haber ejercido su presidencia, para compartir recuerdos y reflexiones a la luz de nuestra experiencia.

No puedo evitar referirme a mi experiencia personal como juez de la Corte Interamericana entre 1981 y 1990, y como su presidente entre 1983 y 1984. Cuando se instaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos, yo era un muy joven decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Había hecho estudios de postgrado en Derecho Internacional bajo la dirección del profesor Paul Reuter en la Universidad de París II, pero no era un especialista en derechos humanos (aunque las recordaba bien, percibía aún como lejanas las advertencias de mi profesor: "presten atención a lo que está ocurriendo en la Corte Europea de Derechos Humanos, porque eso va a cambiar el derecho internacional").

* Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1983-1984.

De hecho, en aquellos años solo unos pocos iniciados podían considerarse especialistas en lo que hoy llamamos derecho internacional de los derechos humanos: Cassin, Sohn, Lauterpacht, Buergenthal, Vasak, Kiss, Meron.

Recibí con interés y expectativas la noticia de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la posterior elección de la primera Corte. Sin embargo, poco después recibí la llamada de algunos amigos, entre quienes estaba don Eduardo Vío Grossi, entonces profesor de mi facultad y hoy vicepresidente de la Corte, informándome que se había creado una vacante, pues el jurista salvadoreño Miguel Urquía, electo como juez por la Asamblea General de la OEA, había decidido no aceptar el cargo. Me da su parecer de que Venezuela debería postularme para cubrir esa vacante. Surgió así mi candidatura y mi elección con un año de retraso para integrarme a la primera Corte. Por eso, aun cuando no estuve presente en la ceremonia de instalación del Tribunal en el Teatro Nacional de San José, siempre me he considerado un integrante de la primera Corte.

Para atender a la invitación del Presidente Ferrer Mac-Gregor, voy a limitarme a evocar dos grupos de cuestiones. El primero está referido al impacto que tuvo mi llegada a la Corte sobre mi persona y mi compromiso con la causa de los derechos humanos y la democracia. El segundo, a algunos momentos que encuentro culminantes en el aporte de la corte al derecho internacional de los derechos humanos durante el tiempo en que fui miembro de ella.

El resto de mi vida

Mi elección a la Corte Interamericana de Derechos Humanos inauguró el resto de mi vida. Cuando me incorporé a ella en 1980, todo estaba por hacer. Los primeros trabajos de la Corte se dirigieron a aprobar su Reglamento, conseguir su sede física, crear, mediante un convenio con Costa Rica, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y hacer gestiones para obtener el reconocimiento de su competencia contenciosa por el mayor número de Estados, pues para 1981 solamente Costa Rica, Perú, Venezuela y Honduras lo habían hecho.

¿Qué significaba la creación e instalación de una Corte de Derechos Humanos en el sistema hemisférico? No quiero referirme al muchas veces ambiguo y superfluo compromiso de los Estados que la ratifican, sino al alcance conceptual e histórico del hecho, en particular a dos características esenciales de los derechos humanos que se ponían en evidencia con la creación de la Corte: su juridificación y su universalidad.

Un tribunal de derechos humanos, sea nacional o internacional, implica la consolidación de los derechos humanos como categoría jurídica autónoma porque constituye la más enaltecida expresión de su juridificación. Los derechos humanos han sido progresivamente proclamados durante un segmento relativamente reciente en la historia de la filosofía, del derecho y de las ideas e instituciones políticas. Paradójicamente, son apreciados como atributos innatos de todo ser humano que, por lo tanto, existen desde que el ser humano existe, pero debieron esperar varios milenios antes de que se los reconociera como tales. Esto se explica porque la proclamación de los derechos humanos como atributos de todo ser humano, y con todas sus connotaciones conceptuales, son una conquista y un afortunado hallazgo. Su reconocimiento ha resultado de luchas y movimientos sociales para doblegar a poderes opresores.

La afirmación de que los derechos humanos son una conquista reposa sobre el hecho de que resultan de ganar con esfuerzo algo que no se tenía y que se obtuvo, en el caso, para siempre. En ese esfuerzo se conjugaron el pensamiento de quienes edificaron el concepto de derechos innatos de la persona humana con las luchas sociales que arrancaron su reconocimiento al poder público. Esto, desde luego, envuelve cierta incongruencia que incluso podría insinuarse como contradicción, puesto que, si se trata de atributos innatos, como tales, se tienen desde siempre y no pueden ser objeto de conquista.

Sin embargo, esa paradoja se explica y la aparente contradicción se desvanece, si se tiene presente que lo verdaderamente relevante desde el ángulo histórico-jurídico no fue la mera aceptación teórica de los atributos de la dignidad humana, sino su reconocimiento por el poder público como derechos subjetivos

inherentes a todo ser humano, por el solo hecho de serlo, que el Estado debía respetar, proteger y garantizar.

La juridificación marca la gran divisoria histórica de los derechos humanos que fueron objeto de declaraciones y otros actos jurídicos que los reconocían como atributos jurídicos actuales de todo ser humano. Esto no significó que fueran inmediatamente efectivos, pero fue la base de los diversos títulos jurídicos que se fueron construyendo para reclamar al Estado su efectividad. Un tribunal internacional para garantizar los derechos humanos se sitúa en la cúspide de su juridificación.

Los derechos humanos han sido reconocidos como inherentes al ser humano, lo cual comporta que pertenecen al ser humano como tal. La universalidad es corolario de la inherencia, pues significa que los derechos humanos corresponden de manera igual a toda persona, sin discriminación alguna y solo a la persona humana; vale decir, el sujeto de derecho en la relación jurídica que emana de los derechos humanos es todo ser humano, por el solo hecho de serlo y solo al ser humano. Por lo tanto, ellos pueden hacerse valer en la jurisdicción de cualquier Estado, en todo el mundo y frente a todo el mundo.

La universalidad es una de las bases de la internacionalización de los derechos humanos. Como los derechos humanos son inherentes a la persona como tal, no dependen de la nacionalidad o del territorio donde se encuentre: los porta en sí misma. Si ellos limitan el ejercicio del poder, no puede invocarse la actuación soberana del gobierno para violarlos o impedir su protección internacional. Por ser tan universales como la dignidad de la persona, los derechos humanos arraigan universalmente, más allá de los Estados y el concepto absolutista de la soberanía. Los derechos humanos están por encima del Estado y de la soberanía absoluta; no puede considerarse que se violenta el principio de no intervención cuando se ponen en movimiento los mecanismos organizados por la comunidad internacional para su promoción y protección.

El vínculo entre la universalidad y la inherencia de los derechos humanos impone un límite a la competencia soberana del Estado. No es el Estado quien decide cuáles son los derechos

humanos. El Estado los reconoce, no los crea y, por ser bienes universales que corresponden a todo ser humano, tiene obligaciones de respeto, protección, satisfacción y garantía respecto de todos los derechos humanos de todas las personas bajo su jurisdicción.

A partir de mi elección a la Corte, me concentré intelectual y políticamente con la causa de los derechos humanos. Tenía un compromiso con un partido político, pero renuncié a su militancia cuando dos de sus más altos voceros aboga ron por el restablecimiento de pena de muerte en mi país. Contribuí a formar ONGs, dediqué buena parte de mi tiempo al Instituto Interamericano de Derechos Humanos y a la Comisión Internacional de Juristas, jugué un papel activo con las Naciones Unidas en El Salvador. En fin, terminé convirtiéndome en experto en lo que no era al llegar a la Corte, esto es, en el derecho internacional de los derechos humanos, una disciplina fascinante intelectualmente y, a la vez, un conducto para materializar una vocación de servicio.

Algunos momentos culminantes

La Corte tropezó con una dificultad inicial en su relación con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Inmediatamente después de la entrada en vigencia de la Convención, la Comisión no modificó su Reglamento ni su práctica para adecuarlos a los nuevos procedimientos pautados por la Convención y, en particular, para contemplar su relación con la recién creada Corte. Se atuvo a la inercia de su funcionamiento como instancia única e ignoró la presencia de la Corte. Algunos colegas lo atribuyeron a la rivalidad institucional. No envió casos y tampoco solicitó de la Corte una opinión consultiva, a pesar de que su Reglamento no era obstáculo para ello.

No fue sino después que el Gobierno del Perú requiriera la primera de esas opiniones en abril de 1982, que la CIDH se animó a imitarlo. Pero no introdujo casos contenciosos. Hasta 1988, la Corte solo emitió opiniones consultivas.

Dos opiniones consultivas

No voy a entrar a analizar todas las opiniones consultivas de la Corte, ni siquiera las que se dictaron mientras yo fui juez, pero sí quiero mencionar dos de ellas, la OC-3 y la OC-5.

La OC-3 (Restricciones a la Pena de Muerte, arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos) fue solicitada por la Comisión en conexión con la aplicabilidad de una reserva de efectos puntuales relativa a la pena de muerte, si podía aplicarse a situaciones en las cuales dicha pena no estaba prevista para determinados delitos en el momento de la ratificación de la Convención por un país (en el caso, se trataba de la Guatemala de Ríos Mont), pero que había sido extendida a esos delitos ulteriormente, lo cual está explícitamente prohibido por la Convención.

Para aquel momento, había varias personas ejecutadas o condenadas a muerte por la ley sobrevenida. Jurídicamente el punto no era difícil, salvo quizás si podía solicitarse una opinión consultiva referida a un caso concreto ocurrido dentro de un Estado que no había aceptado la jurisdicción obligatoria de la Corte.La Corte decidió admitir y responder la consulta y dio la razón a la CIDH. Para delimitar su dictamen de una sentencia contenciosa se cuidó de no mencionar ni identificar a las víctimas de la legislación guatemalteca.

Por eso la OC-3 expresa un hecho muy importante, que ilustra el papel de la Corte como órgano de protección efectiva de los derechos humanos. En la audiencia convocada por la Corte, el agente de Guatemala, que era el entonces viceministro de Relaciones Exteriores, anunció que su Gobierno suspendería las ejecuciones pendientes hasta tanto la Corte rindiera su opinión, lo cual salvó definitivamente la vida de los sentenciados, pues en ese intermedio el general Ríos Mont fue derrocado, la ley sobrevenida en pugna fue derogada y aquellas ejecuciones nunca tuvieron lugar.

Nunca supimos los nombres de esas personas, pero es un hecho cierto que fueron los primeros beneficiarios directos de la existencia de la Corte y su salvación constituyó una feliz primera vez para quienes entonces éramos jueces: la de experimentar

que, aun ejerciendo la jurisdicción consultiva, la actuación de la Corte podía, en efecto, poner límites a las arbitrariedades de un Estado y, en el caso, salvar vidas y conducir a reformas en el orden jurídico interno para sujetarlo a las exigencias de la Convención. Teníamos mandato al interpretar la Convención con arreglo a su objeto y fin porque, en definitiva, la protección de las víctimas es el sustrato que justifica la existencia de la Corte, de la misma Convención y del derecho internacional de los derechos humanos. Asimismo, en aquel momento se puso de manifiesto, tal vez por primera vez, el fruto positivo para el sistema de la cooperación entre la Corte y la Comisión.

La OC-5 (La colegiación obligatoria de periodistas, arts. 13 y 29 Convención Americana sobre derechos Humanos, 13 de noviembre de 1985) se presentó en un contexto muy especial, pues fue solicitada por Costa Rica a pesar de que, previamente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos había concluido que las disposiciones legales en juego no violaban el Pacto de San José. La Corte Interamericana, en cambio, por unanimidad, decidió que dichas normas no eran compatibles con la Convención, particularmente con la definición de libertad de expresión contenida en el artículo 13 de la Convención, que garantiza dicha libertad en términos más amplios que cualquier otro tratado.

La OC-5 fue, entre las nueve opiniones consultivas en las que participé como juez, la que requirió mayor debate conceptual. Su contexto mismo lo exigía, pues la conclusión de la Corte contradijo las conclusiones de la Comisión en el caso del señor Stephen Schmidt, ciudadano estadounidense residente en Costa Rica, condenado en este país por ejercer como periodista sin estar inscrito en el Colegio Nacional de Periodistas.

Por esa razón, la CIDH alegó ante la Corte que la colegiación obligatoria de periodistas no violaba la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte, por unanimidad, decidió lo contrario.

Esa opinión consultiva contiene los conceptos fundamentales sobre libertad de expresión que han imbuido la jurisprudencia de la Corte desde entonces, en particular sobre la dimensión individual y la dimensión social de ese derecho, sobre su inconmovible

vínculo con la democracia y sus valores, sobre la función de los periodistas y de los medios de comunicación en una sociedad democrática, etcétera.

Adicionalmente, la OC-5 fue la ocasión para plasmar una preocupación común de los jueces de entonces, como lo era la definición de los estándares que deberían servir para la interpretación de la Convención. No se trataba solo de una necesidad hermenéutica, sino de la conciencia sobre la influencia de lo que entonces dijéramos sobre la ulterior jurisprudencia de la Corte. Mi preocupación, compartida con mis colegas, era la de interpretar y aplicar la Convención de manera acorde con los generosos conceptos que en general esta contiene, pero hacerlo dentro del más estricto rigor jurídico; que estuviera siempre claro que nos ateníamos al derecho internacional como guía para atender al texto y al contexto, lo mismo que al objeto y fin de la Convención.

Así, en la OC-5, se definieron las condiciones de legitimidad de las restricciones autorizadas a la libertad de expresión, en términos que *mutatis mutandis* son aplicables a todos los derechos garantizados por la Convención. Asimismo, aborda los conceptos de orden público y bien común como comprensivos de la plena garantía de los derechos humanos, de modo que no pueden ser legítimamente invocados para restringirlos abusivamente.

También se afirmó explícitamente el principio *pro personae* a través de lo que Vasak ha llamado la "cláusula del individuo más favorecido: "si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana". En todo momento compartimos la conciencia de ser los jueces pioneros, lo cual multiplicó nuestra responsabilidad institucional. Esta conciencia estuvo bien presente en los primeros casos contenciosos.

Los Casos Hondureños

El 24 de abril de 1986, es decir, más de ocho años después de la elección de la primera Corte, la Comisión introdujo ante ella los primeros tres casos contenciosos, todos contra Honduras, invo-

cando la responsabilidad del Estado por la desaparición forzada de Manfredo Velásquez Rodríguez, Saúl Godínez Cruz y Francisco Fairén Garbi y Yolanda Solís Corrales. Son conocidos también como los "Casos Hondureños", pero debo advertir que mis observaciones estarán referidas al caso *Velásquez Rodríguez*, el primero en ser decidido.

Estos casos, solo por el hecho de ser los primeros sometidos a la jurisdicción contenciosa de la Corte, de suyo planteaban ciertos desafíos, pero en este recuento solo quiero evocar dos de ellos. El primero fue el notoriamente deficiente trámite del asunto ante la CIDH. El segundo fue una defensa del Estado demandado sustancialmente fundada sobre la falta de pruebas para imputarle esas desapariciones.

Con respecto a lo primero, el Estado incluyó en su respuesta varias denuncias de defectos de forma, aunque sin articularlas en su conjunto como objeciones preliminares, sino más bien entremezclándolas con las defensas de fondo. En cuanto al expediente remitido por la CIDH, por su parte, lo menos que puede decirse es que no estaba bien organizado ni ordenado, lo que dentro de la teoría conspirativa institucional se prestaba a ser especulado como algo destinado a que la Corte no admitiera los casos, debilitando su queja de que la Comisión no cumplía con su función al no remitir a la Corte casos relativos a Estados que habían aceptado su jurisdicción contenciosa.

En realidad, la Comisión instruyó la causa sujetándose a sus normas procesales anteriores a la entrada en vigencia de la Convención, lo cual no afectaba necesariamente la lógica del proceso, pero sí daba pie a cierta confusión que fue invocada por el Estado para objetar la admisibilidad de la demanda.

Con respecto a lo segundo, el Estado se limitó a no promover pruebas y a descansar su defensa en que la carga de la prueba correspondía a la demandante, quien no habría podido demostrar que la desaparición de las víctimas era un hecho imputable al Estado.

La Corte abordó estos temas teniendo en mente que no debía extraviarse en formalismos que inhibieran su función como tribunal de derechos humanos, más aún cuando se trataba de su

inauguración como instancia contenciosa. No se trataba solo de hacer justicia en el caso concreto, sino de definir e imprimir el designio del Tribunal. La Corte resolvió ambos asuntos, ateniéndose a un mismo concepto ya expresado en su Opinión Consultiva No. 2 (El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

La Convención Americana no es un tratado tradicional concebido "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...". La Convención es un tratado protector y como tal ha de interpretarse y aplicarse. La Corte, en *Velásquez Rodríguez*, afirmó que "la Convención debe interpretarse de manera de darle su pleno sentido y permitir que el régimen de protección de los derechos humanos a cargo de la Comisión y de la Corte adquiera todo 'su efecto útil'". Se estableció un criterio dominante, que conduce a ofrecer la más amplia protección posible a las víctimas, dentro de los términos de la Convención.

Dentro de ese espíritu, la Corte abordó los dos dilemas fundamentales que se le plantearon. En cuanto a los defectos de forma, el Tribunal reconoció que, en el trámite del caso, la Comisión no se había ajustado a los términos de la Convención, pero que este hecho no configuraba "un extremo capaz de impedir el normal desarrollo del procedimiento ante la Comisión" (*Velásquez Rodríguez*, Excepciones Preliminares, 41). Asimismo, concluyó que las infracciones en las que incurrió la Comisión "en ninguna forma ha perjudicado los derechos del Gobierno y, en consecuencia, no hay lugar a declarar inadmisible la demanda por esas razones." (*Velásquez Rodríguez*, Excepciones Preliminares, 77).

Un poco más complejo fue el tema de la defensa del Estado. Creo que no es inapropiado confesar, 30 años después, que en lo personal me parecía repugnante una defensa que no promovía pruebas y se basaba solamente en la supuesta insuficiencia probatoria de la CIDH, pues ese razonamiento pretendía engranar la jurisdicción de derechos humanos en la lógica de "crimen perfecto" que subyace a la desaparición forzada. Frente a esto y dentro de la misma perspectiva de tratado protector de la Convención, la Corte resolvió el asunto a través de tres grupos de consideraciones:

a) En lo atinente a la cuestión probatoria, la Corte observó que la desaparición forzada de personas es una "...forma de represión se caracteriza por procurar la supresión de todo elemento que permita comprobar el secuestro, el paradero y la suerte de las víctimas" (*Velásquez Rodríguez*, Fondo, 131). Por consiguiente, "...la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado" (*Velásquez Rodríguez*, Fondo, 135). Asimismo, con base en jurisprudencia internacional general, la Corte afirmó su potestad "para evaluar libremente las pruebas" (*Velásquez Rodríguez*, Fondo, 127), incluida, claro está, la prueba indiciaria (*Velásquez Rodríguez*, Fondo, 131).

b) Para resolver el tema de la imputación al Estado de la desaparición forzada de la víctima, la Corte precisó el alcance de las obligaciones asumidas por los Estados a la luz del párrafo 1 del artículo 1 de la Convención y de las reglas aplicables del Derecho internacional general. Para ese fin, diferenció entre la obligación de respeto y la obligación de garantía de los derechos humanos. El respeto a los derechos humanos significa que el poder del Estado está limitado por ellos, que debe ser ejercido según ellos y no a la inversa. La garantía es más amplia, pues "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. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos" (*Velásquez Rodríguez*, Fondo, 165).

c) La Corte tuvo por probado por cúmulo indiciario "que la desaparición de Manfredo Velásquez fue consumada por agentes que actuaron bajo la cobertura de una función pública." Aclaró, sin embargo, que "aunque no hubiera podi-

> do demostrarse tal cosa, la circunstancia de que el aparato del Estado se haya abstenido de actuar [...] representa un incumplimiento imputable [al Estado] de los deberes contraídos en virtud del artículo 1.1 de la Convención, según el cual estaba obligada a garantizar a Manfredo Velásquez el pleno y libre ejercicio de sus derechos humanos" (*Velásquez Rodríguez*, Fondo, 182).

Esta sentencia, como es bien sabido, ha impregnado jurisprudencia de la Corte y ha sido un referente universal para la responsabilidad internacional derivada de la violación de obligaciones convencionales sobre derechos humanos, particularmente en casos de desaparición forzada. Una máxima que subyace a ella es que la Convención Americana debe interpretarse y aplicarse en el sentido que ofrezca la más amplia protección a la víctima. La jurisprudencia de la Corte se ha acogido también a este concepto, con algunas excepciones lamentables que no es el caso recordar acá, pues en verdad no afectan el balance positivo del Tribunal.

Concluyo afirmando la fascinación que produce el desarrollo de la jurisprudencia y del peso de la Corte desde aquellos ya remotos tiempos, y cómo ha sido un vehículo inigualable para el desarrollo progresivo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

The First Years of the Inter-American Court of Human Rights

*Thomas Buergenthal**

In the late 1970's, while teaching at the University of Texas Law School in Austin, I was closely following the drafting process of the American Convention on Human Rights, its adoption and subsequent entry into force in 1978.[1] I was drawn to the American Convention because my research on the European Convention of Human Rights and its impact had convinced me that regional human rights systems were more likely to produce better human rights results than the efforts of the United Nations.

That is why I also regularly discussed the human rights activities of the Organization of American States (OAS) in the human rights classes I taught at the State University of New York (Buffalo) Law School, and later at the University of Texas Law School (Austin). Considering the US policy of ratifying only very few human rights treaties, I frequently made the point to my students that the United States would probably not ratify the proposed American Convention in the very near future, if ever. As a result, no US national would ever sit on the new Inter-American Court of Human Rights because it was most un-

* President of Inter-American Court of Human Rights 1985-1986.

1 See Buergenthal, T., The American and European Conventions on Human Rights, 30 American Univ. Law Rev. 155, 1980. See also Fox, D., The American Convention on Human Rights and Prospects for United States Ratification, 3 Human Rights (ABA) 242, 1973.

likely that another state party would nominate a US national for a seat on the Court.

Then, one day, the phone rang in my office at the University of Texas. The caller identified himself as the Costa Rican ambassador to the OAS. He explained that his Government wanted to nominate me to the new Inter-American Court of Human Rights. He was therefore instructed to inquire whether I would accept the nomination.

When I heard these words, I was sure that the caller was not who he said he was, but a student in one of my classes making fun of my repeated comments that no US national would ever sit on the Court. But when the caller turned out to be who he said he was, I enthusiastically and with profound appreciation accepted Costa Rica's invitation. I was then duly elected, together with six other individuals, to serve as one of the first seven judges on the newly established Inter-American Court of Human Rights for the maximum six-year term from 1979 to 1985.[2] I was re-elected for another full term and served on the Court until 1991.

The Court was formally inaugurated on September 3, 1979 in San José, Costa Rica. Participating in that event, in addition to the President of Costa Rica, were many dignitaries, among them, representatives of the OAS, the United Nations, and the European Court of Human Rights. The Court's newly elected President, Judge Rodolfo Piza of Costa Rica, also spoke at the event.

The Court's initial tasks consisted of the preparation of its draft Statute as well as its proposed budget. Both had to be submitted to the OAS General Assembly for approval. Also, to be drafted were our Rules of Procedure. They did not require Assembly approval to enter into force. Finally, we had to prepare a draft headquarters agreement to be negotiated with the Government of Costa Rica.

[2] The following individuals were elected at that time: Thomas Buergenthal (USA), Máximo Cisneros Sánchez (Perú), Huntley Eugene Munroe (Jamaica), César Ordóñez Quintero (Colombia), Rodolfo Piza Escalante (Costa Rica), Carlos Roberto Reina Idiaquez (Honduras), and M. Rafael Urquia (El Salvador). Mr. Urquia never accepted his election. Pedro Nikken (Venezuela) was elected a few months later to replace Mr. Urquia.

Initially, our professional staff consisted of Mr. Manuel Ventura (Costa Rica). When Mr. Charles Moyer (U.S.A.), Deputy Secretary of the Inter-American Commission on Human of Human Rights, became the Chief Clerk of the Court, Mr. Ventura became his Deputy. Many years later Mr. Ventura was elected a judge of the Court. The draft Statute, which the Court submitted to the General Assembly meeting at La Paz, Bolivia, in October 1979, was approved with the exception of a provision that sought to transform the Court into a full-time rather than a part-time judicial institution. That this provision was not adopted was to be expected; not so, however, the failure of the Assembly to approve our first budget. The vote on the budget came in short of the one vote needed for its approval by the required two-thirds vote majority. This result was due to the allegedly unintended failure of one delegation to cast a vote because, as it later explained, its representative in the chair had fallen asleep at the critical moment of the vote. In due course, Costa Rica helped the Court to overcome the temporary consequences of this problem until its budget was approved at the next session of the Assembly.

The negotiations with Costa Rica relating to the headquarters agreement were concluded in due course and without any complications. One of its provisions, in addition to those usually included in such documents, was prompted by the felt need, given the authoritarian regimes in power in the Americas at the time, to ensure that the judges would continue to enjoy full diplomatic protection even if they incurred the displeasure of their own governments. To achieve this result, Costa Rica agreed to the inclusion in the headquarters agreement of provision granting a Costa Rican diplomatic passport to a judge of the Court if the country of his or her nationality failed to do so. To my knowledge, this provision has to date not had to be invoked by any judges of the Court.

During its first two terms, only two contentious cases reached the Court. The first contentious case —assuming it was, in fact, a contentious case and not a request for an advisory opinion or neither of the two— concerned Viviana Gallardo. She was a young Costa Rican woman who, together with some other individuals, had been arrested by the police following a shootout in which one policeman was killed.

While being held in a police station, Viviana Gallardo was killed by an off-duty policeman who was a friend of the dead policeman. This murder shocked Costa Rica, prompting its President to submit the case directly to the Court, thereby skipping the prior exhaustion of the country's domestic remedies requirement, and without first referring the case to the Commission.

In ruling on this case, the Court held that while Costa Rica was free to waive the exhaustion of domestic remedies, this was not true of the proceedings before the Commission. To allow such a waiver, the Court concluded, would deprive individuals of their Convention right to manage their cases before the Commission on an equal footing with the States Parties. The Court therefore decided that the case was inadmissible and referred it to the Commission, which took no further action because the family of Viviana Gallardo did not pursue the matter. So much for the Court's first contentious case, assuming it was indeed such a case.[3]

It took six years, that is until 1985 and thus the end of the Court's first term, for a second case to reach the Court. It started as a contentious case before the Commission and ended up in the Court as an advisory opinion request by Costa Rica. The case concerned Stephen Schmidt, a US national who was working as a journalist in Costa Rica, writing both for La Nación, Costa Rica's largest daily newspaper, and The Tico Times, an English-language weekly newspaper. Mr. Schmidt decided to challenge the provision of Costa Rica's Journalism Law that severely limited the rights of foreign nationals to work as journalists for Costa Rican newspapers. Convicted by Costa Rican courts for violating that law, Schmidt appealed to the Commission, which rejected his claim by a vote of 6 to 1, and refused to refer the case to the Court.[4]

Thus ended the contentious proceedings of the Schmidt Case before the Commission. It was, however, eventually revived as an advisory opinion request filed Costa Rica with the Court. This rather curious course of events was brought about

[3] In the Matter of Viviana Gallardo, Inter-Am. Ct. H.R, No. G101/81 (1981), 20 ILM 1424, 1981.

[4] Case 9178, Inter-Am. Comm. H.R., Resolution No. 17/84.

by the Inter-American Press Association. It challenged the President of Costa Rica to test the Commission's ruling in the Court, after he had proudly boasted that the Commission had vindicated Costa Rica's position that its Journalism Law did not violate the Convention. The President agreed and referred the case as an advisory opinion request to the Court, which unanimously ruled that the Costa Rican law violated the Convention.[5] In reliance on this advisory opinion, the constitutional panel of Costa Rica's Supreme Court, in due course, annulled the relevant provision of its Journalism Law.

The Schmidt Case also provided the Court with an opportunity to criticize the Commission's failure to refer the case to the Court as the contentious case it was when it was submitted to the Commission. Noting that although the Convention does not specify what cases should be referred by the Commission to the Court, it declared that it was "implicit in the functions that the Convention assigns to the Commission and to the Court that certain cases should be referred to the Court". In its view, the Schmidt Case was clearly such a case.[6] The Court's remonstrations had the desired effect. A year later, the Commission referred three cases to the Court. Popularly known as the Honduran Disappearance Cases,[7] these cases dealt with disappearance claims filed against the Government of Honduras.

In the first two of these cases —Velázquez Rodríguez Case and Godínez Cruz Case— the Court found the Government of Honduras responsible for the disappearance of the named individuals. These findings were based on a legal theory, developed by the Court, that consisted of three steps: first, the Commission had to demonstrate the existence of a practice of disappearances in Honduras at the time of the disappearance in question; second, it had to show that the individuals disappearing had similar backgrounds or engaged in similar activities as those people

5 Schmidt Case, Inter-Am. Court H.R, Advisory Opinion OC-5/85 (1985).

6 *Supra* note 5, at 25.

7 Velázquez Rodríguez Case, Judgment 1988; Godínez Cruz Case, Judgment 1989; Fairén Garbi and Solís Corrales Case, Judgment 1989.

who were disappearing; third, at that point, the burden of proof shifted to Honduras to prove that it was not responsible for the disappearance in question. Honduras was not able to sustain that burden in the first two cases. It was successful, however, in the Fairén Garbi and Solís Corrales Case. It concerned two young Costa Ricans traveling to Mexico allegedly to visit a relative. Based on the evidence before the Court, these individuals did not resemble the group of people who were disappearing in Honduras. They also did not have any connections to Honduras.

These Honduran Disappearance Cases occupied the Court beyond its first six-year term. That was due to the fact that after finding Honduras responsible for the disappearances, it had to decide on the applicable measure of damages; on the rights of the next of kin; and on the partial failure of Honduras to fully comply with the damages assessed against it by the Court. As a matter of fact, it was not until Judge Carlos Roberto Reina, who had served as the Court's second President after Judge Piza, became President of Honduras and ordered it to comply fully with the damages assessed against it, that Honduras finally complied.

The Honduran Disappearance Cases helped to establish the Court's international reputation. These cases have been cited by the European Court of Human Rights, and various other international and regional human rights bodies, as well as by some domestic courts. They have also been extensively commented on in international law and human rights journals.

In contrast to its very meager contentious case docket during its early years, the Court adopted a good number of advisory opinions during that time.[8] Although these advisory opinions dealt with some important legal issues and demonstrated the Court's broad knowledge of international law and international human rights law, they attracted considerably less attention than the Honduran Disappearance Cases. That is not really surprising considering their subject matter.

Only the Court's advisory opinion in the Schmidt Case came to be widely known and discussed, particularly in the Americas,

[8] Buergenthal, T., The Advisory Practice of the Inter-American Court of Human Rights, 79 Am. J. Int'l L. 1, 1985.

because the decision proved to be of great interest to the news media of some of countries in the region, where similar journalism laws were in force.

Another important advisory opinion adopted by the Court during its early years was the Advisory Opinion on Restrictions to the Death Penalty.[9] It was filed by the Commission seeking an interpretation of Article 4 of the Convention, which deals with the right to life, and Guatemala's reservation to that article. Here Guatemala argued that its reservation to Article 4 prevented the application of that provision to the executions taking place in Guatemala following trials lacking basic due process guarantees. To obtain a ruling from the Court on the effect of the reservation in a contentious case pending before it, the Commission had to file the instant advisory opinion request because Guatemala had not, at the time, accepted the Court's contentious jurisdiction.

In the oral hearings before the Court on that advisory opinion request, Guatemala first challenged the Court's jurisdiction to deal with the request on the ground that the related contentious case was pending before the Commission. When the Court rejected that argument and ordered Guatemala to address the merits of the advisory opinion request, the Guatemalan representative formally declared that, since the Court had rejected Guatemala's argument based on its reservation, he was authorized to formally declare that Guatemala would henceforth stop such executions.

Guatemala's action not to engage in further executions has always had a special meaning for those of us who sat as judges in this case, and not only because the executions did in fact stop, but for another reason. It had to do with a visit of Pope John Paul II to Costa Rica. During that visit, which took place before the Guatemalan case reached the Court, the Pope granted us judges a special audience. When, during that audience, the Pope asked us about the situation of human rights in the region, he was told,

[9] Restrictions to the Death Penalty, Advisory Opinion OC-3/83, Inter-Am. Court HR, Series A. Judgments and Opinions, 1983. See also Moyer, C. and Padilla, D., Executions in Guatemala as Decreed by Courts of Special Jurisdiction in 1982-83:A Case Study, 6 Human Rights Quarterly 507, 1984.

inter alia, of the executions taking place in Guatemala. Knowing that the Pope was planning to travel to Guatemala from Costa Rica, we expressed the hope that he might raise this matter with the Guatemalan government. To our great disappointment, the executions continued after the Pope's visit to that country. But when, much later, our ruling in the case put an end to the executions, we proudly noted that the Court had been able to achieve this important result while the Pope apparently failed to do so. Of course, we never found out whether the Pope had in fact raised the issue of the executions with the government of Guatemala.

Not long after the Court was established, we decided to establish close relations with the European Court of Human Rights. To that end, we began an exchange of visits of European Court judges to Costa Rica, and return visits by us to the European Court in Strasburg. These visits were particularly important for us since there was much for us to learn from the European Court's extensive prior experience.

I remember one such visit to Strasbourg particularly well. We were sitting in on a hearing of the European Court at which it had to decide whether the practice of allowing teachers to spank school children who misbehaved in class violated the European Convention of Human Rights. As that argument continued, one of my colleagues turned to me and whispered: "When a case on this subject comes to us, we will know that most of our region's human rights problems will have been solved".

Of the many fond memories I have of my time as a judge of the Inter-American Court of Human Rights, one stands out: the cordial relations that existed among us judges. There were times, of course, when we disagreed regarding the proper outcome of a case or some language in a draft opinion, but I don't remember one instance in which such a disagreement gave rise to an intemperate outburst or some insulting remark. I must admit that, coming from an academic environment where faculty meetings tend, at time, to become rather heated, I cannot think of a comparable instance during our deliberations at the Court.

Altogether, I look back at my 12 years at the Court for the wonderful learning experience it was, for the very special individuals I had the pleasure of working with and, above all, for ena-

bling us to help provide some victims of human right violations, or their next of kin, the justice which had been denied to them.

Addendum
The Establishment of the Inter-American Institute of Human Rights

Beginning with an informal preliminary meeting of the newly elected judges, which took place at the OAS in Washington, D.C., before the Court's formal inauguration in Costa Rica, the judges reflected on the need for a non-governmental center or institute to promote the work of the Court and Commission through teaching, research and advocacy of human rights in the hemisphere, and to engage in fundraising in support of these activities. None of these activities the Court could engage in, but they were obviously needed at a time when the mere mention of "human rights" could have negative consequences in some of our countries in the region.

To explore this matter further, Judge Carlos Roberto Reina and I were designated to pursue the objective of establishing such an entity as soon as the Court was formally inaugurated in San José. Within a few months of its inauguration, and following a recommendation of the Reina/Buergenthal committee, the Court convened a meeting in San José of leading human rights experts from the region and from other parts of the world to discuss the advisability and feasibility of the establishment of such a human rights institute, as well as its functions and relationship to the Court and Commission.

Following the experts' strong support for such an institute, the Court and the Government of Costa Rica concluded a treaty that established the Inter-American Institute of Human Rights as a non-governmental, non-political academic center for the promotion of human rights with its seat in San José, Costa Rica.

One of the strongest supporters of this treaty on Costa Rica's side of the negotiations was Judge Elizabeth Odio, at the time Vice President and Minister of Justice of Costa Rica. It was understood that all members of the Court and Commission would

serve on the Institute's board. To the Court's regret, the Commission informed the Court that it did not wish to be formally affiliated with the Institute.

At the first meeting of the Institute's Board, I was elected its President. I served in this capacity until 1991, when my second term on the Court came to an end. At that point, I was elected to serve as the Institute's Honorary President. Once the Institute had been formally established, Sonia Picado, later Judge Picado, became the Executive Director of the Institute and, subsequently, also its President. More than anyone else, Sonia Picado deserves most of the credit for as the growth of the Institute and for enabling it to become America's most important non-governmental academic human rights center.

La Corte IDH en sus inicios

*Rafael Nieto Navia**

Introducción

Se me ha invitado a intervenir en los eventos relativos a la celebración del cuadragésimo aniversario de la creación de la Corte, de la cual tuve el honor de ser juez bajo las presidencias de Rodolfo Piza, Carlos Roberto Reina, Pedro Nikken y Thomas Buergenthal, y, luego de mi presidencia, bajo las de Héctor Gross Espiell y Héctor Fix-Zamudio, juristas cabales, modelos de jueces en su más alta consideración. Algunos de ellos ya fallecieron, otros están aquí.

El tema que se me asignó se refiere a mi experiencia como presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los principales aportes del Tribunal durante mi mandato como juez. Debo comenzar diciendo que el arranque de un ente como la Corte (experiencia que también viví en el inicio del ICTY - International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia con las sentencias del caso *Tadić*), es difícil. En la Corte IDH, nosotros no teníamos asistentes jurídicos, aunque sí una Secretaría muy eficiente, primero a cargo de Charles Moyer y luego de Manuel Ventura, quien, más tarde, fuera juez.

El trabajo, la redacción de las opiniones o sentencias y su estructuración fueron hechos en largas sesiones donde se discutía

* Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1987-1988 y 1993-1994.

y se acordaba el texto palabra por palabra. Igualmente fueron muchas y largas las sesiones públicas de interrogación de testigos, a lo que yo atribuyo que no se nos hubiera presentado un caso de falsas víctimas como el de Mapiripán. Lo menciono porque afectó a mi país, Colombia, y algunos de los supuestos muertos están en la cárcel.

En el caso Caballero Delgado y Santana, la Comisión dijo que sobre María del Carmen Santana "poseía muy poca información" y la Corte, en consecuencia, señaló que "teniendo en consideración que no se ha presentado prueba alguna sobre su identidad real, edad y filiación que permita determinar el monto de tales daños, ni sobre sus eventuales beneficiarios, este Tribunal se encuentra impedido de ordenar el pago de indemnización por ese concepto".

Siempre nos atuvimos a la interpretación estricta de la Convención. Las interpretaciones "progresistas", que tanto daño le han hecho al derecho y al orden jurídico, siempre estuvieron lejos de esa Corte. Me refiero, en particular, al caso *Artavia Murillo (fecundación in vitro) vs. Costa Rica* del 2012, en el que la Corte se pronunció en cuanto a que "no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de dichos artículos". El artículo 1.2 de la Convención dice que "para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano" y el 4.1, que se refiere al derecho a la vida, enuncia que "este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción". La declaración científica de Guanajuato y el voto disidente del juez Eduardo Vío Grossi sostienen que "la vida del embrión es, desde el principio, humana".

La Corte fue muy cuidadosa al separar las instancias de excepciones preliminares y fondo y las reparaciones, porque están claramente separadas en la Convención y en el Reglamento, y no se puede proceder de una a la otra si la anterior no ha sido resuelta.

En el periodo en el que tuve el honor de ser juez, la Corte estudió los siguientes contenciosos: los casos de las desapariciones forzadas en Honduras (*Velásquez Rodríguez, Godínez Cruz y Fairén Garbi y Solís Corrales*), que fueron los primeros con decisión

final; el caso *Aloeboetoe y otros* y el caso *Gangaram Panday vs. Surinam;* el caso *Neira Alegría y otros* y el caso *Cayara vs. Perú*; y el caso *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia.*

En el marco de su función consultiva, la Corte emitió 14 opiniones consultivas a solicitud de la Comisión o de los Estados. Desde entonces, la Corte ha emitido otras 10 opiniones.

Es imposible, en este corto espacio, referirme a todos los casos y a todas las opiniones, de manera que forzosamente tengo que escoger. De los casos voy a referirme a los de Honduras porque son emblemáticos y sobre ellos se construyó, en mi época, la jurisprudencia de la Corte. Me atrevo a decir que aún tienen cierta influencia y se citan en las sentencias, aunque no siempre de la fuente original.

Los casos contra Honduras

No se pueden analizar todos los aspectos que la Corte tuvo en cuenta al resolver estos casos. Me limitaré a mencionar algunos puntos de particular importancia.

Los casos fueron remitidos por la Comisión a la Corte el 24 de abril de 1986. La sentencia del caso *Velásquez Rodríguez* se emitió el 29 de julio de 1988 y la sentencia final de Interpretación de la decisión sobre Reparaciones y Costas el 17 de agosto de 1990.

La Comisión demandó por violación de los siguientes artículos de la Convención: derecho a la integridad personal (5), derecho a la vida (4), desaparición forzada, libertad personal, trato cruel y degradante (7) y por la obligación de respetar los derechos y libertades (1). La Corte condenó a Honduras en dos de los tres casos, pero la absolvió en el tercero.

Según la sentencia, los hechos se produjeron en un contexto en el cual, durante los años de 1981 a 1984, entre 100 y 150 personas desaparecieron sin que de muchas de ellas se hubiera vuelto a tener noticia alguna. Tales desapariciones tenían un patrón muy similar que se iniciaba mediante el secuestro violento de las víctimas, muchas veces a la luz del día y en lugares poblados, por parte de hombres armados, vestidos de civil y disfra-

zados, que actuaban con aparente impunidad, en vehículos sin identificación oficial y con cristales polarizados, sin placas o con placas falsas.

La función de la Corte

"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 este ha actuado de manera que la transgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente. En definitiva, de lo que se trata es de determinar si la violación a los derechos humanos resulta de la inobservancia por parte de un Estado de sus deberes de respetar y de garantizar dichos derechos, que le impone el artículo 1.1. de la Convención".

Dijo, además, la Corte que "en la jurisdicción internacional, la inobservancia de ciertas formalidades no siempre es relevante, pues lo esencial es que se preserven las condiciones necesarias para que los derechos procesales de las partes no sean disminuidos o desequilibrados, y para que se alcancen los fines para los cuales han sido diseñados los distintos procedimientos. A este respecto cabe destacar que, ya en sus primeras actuaciones, la Corte de La Haya señaló: "La Corte, al ejercer una jurisdicción internacional, no está llamada a atribuir a las consideraciones de forma la misma importancia que ellas podrían tener en el derecho interno (Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2, pág. 34, véase también Aegean Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1978, párr. 42)".

La aplicación de esos principios en los casos contra Honduras llevó a la Corte a manifestar su convicción de que, aunque no hubiera podido demostrarse que las desapariciones ocurrieron a manos de agentes que actuaban bajo la cobertura de una función pública, "la circunstancia de que el aparato del Estado se haya abstenido de actuar, lo que está plenamente comprobado, representa un incumplimiento imputable a Honduras de los deberes contraídos en virtud del artículo 1.1 de la Convención, según el

cual estaba obligada a garantizar a Manfredo Velásquez el pleno y libre ejercicio de sus derechos humanos".

Los criterios de interpretación

Respecto de los criterios de interpretación, la Corte dijo que "entiende que la interpretación de todas las normas de la Convención relativas al procedimiento que debe cumplirse ante la Comisión para que 'la Corte pueda conocer de cualquier caso' (art. 61.2)", debe hacerse de forma tal que permita la protección internacional de los derechos humanos que constituye la razón misma de la existencia de la Convención y llegar, si es preciso, al control jurisdiccional. Los tratados deben interpretarse "de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin" (art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

El objeto y fin de la Convención Americana es la eficaz protección de los derechos humanos. Por ello, la Convención debe interpretarse de manera de darle su pleno sentido y permitir que el régimen de protección de los derechos humanos a cargo de la Comisión y de la Corte adquiera todo "su efecto útil". Es plenamente aplicable aquí lo que ha dicho la Corte de La Haya: "Considerando que, en caso de duda, las cláusulas de un compromiso por el cual un diferendo es sometido a la Corte, deben ser interpretadas, si con ello no se violentan sus términos, de manera que se permita a dichas cláusulas desplegar su efecto útil (Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, Order of 19 August 1929, P.C.I.J., Series A, No. 22, pág. 13)". Con lo cual el "efecto útil" de la norma es esencial en su interpretación.

La carga de la prueba en los casos contenciosos

Según la Corte "la fundamentación de la protección internacional de los derechos humanos radica en la necesidad de salvaguardar a la víctima del ejercicio arbitrario del poder público. La inexisten-

cia de recursos internos efectivos coloca a la víctima en estado de indefensión y explica la protección internacional. Por ello, cuando quien denuncia una violación de los derechos humanos aduce que no existen dichos recursos o que son ilusorios, la puesta en marcha de tal protección puede no solo estar justificada, sino ser urgente. En esos casos no solamente es aplicable el artículo 37.3 del Reglamento de la Comisión, a propósito de la carga de la prueba, sino que la oportunidad para decidir sobre los recursos internos debe adecuarse a los fines del régimen de protección internacional. De ninguna manera la regla del previo agotamiento debe conducir a que se detenga o se demore hasta la inutilidad la actuación internacional en auxilio de la víctima indefensa".

En los casos contenciosos, es decir, en las demandas por violación de derechos humanos, la carga de la prueba, obviamente, corresponde al demandante, generalmente la Comisión. Por eso la Corte en su sentencia de fondo, al entrar a resolver la excepción preliminar pendiente sobre no agotamiento de los recursos internos, dijo que para resolverla "la Corte se valdrá de todos los elementos de juicio a su disposición, incluso aquellos producidos dentro del trámite de fondo del caso".

La Corte dedicó todo un capítulo de su sentencia, el VII, al tema de la valoración de la prueba. Previamente, puntualizó sus criterios en los siguientes términos: "[l]a Corte debe determinar cuáles han de ser los criterios de valoración de las pruebas aplicables en este caso. Ni la Convención ni el Estatuto de la Corte o su Reglamento tratan esta materia. Sin embargo, la jurisprudencia internacional ha sostenido la potestad de los tribunales para evaluar libremente las pruebas, aunque ha evitado siempre suministrar una rígida determinación del *quantum* de prueba necesario para fundar el fallo.[1] Para un tribunal internacional, los criterios de valoración de la prueba son menos formales que en los sistemas legales internos. En cuanto al requerimiento de prueba, esos mismos sistemas reconocen gradaciones diferentes que dependen de la naturaleza, carácter y gravedad del litigio".

[1] Cfr. Corfu Channel, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949; Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, párrs. 29-30 y 59-60.

En ese orden de ideas, la Corte evaluó las pruebas documentales, testimoniales, recortes de prensa, indicios y presunciones.

Otros asuntos generales

La Corte dejó establecidos en los casos de Honduras, los siguientes principios:

- La Corte es un tribunal internacional de derechos humanos dentro del sistema de la Organización de los Estados Americanos.
- En la Corte la litis se traba entre entidades internacionales, generalmente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y un Estado por violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Las víctimas de violaciones de derechos humanos tienen personería para actuar ante la Comisión, pero no ante la Corte. La Comisión puede incluir, dentro de quienes asisten a los delegados que actúan ante la Corte, a los abogados de las víctimas, pero deberá informarla de ello.
- La jurisdicción internacional es subsidiaria de la interna por lo cual previamente deben agotarse los recursos internos.
- Las oportunidades para proponer pruebas o acompañar las que estén disponibles son la presentación de la demanda y la contestación a la misma, a menos que el Presidente de la Corte y las partes convengan periodos escritos adicionales. En el periodo oral o en cualquier otro momento la Corte puede ordenar pruebas para mejor proveer.
- La Corte aplicará en materia de pruebas y en cualquier otra referente a la interpretación y aplicación de la Convención el principio del *estoppel*, es decir, la preclusión del derecho de una parte para alegar cuando con sus actos haya convalidado, tolerado o saneado aquello contra lo cual alega.
- En materia de recursos internos, el Estado que alega el no agotamiento tiene la carga de la prueba, pero, si prueba que existen, la carga de probar las excepciones se traslada a la parte contraria.
- Puede, en ciertas circunstancias, resultar imposible a la víctima demostrar ante la Comisión el agotamiento de

esos recursos, en cuyo caso se aplicará la parte pertinente del Reglamento de la Comisión.
- En el trámite mismo de los casos contenciosos, la carga de la prueba corresponde al demandante y al excepcionante, según el caso. Pero esta regla no es absoluta.
- La Corte tiene libertad de apreciar los hechos y por eso no hay una tarifa específica de pruebas.
- No solamente la prueba directa (testimonios, documentos), sino también la circunstancial (indicios, presunciones) puede servir para que la Corte adquiera una convicción sobre los hechos, en el último caso si son consistentes con estos.

La función consultiva de la Corte

Como ya se indicó, en los años a los que se circunscribe este análisis, la Corte emitió 14 opiniones consultivas a solicitud de la Comisión o de los Estados: OC-1/82, "Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos CADH); OC-2/82, El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Arts. 74 y 75); OC-3/83, Restricciones a la pena de muerte (Arts. 4.2 y 4.4 CADH); OC-4/84, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización; OC-5/85, La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 CADH); OC-6/86, La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; OC-7/87, Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 CADH); OC-8/87, El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1, y 7.6 CADH); OC-9/87, Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 CADH); OC-10/89, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; OC-11/90, Excepciones al agotamiento de los recursos internos (Arts. 46.1, 46.2.A y 46.2.B CADH); OC-12/91, Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h. CADH); OC-13/93, Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y

51, CADH) y OC-14/94, Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 CADH).

La mera enunciación de estas opiniones consultivas indica la importancia de los temas tratados y su influencia en la jurisprudencia de la Corte. Algunas son vertebrales sobre el ejercicio de las funciones de la Comisión y de la Corte, y otras tocan directamentecon los Estados. Resulta imposible examinarlas en detalle y, por eso, prefiero hacer unos comentarios sobre la función consultiva de la Corte, tal como se desprende de sus opiniones consultivas.

La Corte ha considerado que la función consultiva "es única en el derecho internacional contemporáneo". El art. 96 de la Carta de la ONU confiere a la Corte Internacional de Justicia la facultad de emitir opiniones consultivas, aunque restringe la facultad de solicitarlas a la Asamblea General y al Consejo de Seguridad y, en determinadas condiciones, a otros órganos y organismos especializados, pero no autoriza para ello a los Estados miembros.

El Protocolo No. 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos le da a la Corte competencia para emitir opiniones, pero la somete a límites estrictos. En cambio, respecto de la función consultiva, la Convención Americana "reveló una marcada tendencia extensiva o más amplia posible, sin las limitaciones del sistema europeo".

Todos los Estados parte y la Comisión tienen la facultad de someter un caso a la Corte, pero, en lo que se refiere a la competencia consultiva, todos los miembros de la OEA (y no solo los Estados parte) y los órganos enumerados en el art. X de la Carta pueden solicitar opiniones y no solamente sobre la interpretación de la Convención, sino también sobre "otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos" y sobre la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados del continente, incluso aunque hayan sido adoptados fuera del marco del Sistema Interamericano. "Excluir, *a priori*, de su competencia consultiva tratados internacionales que obliguen a Estados americanos en materias concer-

nientes a la protección de los derechos humanos, constituiría una limitación a la plena garantía de estos, en contradicción con las reglas consagradas en la Convención".

La Corte ha considerado, adicionalmente, que la expresión "leyes" en el art. 64.2 de la Convención Americana incluye proyectos de ley porque no tendría sentido forzar a un Estado a cumplir todos los trámites cuando tiene dudas sobre su compatibilidad con los derechos humanos y, posiblemente, a violar la Convención si la norma se aplica antes de obtener de la Corte una opinión. Sin embargo, nada obliga a la Corte a atender cualquier solicitud, pues la competencia consultiva es "de naturaleza permisiva y [...] comporta el poder de apreciar si las circunstancias en que se basa la petición son tales que lleven a no dar una respuesta". La Corte debe, en todo caso, evitar inmiscuirse o que la inmiscuyan "en disputas políticas internas que podrían afectar el papel que la Convención le asigna".

Finalmente, ha opinado la Corte que como "en materia consultiva la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hecho para verificar su existencia sino a emitir su opinión sobre a interpretación de una norma jurídica", es obvio que la "opinión de la Corte no puede considerarse una sentencia".

Memorias de un juez. Una perspectiva de finales y comienzos de siglo

*Hernán Salgado Pesantes**

Primera Parte
Fujimori. Terrorismo. Jurisdicción Militar. Leyes de amnistía, tutoras de la impunidad

Entre los hechos que tuvieron incidencia en el normal desenvolvimiento de la Corte Interamericana y que debí afrontarlos en mi calidad de presidente (periodo 1997-1999), fue la actitud que adoptó el gobierno del señor Alberto Fujimori respecto de los casos de presuntos terroristas presentados en los organismos interamericanos. Ciertamente, el Perú sufrió los embates violentos de grupos subversivos, especialmente de la agrupación Sendero Luminoso. A esta violencia desenfrenada se sumó la del gobierno fujimorista que reprimió con todos los medios a su alcance a los terroristas reales o supuestos.

En este contexto la Corte Interamericana conoció y sentenció diversos casos. El caso que quizás más incomodó al régimen fue el caso *Castillo Petruzzi y otros*, al punto de decidir que el Estado del Perú se retiraba de la competencia de la Corte con efectos inmediatos y, así lo hizo saber mediante sendos oficios entregados por la diplomacia peruana de forma simultánea a las secretarías de la Corte Interamericana y de la Organización de Estados Americanos (OEA).

* Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1997-1999.

Un antecedente del mencionado caso fue el de la profesora Loaiza Tamayo. En mi criterio, estos dos casos estuvieron vinculados no solo por las graves violaciones a los derechos consagrados en la Convención Americana, sino también porque permitieron a la Corte desarrollar su jurisprudencia, como voy a tratar de demostrarlo.

Entre los dos casos existe una secuencia particular en cuanto a las sentencias que dictó la Corte y al grado de molestia que ocasionó al Estado. Como se recordará, se trata del procesamiento de personas acusadas de participar en actos de terrorismo agravado, equivalentes a traición a la patria, delitos contra los que el Estado endureció las penas y permitió la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Con respecto a los numerosos casos en los cuales estaban involucrados presuntos terroristas que por intermedio de la Comisión Interamericana pasaron a la Corte para ser juzgados y sentenciados por esta instancia regional, vale reiterar que ni la Corte ni la Comisión examinan los delitos que las víctimas de estos casos hayan cometido. Como suele señalarse, la Corte Interamericana no es una corte penal, no juzga actos u omisiones de los individuos, la materia del proceso en la Corte es la violación de derechos humanos establecidos en la Convención Americana y que puede comprometer la responsabilidad internacional de los Estados parte de la Convención y que han reconocido la competencia de la Corte Interamericana.[1]

Liberación de una presunta terrorista y proyecto de vida. Caso *Loayza Tamayo*, sentencia de 17 de septiembre de 1997

La señora María Elena Loayza Tamayo, Profesora de la Universidad San Martín de Porres, fue privada de su libertad sin orden expedida por la autoridad judicial competente al haber sido acusa-

[1] Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros*. Sentencia de 30 de mayo de 1999, párrs. 89 y 90 y se citan antecedentes que parten del *Caso Velásquez Rodríguez*.

da de colaborar con el grupo subversivo Sendero Luminoso. Permaneció incomunicada y, con la finalidad de que se auto inculpara, fue objeto de torturas, tratos crueles y degradantes, incluso sufrió violación sexual. La familia no pudo interponer el recurso de *habeas corpus* por cuanto el Decreto-Ley N° 25.659, que equiparó al terrorismo agravado como delito de traición a la patria, prohibía presentar el recurso de *habeas corpus* por hechos relacionados con el delito de terrorismo.

El proceso de la señora Loayza se realizó en el fuero privativo militar, con jueces sin rostro y más restricciones propias para estas situaciones. En dicho proceso sumario la justicia militar absolvió a la víctima (mediante una sentencia técnicamente mal elaborada) y ordenó remitir lo actuado al fuero común para que conociera el delito de terrorismo. En la jurisdicción ordinaria fue procesada en varias instancias y cuando su abogado presentó la excepción de cosa juzgada de acuerdo con el principio *non bis in idem*, el "Tribunal Especial sin rostro del Fuero Común" desestimó la excepción interpuesta y, con fundamento en los mismos hechos y cargos, fue condenada a 20 años de pena privativa de la libertad.[2]

Un punto destacable de la sentencia en este caso fue que en aplicación del artículo 63.1 de la Convención Americana que, entre otros aspectos, pide garantizar al lesionado "el goce de su derecho o libertad conculcados", la Corte dispuso al Estado "ordenar la libertad de la señora María Elena Loayza Tamayo dentro de un plazo razonable" y de acuerdo con las disposiciones del derecho interno peruano.

Es interesante señalar que el gobierno del señor Fujimori cumplió este punto con relativa diligencia y la profesora Loayza Tamayo pudo salir libre con destino a Chile, mientras en la Corte se iniciaba la fase de reparaciones que para la época era un procedimiento separado de la sentencia de fondo y que, en mi criterio, era mucho más meticuloso en materia probatoria de lo que será después.[3]

---

[2] Resumen de los hechos con base en la sentencia del *Caso Loayza Tamayo*. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C. No. 33.

[3] Puede revisarse el *Caso Loayza Tamayo*. Reparaciones. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42.

En la sentencia de reparaciones, por primera vez, la Corte aborda el tema "proyecto de vida" y señala que es una noción distinta del daño emergente y del lucro cesante y realiza diversas reflexiones. La Corte considera que en este caso existe un grave daño al proyecto de vida de la señora Loayza Tamayo, pero se abstiene de cuantificarlo, por cuanto "la evolución de la jurisprudencia y la doctrina hasta la fecha no permite traducir este reconocimiento en términos económicos" (párr. 153).

Como antecedente del caso *Castillo Petruzzi y Otros*, que luego se verá, vale señalar que, cuando salió la sentencia *Loayza Tamayo* (septiembre de 1997), los funcionarios y agentes enviados por el Estado de Perú para actuar ante la Corte comprendieron lo que significaría para el gobierno del señor Fujimori si la Corte entraba a analizar la competencia de la jurisdicción militar para juzgar y sancionar a ciudadanos civiles acusados de terrorismo y de traición a la patria.

Para entonces, la Comisión Interamericana ya había señalado que los tribunales militares que juzgaron a la señora Loayza Tamayo carecían de independencia e imparcialidad, requisitos exigidos por el artículo 8.1 de la Convención. La mayoría de jueces preferimos dejar este tema para la próxima oportunidad, porque consideramos que un camino seguro para conseguir la liberación de la víctima era la sentencia de absolución que dictaron los tribunales militares, lo que impedía realizar un segundo juicio por los mismos hechos, pues tal proceso no tendría validez. Los hechos posteriores confirmaron este aserto.[4]

Tribunales Militares vs. Jurisdicción Civil

Luego del antecedente de la sentencia *Loayza Tamayo*, los jueces de la Corte interamericana consideramos nuevamente la situación que vivía el Perú durante el periodo que podríamos calificar de "Fujimori *versus* Sendero Luminoso", periodo en el cual a la vio-

[4] Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo*. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, *ibidem*, párrs. 60 y ss.

lencia terrorista se sumó el terrorismo de Estado. Sobra decir que la ciencia política enseña que la organización estatal, por los mismos fines que persigue en bien de la sociedad, no puede descender a tomar las mismas armas que la violencia terrorista utiliza.

Para afrontar los mencionados hechos, el gobierno del Sr. Fujimori expidió dos decretos leyes: el de traición a la patria y una regulación para el terrorismo. Esta normativa, además de vulnerar derechos y libertades, trajo confusión en el medio jurídico y político del país. Una de las razones fue que el Estado del Perú, al aprobar la Convención Americana, hizo una reserva para mantener la pena de muerte en los delitos de traición a la patria.

Con el fin de amedrentar a los seguidores de la violencia estableció que el terrorismo (agravado por determinadas circunstancias) constituía un delito de traición a la patria y, por tanto, nada impediría utilizar la pena de muerte, que —valga señalar— no fue utilizada en ningún momento, pues se puso en práctica las desapariciones forzadas y las ejecuciones extrajudiciales.

También se debe indicar que el Código de Justicia Militar del Perú había limitado el juzgamiento militar de civiles para los delitos de traición a la patria en los casos de guerra externa. Al asimilar los delitos de terrorismo a los delitos de traición a la patria, mediante un decreto ley, se abrió la posibilidad de juzgar a los civiles por tribunales militares y esto fue lo que sucedió. Además, creó la posibilidad de que ciudadanos de otra nacionalidad puedan ser calificados de "traidores a la patria".[5]

Para quienes eran acusados de los delitos de traición a la patria, es decir, de terrorismo agravado, se establecieron tribunales militares especiales, lo que significaba someter a los civiles a la jurisdicción militar. Lógicamente, tales tribunales militares estaban subordinados al Poder Ejecutivo, quien los nombraba. Al ser la institución militar un ente jerarquizado y disciplinado, sus miembros que se desempeñaban como jueces estaban muy lejos de cumplir con los estándares de independencia e imparcialidad que deben poseer los jueces. Esta situación empeoraba al inter-

[5] Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. *Ibidem*. Son de interés los argumentos de la Comisión al respecto: párr. 114, letras c y d; el criterio de la Corte está en el párr. 121.

venir en los procesos de manera anónima, en lo que se ha denominado "jueces sin rostro".

Frente a esta práctica judicial donde el papel principal estaba en manos de los tribunales militares especiales, con el caso *Castillo Petruzzi y otros* la jurisprudencia de la Corte Interamericana colocó un hito importante que podría resumirse como un principio básico del debido proceso: cualesquiera que sean los delitos que hayan cometido las personas civiles no pueden ser juzgados por la jurisdicción militar, ella no tiene competencia. Corresponde al fuero común o justicia ordinaria conocer tales delitos, incluso en los casos en que hayan sido cometidos por militares (lo dicho vale también para los tribunales policiales).

Progresivamente se comprenderá que la jurisdicción militar tiene por finalidad juzgar las infracciones de tipo castrense (aspectos disciplinarios y otros), dejando los delitos comunes para la jurisdicción civil. Hasta comienzos del siglo xxi, el ordenamiento jurídico del Ecuador y de otros países latinoamericanos disponían que durante el estado de excepción o de emergencia las personas civiles serían juzgadas por tribunales militares.

Caso *Castillo Petruzzi y otros*, sentencia de 30 de mayo de 1999

Examinaré el mencionado caso en los aspectos que interesan a este análisis. El caso *Castillo Petruzzi y otros* tiene que ver con el juzgamiento de cuatro ciudadanos de nacionalidad chilena que fueron procesados por un tribunal "sin rostro" perteneciente a la justicia militar y condenados a cadena perpetua bajo el cargo de ser autores del delito de traición a la patria conforme al Decreto Ley N° 25.659.

Como fue dicho, el Código de Justicia Militar del Perú, que contenía los delitos de traición a la patria (rezago de épocas de guerra), establecía varias restricciones procedimentales y duras penas para estos delitos que debían ser juzgados por tribunales militares. Para estos casos se aplicaba un procedimiento sumario que no admitía la interposición de acciones de garantía, lo que

hacía infructuosos a los recursos de *habeas corpus* y otros. Ello explica que siempre fuera rechazada "la excepción de declinatoria de competencia" de la jurisdicción militar que interpusieron en diversos momentos los cuatro acusados, con el pedido de trasladar los procedimientos al fuero común.[6]

Al analizar estos aspectos, la Corte Interamericana señaló que el traslado de competencias de la justicia común a la justicia militar para el juzgamiento de civiles traía varias violaciones al debido proceso. En primer lugar, excluye "el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia".[7]

En tales circunstancias la Corte establece la violación del artículo 8.1 de la Convención, donde se reconoce el derecho que tiene toda persona "a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial...". La Corte razona que no habría imparcialidad en este caso porque son las propias Fuerzas Armadas que combaten a los grupos insurgentes las encargadas del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos y que no habría independencia por cuanto el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar (según la Ley Orgánica de la Justicia Militar), se efectúa por el ministro del sector pertinente; a su vez, los ascensos, incentivos profesionales y asignación de funciones de sus inferiores dependen del Consejo Supremo.

Otro aspecto grave es que los juzgadores en esta clase de procesos por delitos de traición a la patria sean jueces "sin rostro", hecho que imposibilita al procesado conocer la identidad del juzgador y valorar su competencia, a lo que se agrega que la ley prohíbe la recusación de dichos jueces. En este contexto, además, existen graves violaciones al derecho de la defensa esencial para el debido proceso: hay restricciones para elegir abogado, para preparar la defensa, para interrogar a los testigos, para recurrir el fallo ante el juez o tribunal superior, tampoco se permite que el proceso sea

---

6 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros. Ibidem*, párr. 86 (de Hechos Probados), 86.24 y 86.25 (Astorga), 86.36 y 86.43 (Castillo), 86.49 y 86.52 (Pincheira y Mellado).

7 *Ibidem*, párrs. 128 y ss., también párr. 161.

público, y otras restricciones más.[8] Esta serie de violaciones, debidamente probadas en el proceso ante la Corte Interamericana, atentan contra las garantías judiciales protegidas por el artículo 8 de la Convención, y así se estableció en la sentencia (de fondo) dictada por el órgano jurisdiccional del Pacto de San José el 30 de mayo de 1999.

Como colofón para este breve análisis, puedo añadir que la Corte no declaró la libertad de los cuatro ciudadanos chilenos acusados de traición a la patria (como pregonaba la propaganda oficial), lo que resolvió fue la invalidez del proceso por ser incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y ordenó que se les garantice un nuevo juicio en la jurisdicción civil con la plena observancia del debido proceso legal.[9]

Igualmente, la Corte dispuso que, en conformidad con el artículo 2 de la Convención que establece el deber de adoptar disposiciones de derecho interno y armonizar con la Convención, el Estado de Perú adopte las medidas apropiadas para reformar las normas internas que hacen aplicable a ciudadanos civiles la justicia militar y que son violatorias de los preceptos de la Convención Americana.

La primera respuesta del gobierno fujimorista fue declarar inejecutable la sentencia del caso *Castillo Petruzzi y otros*, cuya resolución oficial la dio el Consejo Supremo de Justicia Militar, con base en que no podía ordenarse un nuevo juicio contra los terroristas chilenos.

Epílogo

Podría ser explicable que el gobierno del señor Fujimori (como sucede con todo régimen autoritario) haya considerado intole-

[8] *Ibidem*, párrs. 143 y 146 a 148, además de otros relativos a las garantías judiciales del artículo 8 de la Convención Americana.

[9] A título de información señalaré que los montos de las sentencias a penas privativas de la libertad de los cuatro ciudadanos chilenos realizadas en la jurisdicción civil fueron: Castillo Petruzzi, 23 años; Mellado, 20 años; Pincheira, 18 años; Astorga, 15 años (reseña de diarios: El Mercurio de Santiago, 3 de septiembre de 2003, Correo de Lima, días 2, 3 y 5 de septiembre de 2003), faltando todavía el recurso ante la Corte Suprema del Perú.

rable la sentencia *Castillo Petruzzi y Otros*, en cuanto a invalidar la jurisdicción militar en contra de civiles, lo que significaba que muchísimos procesos incoados contra los terroristas serían igualmente inválidos. El oficialismo afirmó mediante una campaña de prensa que todos los terroristas quedarían libres (*infra*, cita 15).

Pero esta situación no justifica que el Estado peruano haya tomado la decisión de retirarse de la Corte Interamericana con efectos inmediatos, utilizando argumentaciones equivocadas que diera un asesor para la ocasión, nada menos que un distinguido jurista y antiguo presidente de la Corte Interamericana, el doctor Héctor Gros Espiell.[10] Además, el señor Fujimori quiso evitar que la Corte conociera los casos relativos al Tribunal Constitucional del Perú (que negó su tercera reelección presidencial por lo que destituyó a tres de los cinco miembros) y al caso *Ivcher Bronstein*, que ya habían ingresado a la Corte.

Esta actitud del gobierno fujimorista fue rechazada inmediatamente por todas las organizaciones de derechos humanos de nuestro continente y de Europa, lo que fue secundado por los organismos internacionales. La Corte Europea de Derechos Humanos afirmó que el "retiro" del Estado peruano carecía de validez jurídica y se solidarizó con sus pares interamericanos.

Por su parte, los diplomáticos peruanos informaron que, mediante nota de 16 de julio de 1999, entregada en la Secretaría de la Corte y también en la Secretaría General de OEA, el Perú había presentado un instrumento en el que comunicaba "el retiro de su declaración de reconocimiento a la cláusula facultativa de sometimiento a la competencia contenciosa de la Corte". En consecuencia, el órgano interamericano no podía seguir conociendo los casos ocurridos en Perú.[11]

---

[10] Esta vergonzosa actuación, que en un primer momento no fue creíble especialmente para el juez Cançado Trindade, luego se haría pública con la revelación de los "vladi-videos", pues quien había negociado con el jurista fue el propio Vladimiro Montesinos (por 10 mil dólares). El ser docto y erudito no garantiza la ética.

[11] Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55, párr. 27. Igualmente, el *Caso Ivcher Bronstein*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54, párr. 28.

La Corte consideró que esta cuestión del pretendido retiro de Perú debía ser resuelto por la misma Corte. Con fundamento en el Derecho Internacional, la Corte Interamericana analizó que tiene competencias jurisdiccionales y "tiene el poder inherente de determinar el alcance de su propia competencia (*compétence de la compétence / Kompetenz-Kompetenz*)". Además, es un deber que impone la propia Convención Americana (art. 62.3) para poder ejercer sus funciones, porque "(L)a competencia de la Corte no puede estar condicionada por hechos distintos a sus propias actuaciones".[12]

La Corte Interamericana dictaminó en dos sentencias (ambas del 24 de septiembre de 1999 para los casos *Tribunal Constitucional* e *Ivcher Bronstein*) que "el pretendido retiro, con efectos inmediatos por el Estado peruano, de la declaración de reconocimiento a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de derechos humanos es inadmisible."[13]

El suscrito "que presidió la Corte hasta el día 16 de septiembre de 1999" (según se hace constar en los dos textos de sentencias), se había excusado desde el inicio de este periodo de sesiones (fines de agosto) de participar en la elaboración y adopción de estas sentencias, tomando en consideración que al producirse el conflicto con el gobierno fujimorista hizo saber —por diversos medios— que el retiro decretado por el Estado desde el punto de vista jurídico del Derecho Internacional no tenía validez ninguna. Consideré que como presidente debía salir al paso de los infundados ataques contra la Institución y sus miembros por parte de un gobierno autocrático.[14]

---

12 *Ibidem* (para los dos casos): párrs. 31 y ss.; 32 y ss., respectivamente.

13 *Ibidem* (para los dos casos), puntos resolutivos, párr. 55, 1.b, y párr. 56, 1.b, respectivamente.

14 Diversos medios de opinión peruanos destacaron la campaña propagandística contra la Corte "a la cual se pretendió presentar como politizada y pro terrorista, se usaron adjetivos absurdos" (El Comercio de Lima, 29 de septiembre de 1999), igual criterio expresó la mayoría de la prensa escrita. Revistas como Ideele y Caretas se hicieron eco de esta situación. Caretas en un artículo publicado en junio de 1999, intitulado "El Fallo y el Engaño. Los puntos sobre las íes en un tema que el Gobierno ha manejado antojadiza y sibilinamente" reconocía que el presidente ecuatoriano de la Corte tenía una posición jurídicamente válida (Caretas, 17 de junio de 1999, No. 1572, pp. 12 y ss.).

Con la frontalidad que me caracteriza debo señalar que mi retiro anticipado de la presidencia de la Corte lo hice ante la insistencia del juez vicepresidente Cançado Trindade, quien temía que mi actuación enfrentando al gobierno del señor Fujimori traería retaliaciones contra los jueces de la Corte. En este contexto, se procedió a designar como presidente al colega temeroso e incrédulo que su maestro y amigo haya asesorado al gobierno fujimorista.[15]

Las leyes de amnistía, tutoras de la impunidad

Al cabo de un año y meses (noviembre de 2000) se desplomó la presidencia del señor Fujimori y el nuevo Gobierno interino que se había instalado en Perú retornó a la Corte buscando normalizar la situación. En este contexto, y superada la hostilidad fujimorista, la Corte continuaría a conocer el caso *Barrios Altos,* donde perdieron la vida 15 personas y cuatro quedaron gravemente heridas. Este doloroso suceso tuvo lugar en 1991 y fue atribuido a miembros del Ejército peruano que actuaban en el "escuadrón de eliminación" llamado "Grupo Colina".

Con la finalidad de dar protección a quienes intervinieron en esta masacre execrable, el Congreso peruano sancionó una ley de amnistía (Ley No. 26479) que exoneraba de responsabilidad a los militares, policías y también a civiles que hubieran cometido violaciones a los derechos humanos o participado, entre 1980 y 1995. La promulgación de esta Ley fue secreta y forzada, entró en vigor el 15 de junio de 1995. Esto explica que el caso *Barrios Altos* como otros, por ejemplo *La Cantuta*, hayan permanecido al margen de toda investigación y proceso. Posteriormente se dio la ley de amnistía No. 26.492.

El caso *Barrios Altos* fue patrocinado por algunas organizaciones de derechos humanos y después de largos e infructuosos trámites en la Comisión Interamericana, en medio de la hostilidad de los agentes fujimoristas, fue sometido al conocimiento de la Corte

[15] Los jueces Alirio Abreu, Carlos Vicente de Roux y Oliver Jackman me reiteraron su respaldo.

el 8 de junio de 2000. Dos meses después, el caso (notificación y anexos) fue "devuelto" a la Corte por cuanto el gobierno de Perú había retirado el reconocimiento a la competencia contenciosa de la Corte con efectos inmediatos.[16]

Con el advenimiento del Gobierno interino del Perú, se dio la derogación de la Resolución Legislativa relativa al retiro del Perú y mediante otra Resolución Legislativa se encargó al Poder Ejecutivo realizar todas las acciones necesarias para que el Estado peruano restablezca la competencia contenciosa de la Corte.Después, en un escrito de 19 de febrero de 2001, los agentes del Perú informaron que el Estado reconocía su responsabilidad internacional en este caso y que iniciaría un procedimiento de solución amistosa para las reparaciones, lo cual significaba el allanamiento del Estado.

En este nuevo contexto, la Corte Interamericana dictó su sentencia el 14 de marzo de 2001. Como punto esencial la Corte señaló con claridad que las leyes de amnistía dictadas por el Estado del Perú no tenían valor alguno y constituían una forma de impunidad al impedir investigar las violaciones de derechos humanos.[17]

El 20 de junio (2001) la CIDH pidió una interpretación de dicha sentencia en el sentido de aclarar si lo expresado por la Corte tenía validez solo para el caso *Barrios Altos* o si su alcance sería para todos los casos de violaciones en los cuales se aplicaron las referidas leyes de amnistía. En sentencia de 3 de setiembre de 2001, la Corte decidió que "dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía No. 26.479 y No. 26.492, lo resuelto en la sentencia de fondo en el Caso Barrios Altos tiene efectos generales".[18]

---

16 Corte IDH. *Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros)*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párrs. 3 a 19 y 25.

17 *Ibidem,* en el parágrafo VII, la Corte analizó con detenimiento la incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana, párrs. 41 y ss.

18 Corte IDH. *Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros)*. Interpretación de la sentencia de fondo (Art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C No 83. Principales párrs. 2 y ss., 8 y 9, 14, punto resolutivo (VII) 2.

Segunda Parte
Hacia un modelo de reparación indemnizatoria más equitativo. Un caso de excesivo monto indemnizatorio. Caso *ex Magistrados Corte Suprema vs. Ecuador*

Reparaciones e indemnizaciones

Como señala la Corte, la *restitutio in integrum* se refiere a una de las formas de reparación de un acto ilícito internacional, pero no es la única medida de reparación porque puede haber casos en que la *restitutio* no sea posible, suficiente o adecuada, por lo que resulta necesario aplicar otras formas de reparación en favor de la víctima y de sus familiares. Una de las formas de reparación es la indemnización.

El artículo 63 de la Convención Americana dispone "el pago de una justa indemnización", la cual corresponde en primer término a los perjuicios sufridos por la víctima, y comprende tanto el daño material como el moral (o inmaterial). A esta forma de reparación la Corte la denominó indemnización compensatoria desde los primeros casos contenciosos.

Siguiendo el patrón del *ius civile,* el daño material involucra al lucro cesante y al daño emergente, cuestiones que exigen ser probadas en el proceso de reparaciones. Junto al daño material se considera el daño inmaterial o comúnmente llamado daño moral, el mismo que será establecido en equidad ante la dificultad de encontrar parámetros de evaluación económica.

Sobre el daño moral, la Corte ha señalado que son muchos los casos en que otros tribunales internacionales han acordado que la sentencia de condena *per se* constituye una indemnización suficiente del daño moral (y cita jurisprudencia de la Corte Europea de los años 1990 a 1994). Sin embargo, la Corte reconoce que lo dicho no tiene cabida cuando se trata de graves violaciones del derecho a la vida, con ejecuciones extrajudiciales o desapariciones forzadas, o bien se atenta a la libertad e integridad personal con torturas crueles, entre otros casos, que son los que se presentan en el Sistema Interamericano. Y es en tales situaciones que el sufrimiento moral causado a las víctimas y a su familia es intenso, lo

que justifica la indemnización pecuniaria que habrá que fijar "conforme a la equidad y basándose en una apreciación prudente del daño moral, el cual no es susceptible de una tasación precisa".[19]

Por último, cabe agregar que para las reparaciones e indemnizaciones es importante tener presente que cada caso debe analizarse dentro de sus especificidades, con base en la jurisprudencia. Dice la Corte "la jurisprudencia puede servir de orientación para establecer principios en esta materia, aunque no puede invocarse como criterio unívoco a seguir porque cada caso debe analizarse en sus especificidades".[20]

Igualmente, es importante considerar lo expresado por la Corte en las sentencias de "Indemnización Compensatoria" en los casos contra Honduras (casos *Velásquez* y *Godínez*), donde señala que la "justa indemnización" del artículo 63.1 de la Convención debe entenderse como compensatoria y no sancionatoria. Desde estos primeros casos contenciosos la Corte precisó que, si algunos tribunales internos (como los angloamericanos) fijan indemnizaciones cuyos valores tienen propósitos ejemplarizantes o disuasivos, este principio no es aplicable en el Sistema Interamericano.[21]

Hechos principales del caso de la *Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*

El caso que se analiza tiene que ver con la remoción arbitraria e ilegal de 27 magistrados de la Corte Suprema de Justicia del

[19] Corte IDH. *Caso Castillo Páez*. Reparaciones. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 43, párr. 84; *Caso Neira Alegría y otros*. Reparaciones. 19 de septiembre de 1996. Serie C No. 29, párrs. 56 y 57.

[20] Corte IDH. *Caso Castillo Páez*. Reparaciones. *Ibidem*, párr. 83; *Caso Neira Alegría y otros*. Reparaciones. *Ibidem*, párr. 55.

[21] Corte IDH. *Caso Velázquez Rodríguez*. Indemnización Compensatoria. Sentencia de 21 de julio de 1989, párr. 38; *Caso Godínez Cruz*. Indemnización Compensatoria. Sentencia de 21 de julio de 1989, párr. 36. Este tema está bien retomado en el *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Reparaciones (Art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de agosto de 1998, párrs. 43 y 44.

Ecuador efectuada por el Congreso Nacional en el año 2004. Este acto de irresponsabilidad política violó las garantías mínimas del debido proceso, los exmagistrados no fueron escuchados ni tuvieron oportunidad de defenderse.

Esta remoción arbitraria de las víctimas lesionó sus bienes patrimoniales y dejaron de percibir sus legítimos ingresos: salarios y demás beneficios laborales y de seguridad social. Además, con la legítima expectativa de continuar en sus cargos y, por ende, percibir normalmente sus remuneraciones, pudieron haber adquirido compromisos de índole económica que a raíz de lo acontecido ya no podrían cubrir. Como prueba de esta situación, la Corte consideró las declaraciones de varios exmagistrados que dieron testimonio de "las circunstancias calamitosas y difíciles que han tenido que afrontar como consecuencia del desempleo arbitrario al que se vieron avocados".[22]

La Corte IDH consideró que, debido al cambio de la Constitución del país efectuado el 20 de octubre de 2008, no es posible afirmar que los exmagistrados que hacían parte de la Corte Suprema de Justicia hubiesen seguido en sus cargos si no hubieran sido destituidos. Por ello se limitó hasta esa fecha el daño material. Además, la Corte Suprema fue eliminada y cambiada por la Corte Nacional de Justicia con 21 jueces (elegidos mediante sorteo entre quienes conformaban a la fecha la Corte Suprema).

Lo expresado es un punto importante que hay que considerar porque en este contexto ya no era posible reintegrar a los "exmagistrados de la Suprema", como pide la sentencia, y no resulta lógico imponer al Estado ecuatoriano el pago de 60.000,00 dólares a cada uno de los exmagistrados por no ser posible la reintegración.

Luego de los cálculos respectivos y del análisis de las liquidaciones del 2005 al 2008 (tiempo menor a los cuatro años), la Corte consideró como justa indemnización por daño material a cada uno de los 27 exmagistrados una cifra promedio que pasa los 400.000,00 dólares (no entraré en el detalle de los valores).

[22] Testimoniaron, entre otros, los doctores Arturo Donoso, Miguel Moreno, Bermeo Castillo, Brito Mieles, Ramírez Álvarez, Riofrío Corral y Salinas Montaño. En mi criterio, esta actitud (de lamentación) afecta la dignidad de quien ostentó un alto cargo público.

Hay que destacar el caso de exmagistrados que desempeñaron otros cargos públicos después de haber sido cesados de la Corte Suprema de Justicia, por lo que el impacto del perjuicio calculado ya no llegaba a tales límites y se iba a proceder a un descuento de los valores diferenciales. Para ello, la Corte pidió al Estado que aportara pruebas sobre esta cuestión y otras, e incluso otorgó un plazo para que el Estado remitiera esta información, cosa que no ocurrió.

Frente a la negligencia del Estado en entregar la documentación necesaria, en mi criterio personal, la Corte debió haber actuado de oficio y pedir pruebas para mejor proveer, lo que hubiera permitido calcular con mayor certidumbre los montos indemnizatorios al tiempo de fortalecer la convicción del juzgador.

Esta situación la considero lamentable porque al menos hubo cuatro exmagistrados que volvieron a trabajar en la Corte Suprema, 11 meses después de que fueron cesados. Lo lamentable es que quienes ejercieron un cargo de alta investidura guardaran silencio con el fin de cobrar las indemnizaciones. Sobra decir que tal conducta, además de no ser ética, es vergonzosa.

A la mencionada indemnización por daño material hay que agregar, como fue dicho, los 60 mil dólares para cada uno de los exmagistrados "por no ser posible la reintegración a sus cargos". Y como daño inmaterial o moral se concedió la suma de 5.000 dólares a cada uno; en este punto vale señalar que, no pocas veces, los representantes legales de la parte lesionada proponen exigencias desmesuradas. Para este caso fue demandada la cantidad de 500.000 dólares para cada uno como daño moral, una pretensión absurda.

Por último, la Corte fijó los valores por las costas y los gastos ocasionados por la defensa judicial, a más de otros ítems. La suma total de esta indemnización pecuniaria pasa los 12 millones y medio de dólares estadounidenses.

A dicho monto indemnizatorio habría que sumar el costo de otra demanda similar, por la destitución de ocho vocales del Tribunal Constitucional (ocasionado en la misma fecha y con igual arbitrariedad), el caso *Camba Campos y otros vs. Ecuador*. En este caso, la Corte reconoce un total aproximado de 2.400.000 dóla-

res: a cada uno de los siete vocales se indemniza con un promedio cercano a los 250.000 dólares y de 10.000 dólares al octavo vocal y a otros suplentes; se agregan costas y gastos por 7.000. También se indemniza a cada vocal con los 60.000 dólares por la imposibilidad de volver a los cargos.

Es decir, el Ecuador pagó alrededor de 15 millones de dólares en estos dos casos. El presente análisis se centrará en el caso de los exmagistrados de justicia por ser más emblemático que el caso *Camba Campos y otros* del Tribunal Constitucional ecuatoriano.

Naturaleza de las indemnizaciones

Una de las finalidades que tienen las reparaciones en los casos de violación a los derechos humanos es que los Estados responsables tomen conciencia de los atropellos cometidos y que tales situaciones no vuelvan a repetirse posteriormente. Por ello es tan importante que los Estados investiguen, juzguen y sancionen a los responsables de la violación de derechos, porque solo así se combate la impunidad.

En este punto vale señalar que lo dicho no puede conseguirse a través de las indemnizaciones porque según la doctrina y práctica de nuestros países, con excepción de los países anglosajones, los montos indemnizatorios tienen un carácter de reparación compensatoria para las víctimas y sus familiares. En cambio, en los países anglosajones las indemnizaciones constituyen una forma de sanción para quien ha violado derechos. En este sentido se ha desenvuelto la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Cuando dispone indemnizaciones, estas no tienen un carácter sancionador para el Estado responsable de vulnerar derechos. Como se dijo, se trata de reparaciones compensatorias, e igualmente reitero que, con esta misma orientación, las sentencias de la Corte Interamericana suelen señalar que las indemnizaciones no enriquecen ni empobrecen a las víctimas y a sus familiares; regla establecida desde los primeros casos contenciosos.

Frente a lo expresado debo señalar que, en mi criterio, la sentencia que comentamos contiene un matiz sancionador. Se busca que el Estado del Ecuador corrija las actuaciones arbitrarias e ile-

gales y antidemocráticas que afectan a la Administración de Justicia, especialmente en todo cuanto se refiere a la independencia e imparcialidad de los jueces.

También debo decir que comparto plenamente los razonamientos que sobre este punto desarrolla no solo esta sentencia, sino la jurisprudencia toda del Tribunal Interamericano. Sin embargo, las malas costumbres políticas de nuestros Estados no pueden ser cambiadas a través de imponer altos montos indemnizatorios que, finalmente, están lejos de afectar a los actores políticos, responsables de la desinstitucionalización de un país. Cuestión lamentable que hoy constata el Ecuador respecto de la década en que ejerció un poder autoritario el expresidente Correa.

Peor aún si hasta el día de hoy en el Ecuador no se ha hecho realidad la acción de repetición judicial para exigir a los responsables el reembolso de los valores pagados por el Estado. No obstante que la acción de repetición consta en la propia Constitución de 2008 y una de las razones es que al híper expresidente Correa lo único que le interesó fue blandir esta sentencia en contra de sus adversarios políticos como instrumento de sujeción y amenaza. Ello explica la ambigua conducta del entonces Procurador General en la defensa del Estado, que incumplió su deber.

Por otro lado, siempre he sostenido que, en la mayoría de los casos, las indemnizaciones dictadas por la Corte son meramente simbólicas, ya que es muy difícil, tratándose de vulneración a los derechos humanos, resarcir el daño en su totalidad; pensemos en la afectación de la libertad, de la integridad personal o de la vida.

En suma, reparar e indemnizar tienen la finalidad de colocar a la víctima de una violación en una posición más o menos similar a la que se encontraba antes de la ocurrencia del hecho ilícito, siempre que esto sea posible. Insisto que las indemnizaciones son simbólicas porque la vida y la libertad de un ser humano no pueden ser monetariamente valoradas.

Recuerdo el caso ecuatoriano de la profesora Benavides Cevallos, ejecutada por su ideología (como sucedió con el profesor Caballero Delgado, en Colombia), a cuyos familiares el Estado del Ecuador entregó, como solución amistosa, un millón de dólares de indemnización; sin embargo, cuando la Corte revisó

el cumplimiento de la sentencia, la declaró incumplida. En otras palabras, no sirvió al Ecuador dar una generosa indemnización y no cumplir con lo principal, que es investigar, juzgar y sancionar a los responsables de tales delitos.[23]

Con base en lo expresado puedo decir que el elevado monto indemnizatorio otorgado por el Tribunal Interamericano en el caso de los exmagistrados de justicia va más allá de ser simbólico y que sí ha enriquecido a los antiguos jueces; que ya no se trata de una reparación compensatoria, sino que adquiere la formade una indemnización sancionatoria para el Estado ecuatoriano, que en fin de cuentas serán los estratos medio y bajo de la sociedad que correrán con esta carga indemnizatoria.

Los miembros de la Corte pasaron por alto que estas indemnizaciones representaban un alto desembolso de dinero público por parte de un Estado que tiene un ingreso fiscal reducido. Pagar una indemnización mayor a 12 millones y medio de dólares (solo en este caso) significa invertir menos en salud y educación.[24]

Además, frente al monto de esta indemnización me ha preocupado que, en los 12 años que permanecí como juez en esta Corte, las indemnizaciones concedidas por muerte de la víctima o víctimas se hayan caracterizado por oscilar en un promedio de 100 mil a 300 mil dólares. Y se trata de muertes ocasionadas por los agentes del Estado con violencia y tortura, muchas veces con desaparición del cadáver de la víctima y también con desapariciones forzadas.[25]

---

23 En el caso colombiano de Caballero Delgado, similar al caso ecuatoriano, la Corte IDH consideró una indemnización aproximada de 150 mil dólares, ciertamente simbólica. Sentencia de Reparaciones, 29 de enero de 1997, No. 31, párrs. 43, 46,47, 50. Su cadáver no fue encontrado. En el *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú* (tres víctimas muertas y desaparecidos sus cadáveres en los hechos sucedidos en el Penal "El Frontón" frente a Lima, en 1986) la reparación indemnizatoria llegó a 154 mil dólares para los familiares de las tres personas. Sentencia de Reparaciones. 19 de septiembre de 1996. Serie C No. 29, resolutivo XIII.

24 Recuerdo haber escuchado voces de disgusto reclamando un equilibrio entre los "derechos económicos" de los exmagistrados versus el interés de la sociedad.

25 Están, por ejemplo, los casos de la *"Panel Blanca" (Caso Paniagua Morales y otros)*. Sentencia de Reparaciones. 25 de mayo de 2001; *Caso de los "Niños*

¿Cómo explicar esta gran diferencia de montos indemnizatorios? Todos conocemos el procedimiento que utiliza la Corte para establecer, en cada caso, el daño material (lucro cesante y daño emergente), el método se basa en el salario que dejó de percibir la víctima. Mientras para unos —que son la mayoría— se les reconoce el salario mínimo vital que existe en el respectivo Estado, para otros —los menos— tienen elevados salarios (salarios dorados, diría yo). Para los primeros, la indemnización es simbólica, para los segundos significa un enriquecimiento.

El reto de buscar un método que concilie la desigualdad social

En el contexto analizado, considero que el problema indemnizatorio debe ser resuelto aplicando reglas diferentes a las que se han venido utilizando: reglas de equidad, de no discriminación y otros factores más específicos en concordancia con la realidad socioeconómica.

Para determinados casos, como el de los exmagistrados del Ecuador, debe existir un límite máximo para establecer el daño material. Por el contrario, para aquellas víctimas que están en situación de marginalidad social, desprovistos de educación y de una fuente trabajo —que no es su culpa— se debe mejorar el monto indemnizatorio, en el sentido de no regirse solamente por el salario mínimo que hay en un Estado; cuestión que va a incidir en el monto final porque se va a considerar que esa persona carente de educación quedaría toda su vida (si no hubiera muerto) esclavizado a ese mínimo vital.

Resulta obvio que, en tales circunstancias, si se mantiene la forma actual de calcular las indemnizaciones, estos estratos sociales nunca alcanzarán un monto indemnizatorio significativo y digno como una forma de reparación. Si se analiza detenidamente los perjuicios que fueron ocasionados a los exmagistrados de Justicia del Ecuador al ser despojados de su cargo por

de la Calle" (Caso Villagrán Morales y otros). Sentencia de Reparaciones. 26 de mayo de 2001. En estos, como en otros casos, el monto indemnizatorio se reparte entre los familiares de las víctimas.

el Estado, en clara violación de sus derechos, tendríamos la siguiente visión.

En primer lugar, al tener el título profesional de abogados, con práctica y prestigio en el medio jurídico, es difícil aceptar que queden en la desocupación. Obviamente ya no percibirán el sueldo y las canonjías que tenían en la Corte Suprema de Justicia, pero nunca estarán en la situación de la mayoría de los ciudadanos que pugnan por un trabajo mejor remunerado

Ciertamente que se trastornó el proyecto de vida, como puede ser disponer de una casa propia o comprar un departamento en la playa porque el salario de un exjuez le permitía disfrutar de tal situación, o de adquirir un vehículo nuevo, etc. Sin embargo, también es cierto que los jueces destituidos no estaban impedidos de trabajar como abogados.

Si bien no desconozco que un proyecto de vida es una legítima expectativa, esta situación, mirada desde una perspectiva social, solidaria y justa, no es compatible con la realidad que vive la mayoría. De aquí viene mi afirmación de que dicha indemnización es altamente discriminatoria: a la sociedad se la mide en parámetros desiguales; situación que no debe darse, menos en el campo de los derechos humanos.

Y aquí podemos invocar a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, que están negados a quienes sufren pobreza e indigencia. ¿Cómo alcanzar un proyecto de vida que dignifique a la persona? Tal cosa será posible solo para un estrato social pequeño, como el de los exmagistrados de la Corte Suprema del Ecuador o de cualquier otro país. Y mucho se podría reflexionar sobre la inequidad y sobre la realidad social que encierran estos casos.

Otro punto de consideración, para evitar que la indemnización sea discriminatoria de unos estratos sociales frente a otros, sería el de elevar el monto del daño moral con base en determinados factores familiares y sociales que se presentan en cada caso específico y que existen en un país, los cuales deben ser establecidos de manera objetiva.

Por otro lado, es natural que el grado de afectación o de perjuicio moral que sufre una familia se agrava cuando se dan casos

de víctimas que han perdido la vida por desapariciones forzadas o por ejecuciones extrajudiciales, peor cuando existe la desaparición de los restos mortales.

Debo señalar que este punto no ha estado ausente en muchas de las sentencias de reparación que ha dado la Corte Interamericana. Mejorar la reparación por daño moral ha permitido a la Corte dar alguna significación al monto indemnizatorio, cuyo daño material suele ser ínfimo al estar fundado en el salario mínimo que tiene un país, peor si tiene una moneda devaluada con relación al dólar (moneda que utiliza la Corte para fijar las indemnizaciones).

En este sentido, de elevar el monto del daño moral (aunque sea moderadamente), recuerdo los casos de Guatemala: *La "Panel Blanca" (*caso *Paniagua Morales y otros)*, "*Niños de la Calle*" *(*caso *Villagrán Morales y otros)*, ambos con sentencia de reparaciones en 2001. También el caso *Bámaca Velásquez*, sentenciado en 2002.

Por último, al abordar el caso de los exmagistrados de la Corte Suprema del Ecuador, mi intención ha sido de contribuir con un pequeño aporte en las reflexiones que continuarán haciéndose en el seno de esta Corte. Debo señalar paladinamente que estoy de acuerdo con la "reparación integral" que dispone el Tribunal en sus sentencias, ya que garantiza la investigación de los hechos, restitución de derechos, bienes y libertades, la rehabilitación física, psicológica o social, entre otros aspectos.

El legado y la necesaria preservación de la construcción jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

*Antônio Augusto Cançado Trindade***

Quisiera, de inicio, extender a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en la persona de su presidente, juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, mis más sinceros agradecimientos por la gentileza de la invitación para comparecer a la ceremonia de celebración, los días 18 y 19 de julio de 2018, del 40 aniversario de la creación de nuestra querida Corte IDH. En razón de mi imposibilidad, dado el volumen de trabajo aquí en la Corte Internacional de Justicia, de trasladarme en estos días de La Haya a la sede de la Corte IDH en San José de Costa Rica, como a mí tanto me gustaría, vengo, mediante la presente comunicación a asociarme a esta conmemoración.

De todos modos, al inicio del presente año, tuve la grata satisfacción de atender al otro honroso convite al que me envió el presidente de la Corte IDH, y de comparecer a la ceremonia inaugural, el 30 de enero de 2018, donde proferí la conferencia de apertura del presente año judicial, en la sede de la Corte IDH en San José de Costa Rica. Con esto, me siento más tranquilo en haber podido visitar la Corte IDH, después de más de una década

* Comunicación enviada con ocasión de la ceremonia de celebración del 40 Aniversario de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 18 y 19 de julio de 2018.

** Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1999-2003.

de la conclusión de mis labores en ella. Al fin y al cabo, la Corte IDH es de la mayor relevancia en mi vida, y por eso la tengo siempre presente y acompaño atentamente su trayectoria histórica.

—o—

Hace cerca de dos décadas, en una ceremonia conmemorativa (del 22 de noviembre de 1999) como la presente, en el mismo Teatro Nacional en San José de Costa Rica, tuve la ocasión de identificar, en el umbral del nuevo siglo, en mi discurso como entonces presidente de la Corte IDH, cuatro providencias a ser entonces tomadas, en los planos del derecho tanto internacional como interno, para el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a saber:

a) La ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), o adhesión a ella, por todos los Estados de la región;
b) la adopción de las medidas nacionales indispensables de implementación de la CADH, a fin de asegurar la aplicabilidad directa de sus normas en el derecho interno de los Estados parte;
c) la aceptación integral de la competencia contenciosa de la Corte IDH por todos los Estados parte en la CADH, acompañada del subsiguiente automatismo de la jurisdicción obligatoria de la Corte IDH para todos los Estados parte, sin restricciones;
d) la más amplia participación de los individuos en todo el procedimiento ante la Corte IDH, seguido por su acceso directo a ella (*locus standi* seguido del *jus standi*), mediante la adopción de un Protocolo Adicional a la CADH con este fin.

Estas providencias siguen dotadas de actualidad en el momento en que conmemoramos ahora los 40 años de la creación de la Corte IDH. Las cláusulas relativas a la jurisdicción obligatoria de la Corte y al derecho de petición individual, necesariamente conjugadas y de importancia capital, constituyen verdaderas cláusulas pétreas de la protección internacional de los derechos humanos. Son estas las que viabilizan el acceso de los individuos a la justicia a nivel internacional, el cual representa una verdadera

revolución jurídica, el más importante legado del pensamiento jusinternacionalista del siglo xx.[1]

Los recuerdos de mi época en la Corte IDH encuéntranse consignados en mi libro "El Ejercicio de la Función Judicial Internacional. Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", hoy en su quinta edición. En el libro examino, en detalle, la memorable construcción, jurisprudencial e institucional, alcanzada en la época de mi presidencia de la Corte (1999-2004).

A algunos aspectos de esta construcción también me referí en mi conferencia de apertura, del 30 de enero de 2018, del presente año judicial de la Corte IDH. Transcurrido un semestre, me permito, en esta comunicación, agregar algunos puntos de reflexión sobre la construcción jurisprudencial de la Corte IDH.

—o—

Dicha construcción abordó cuestiones de la mayor importancia y trascendencia, tratadas por la Corte durante mis años de labor en su seno, relativas a la jurisdicción, al derecho sustantivo, al derecho procesal, y a la hermenéutica jurídica. En cuanto a las cuestiones de jurisdicción, en determinadas ocasiones, del tratamiento de dichas cuestiones dependía el propio futuro de la Corte IDH.

La posición tomada por la Corte IDH bajo mi presidencia, en las sentencias sobre competencia del 24 de septiembre de 1999 en los casos de *Ivcher Bronstein* y del *Tribunal Constitucional* —en los cuales incluso ya se habían realizado actos procesales cuando el Estado demandado intentó "retirarse" de la competencia de la

[1] Cfr. Cançado Trindade, A. A., El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, pp. 9-104; Cançado Trindade, A. A., Évolution du droit international au droit des gens: L´accès des individus à la Justice internationale - Le regard d´un juge, Paris, Pédone, 2008, pp. 1-188; Cançado Trindade, A. A., "La capacité juridique internationale de l´individu dans le système interaméricain de protection des droits de la personne humaine", en Soberanía del Estado y Derecho Internacional - Homenaje al Profesor J. A. Carrillo Salcedo, Sevilla, Universidades de Sevilla/Córdoba/Málaga, 2005, pp. 293-316; Cançado Trindade, A. A., "The Human Person and International Justice" (W. Friedmann Memorial Award Lecture 2008), 47 Columbia Journal of Transnational Law, 2008, pp. 16-30.

Corte— sostuvo la integridad de las bases de jurisdicción de la Corte, y hoy forma parte de la historia de la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en América Latina y en el mundo.[2]

En las referidas sentencias, así como en la de los casos *Hilaire, Benjamin* y *Constantine* (sentencias del 1 de septiembre de 2001), la Corte IDH determinó que su competencia no podía estar condicionada por hechos distintos a sus propias actuaciones, e insistió en su *compétence de la compétence*, por ser maestra de su jurisdicción. La Corte misma admitió que no podía abdicar de esta prerrogativa, que era además un deber que le imponía la CADH, para ejercer sus funciones según su artículo 62(3).

De mi parte, siempre a partir de esta visión anti-voluntarista y principista de la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a fin de proporcionar el mayor grado de protección de los seres humanos bajo su jurisdicción, me empeñé —tal como lo expreso en mis votos razonados en aquellos casos— en favor de asegurar la evolución de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria hacia el automatismo de la jurisdicción internacional obligatoria.

Dicha posición principista y no "pragmática" requiere que el cumplimiento integral de las sentencias, y de medidas provisionales de protección ordenadas por la Corte, sea integral y no solo "parcial". En realidad, el verdadero cumplimiento es integral; el así llamado cumplimiento "parcial" no es un verdadero cumplimiento.

—o—

En cuanto a las cuestiones de derecho sustantivo, de cuño también conceptual y doctrinal, la Corte IDH asumió una posición de vanguardia al sostener, de inicio, el amplio alcance del derecho

[2] Cfr. Cançado Trindade, A. A., "Entrevista: El Perú y la Corte Interamericana de Derechos Humanos - Una Evaluación Histórica (I)", 138 Ideele - Revista del Instituto de Defensa Legal- Lima/Perú, junio de 2001, pp. 108-113; Cançado Trindade, A. A., "Entrevista: El Perú y la Corte Interamericana de Derechos Humanos - Una Evaluación Histórica (II)", 139, Ideele - Revista del Instituto de Defensa Legal - Lima/Perú, julio de 2001, pp. 85-88.

fundamental a la vida: en un célebre *obiter dictum* en el caso *de los "Niños de la Calle"* (Fondo. Sentencia del 19 de noviembre de 1999), la Corte sostuvo que "el derecho fundamental a la vida comprende, no solo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna" (párr. 144). Siete años después, en mis votos razonados en los casos de desplazamiento forzado interno de las Comunidades Indígenas Yakye Axa (2005-2006) y Sawhoyamaxa (2006) —que pasaron a sobrevivir en medio a una dramática marginación o exclusión social—, agregué que la amplia dimensión del derecho a la vida abarca, en el *cas d´espèce*, el derecho a la propia identidad cultural de los victimados.

La jurisprudencia de la Corte IDH de mi época dejó claro, en cuanto a las bases de la responsabilidad internacional del Estado por violaciones de los derechos humanos, que existe la responsabilidad internacional objetiva del Estado (caso *"La Última Tentación de Cristo"*, Sentencia del 5 de febrero de 2001), así como, en otras circunstancias, la responsabilidad internacional del Estado por falta o culpa ante circunstancias agravantes; dediqué particular atención a este punto en mis votos razonados en el ciclo de casos de masacres, así como en mis escritos a lo largo de los años.[3] Dediqué, además, todo un capítulo (VII) de mi libro de memorias de la Corte IDH, al examen, a partir de su jurisprudencia, de la ocurrencia de verdaderos crímenes de Estado,[4] así como de

[3] Cfr., recientemente, Cançado Trindade, A. A., La Responsabilidad del Estado en Casos de Masacres - Dificultades y Avances Contemporáneos en la Justicia Internacional, México, Porrúa/Escuela Libre de Derecho, 2018, pp. 1-104; y cfr. también Cançado Trindade, A. A., State Responsibility in Cases of Massacres: Contemporary Advances in International Justice, Utrecht, Universiteit Utrecht, 2011, pp. 1-71; Cançado Trindade, A. A., "Die Entwicklung des interamerikanischen Systems zum Schutz der Menschenrechte", 70 Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2010, pp. 629-699, esp. pp. 695-699.

[4] Cfr. Cançado Trindade, A. A., "Complementarity between State Responsibility and Individual Responsibility for Grave Violations of Human Rights: The Crime of State Revisited", en International Responsibility Today - Essays in Memory of O. Schachter (ed. M. Ragazzi), Leiden, M. Nijhoff, 2005, pp. 253-269.

la responsabilidad internacional agravada y de las reparaciones ejemplarizantes o "daños punitivos".[5]

En efecto, durante mis años de actuación en la Corte IDH, estuve siempre atento a las consecuencias jurídicas de las violaciones graves de derechos humanos y, desde que asumí la presidencia de la Corte, busqué orientar su construcción jurisprudencial sobre la ampliación del contenido material del *jus cogens*.[6] A dicha ampliación la Corte IDH se dedicó durante este período, y se tornó el tribunal internacional contemporáneo que a ella más contribuyó, seguido del Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la antigua Yugoslavia (que concluyó su era de trabajo en fines de diciembre de 2017).

De ese modo, la Corte IDH buscó correctamente extender la protección a las personas en situación de la más completa adversidad o vulnerabilidad, si no indefensión. La primera etapa de la memorable ampliación del contenido material del *jus cogens* se dio con la aserción de la prohibición absoluta tanto de la tortura como del trato cruel, inhumano o degradante (a partir del caso *Cantoral Benavides*, sentencia del 18 de agosto de 2000). En seguida, en nueva etapa, la Corte IDH expandió el contenido material del *jus cogens*, abarcando también el principio básico de igualdad y no discriminación: lo hizo en su histórica Opinión Consultiva No. 18 (del 17 de septiembre de 2003), sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, a efecto de prohibir cualquier forma de discriminación y asegurar el debido proceso legal a todos, independientemente del estatuto migratorio de cada uno.

---

5 Cfr. Cançado Trindade, A. A., El Ejercicio de la Función Judicial Internacional - Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 5a. ed., Belo Horizonte, Edit. Del Rey, 2018, pp. 59-74.

6 Cfr. Cançado Trindade, A. A., "La Ampliación del Contenido Material del *Jus Cogens*", en XXXIV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano - 2007, Washington D.C., General Secretariat of the OAS, 2008, pp. 1-15; Cançado Trindade, A. A., "*Jus Cogens*: The Determination and the Gradual Expansion of Its Material Content in Contemporary International Law", en XXXV Curso de Derecho Internacional del Comité Jurídico Interamericano (2008), Washington D.C., Secretaría General de la OEA, 2009, pp. 3-29.

Tanto la referida Opinión Consultiva No. 18, como la anterior Opinión Consultiva No. 16 (del 1 de octubre de 1999) sobre el Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Ámbito de las Garantías del Debido Proceso Legal, verdaderamente pioneras, tuvieron un gran impacto y amplia repercusión internacional, y contribuyeron al desarrollo progresivo del derecho internacional contemporáneo en la materia.[7]

La tercera etapa de esta construcción jurisprudencial consistió en la ampliación del contenido material del *jus cogens* para abarcar, además, el derecho de acceso a la justicia en los planos nacional e internacional (Sentencias en los casos *Goiburú y otros*, del 22 de septiembre de 2006; *Almonacid Arellano*, del 26 de septiembre de 2006; *La Cantuta*, del 29 de noviembre de 2006).[8]

Dicha expansión del contenido material del *jus cogens* ha sido de la mayor importancia. Además, desde su razonamiento en el caso *Castillo Petruzzi y otros* (Sentencia del 30 de mayo de 1999), la Corte IDH desarrolló su jurisprudencia atenta al imperativo de la independencia de la judicatura, esencial al Estado de derecho, a fin de asegurar a todos, aún en las circunstancias más adversas, un verdadero derecho al Derecho,[9] a niveles tanto nacional como internacional. En cuanto al Estado de derecho, la Corte IDH fue el primer tribunal internacional contemporáneo en determinar, en su Sentencia pionera (del 14 de marzo de 2001) en el caso *Barrios Altos*, la incompatibilidad de la ley de auto amnistía con la normativa de protección de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); a lo largo de los

---

7 Cfr. Cançado Trindade, A. A., "The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion n. 16 (1999) of the Inter-American of Human Rights on International Case-Law and Practice", 4 Chinese Journal of International Law, 2007, pp. 1-16; Cançado Trindade, A. A., "Le déracinement et la protection des migrants dans le Droit international des droits de l´homme", 19 Revue trimestrielle des droits de l'homme, Bruxelles, 2008, n. 74, pp. 289-328.

8 La Corte IDH endosó así la tesis que yo venía sosteniendo en su seno ya por dos años, inclusive en otros casos.

9 Cfr. Cançado Trindade, A. A., Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, tomo III, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 2003, p. 524.

años, otros tribunales internacionales han hecho referencias a dicha Sentencia del caso *Barrios Altos*, reconociendo su importancia histórica.

La notable evolución jurisprudencial de la Corte IDH en mi época, en reconocimiento del derecho de los individuos de acceso directo a la justicia —integrando el *jus cogens*—, conceptualiza el acceso a la justicia en su amplia dimensión, abarcando las garantías del debido proceso legal, así como la fiel ejecución o cumplimiento de las sentencias.[10] De este modo, dicha construcción jurisprudencial da expresión al advenimiento, en nuestros días, del nuevo primado de la *raison d´humanité* sobre la antigua *raison d´*État, a inspirar el proceso histórico de la humanización del derecho internacional.[11]

—o—

Pasando a las cuestiones de derecho procesal, durante mis dos períodos como presidente de la Corte IDH, asumió preponderancia central la cuestión de la posición del individuo ante la Corte IDH, como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por designación de mis pares, preparé, como relator de la Corte, el Proyecto de Protocolo a la CADH, que presenté como presidente de la Corte IDH a la Asamblea General y al Consejo Permanente (y la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos) de la OEA sucesivamente, en el periodo 2001-2003, conteniendo

[10] Cfr. Cançado Trindade, A. A., "Il Principio di Umanità e la Salvaguardia delle Vittime: Considerazioni sull´Esperienza della Corte Interamericana dei Diritti Umani in Materia di Adempimento di Sentenze e Decisioni", en Il Principio di Umanità e la Salvaguardia della Persona Umana (eds. A. A. Cançado Trindade y C. Barros Leal), La Haya/Fortaleza, IBDH/IIDH, 2016, pp. 61-74.

[11] Cfr. Cançado Trindade, A. A., A Humanização do Direito Internacional, 2a. ed., Belo Horizonte, Edit. Del Rey, 2015, pp. 3-789; Cançado Trindade, A. A., La Humanización del Derecho Internacional Contemporáneo, México, Porrúa, 2014, pp. 1-324; Cançado Trindade, A. A., Los Tribunales Internacionales Contemporáneos y la Humanización del Derecho Internacional, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013, pp. 7-185; Cançado Trindade, A. A., Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça, 2a. ed., Belo Horizonte, Edit. Del Rey, 2017, pp. 1-467; Cançado Trindade, A. A., A Visão Humanista da Missão dos Tribunais Internacionais Contemporâneos, La Haya/Fortaleza, IBDH/IIDH, 2016, pp. 11-283.

una serie de enmiendas en la línea del *jus standi* de los peticionarios y de la jurisdicción obligatoria de la Corte IDH.

En uno de los capítulos (XIII) de mi libro de memorias de la Corte IDH encuéntrase un relato detallado de toda esta actuación, en el período señalado, en pro del acceso directo de la persona humana a la justicia internacional. Es la tesis que sostuve y sostengo (y al estudio de la cual he dedicado muchos años de mi vida),[12] según la cual la persona humana, como verdadero sujeto del derecho internacional, debe tener acceso directo a los tribunales internacionales contemporáneos de derechos humanos, como la Corte IDH. Trátase de una cuestión de la mayor relevancia, también en el plano doctrinal. De ahí la importancia del procedimiento oral y la necesidad de realización de audiencias públicas.

Otra cuestión de gran actualidad, también en el marco del derecho procesal, es la que me he permitido denominar de las dimensiones horizontal y vertical de las obligaciones *erga omnes* de protección. Aún antes de la adjudicación por la Corte IDH de los casos de masacres (cfr. *supra*), había yo advertido la apremiante necesidad del desarrollo doctrinal y jurisprudencial del régimen jurídico de las obligaciones *erga omnes* de protección de los derechos de la persona humana (v.g., en mis votos razonados en el caso *Blake*, sentencias sobre el fondo, del 24 de enero de 1998 y sobre reparaciones del 22 de enero de 1999), destacando de inicio su dimensión horizontal, en el sentido de que dichas obligaciones son debidas a la comunidad internacional como un todo; en el marco de la Convención Americana en particular, son obligaciones *erga omnes* partes.

En la resolución sobre medidas provisionales de protección en el caso *de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó* (del 18 de junio de 2002), me permití señalar, en mi Voto Concurrente,

[12] Cfr., más recientemente, Cançado Trindade, A. A., The Access of Individuals to International Justice, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 1-236; Cançado Trindade, A. A., El Derecho de Acceso a la Justicia en Su Amplia Dimensión, 2a. ed., Santiago de Chile, Ed. Librotecnia, 2012, pp. 79-574; Cançado Trindade, A. A., Le Droit international pour la personne humaine, Paris, Pédone, 2012, pp. 45-368.

que la obligación de protección por parte del Estado no se limita a las relaciones de éste con las personas bajo su jurisdicción, sino también, en determinadas circunstancias, se extiende a las relaciones entre particulares. Trátase de una auténtica obligación *erga omnes* de protección por parte del Estado de todas las personas bajo su jurisdicción, obligación ésta que crece en importancia en una situación de violencia e inseguridad permanentes. De ahí la dimensión vertical de las obligaciones *erga omnes* de protección, vinculando también a los simples particulares en sus relaciones *inter se*, en reconocimiento de los efectos de la CADH *vis-à-vis* terceros (el *Drittwirkung*).[13]

Posteriormente, en la supracitada Opinión Consultiva n. 18, de trascendencia histórica, sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* (del 17 de septiembre de 2003), la Corte IDH correctamente sostuvo que los derechos protegidos por la CADH deben ser respetados tanto en las relaciones entre los individuos y el poder público estatal como en las relaciones inter individuales, siendo aquí exigible el deber de garantía de los Estados parte bajo el artículo 1(1) de la CADH.

La normativa convencional de protección tiene, pues, efectos en relación con terceros (particulares), configurándose así el carácter *erga omnes* de las obligaciones de protección (el *Drittwirkung*).

—o—

Paso ahora a mis ponderaciones sobre las cuestiones de hermenéutica jurídica, las cuales encuéntranse ineludiblemente presentes en el cotidiano de la operación de todo tribunal internacional. Revisten de gran importancia en la motivación de las sentencias y el razonamiento de opiniones consultivas y de otras decisiones de los tribunales internacionales y la Corte IDH no hace excepción a esto. Dichas cuestiones de hermenéutica jurídica, muy presentes en mi época en la Corte IDH —las cuales pueden también extenderse al plano del derecho sustantivo o procesal—, son

[13] Cfr., e.g., Cançado Trindade, A. A., "Une ère d'avancées jurisprudentielles et institutionnelles: souvenirs de la Cour interaméricaine des droits de l'homme", en Le particularisme interaméricain des droits de l'homme (eds. L. Hennebel y H. Tigroudja), Paris, Pédone, 2009, pp. 7-73, esp. pp. 46-51.

aquí brevemente recordadas desde el enfoque de la labor de interpretación de la Corte.

De inicio, nos dedicamos a la afirmación y al desarrollo de las facultades inherentes de la Corte IDH, como maestra de su propia jurisdicción, así como a la hermenéutica integradora de las disposiciones convencionales de protección, y también a las interacciones entre el derecho internacional y el derecho interno en materia de protección de los derechos humanos.[14] Además, de mi parte, en mi época en la Corte IDH dediqué la mayor atención también a la dimensión temporal en la interpretación y aplicación de la CADH, a la proyección del sufrimiento humano en el tiempo, así como a la vulnerabilidad de las víctimas y sus necesidades especiales de protección.

En el importante caso *Blake* (Fondo. Sentencia del 24 de enero de 1998), atinente a la desaparición forzada de personas, la Corte IDH, al abordar la responsabilidad y jurisdicción, sostuvo la necesidad de superación de restricciones o limitaciones *ratione temporis*. La Corte IDH, además, amplió su concepción de víctima para abarcar también los parientes (próximos) de la persona desaparecida, víctimas de violación del derecho a no ser sometido a trato inhumano (artículo 5 de la CADH), y del derecho de acceso a la justicia *lato sensu* (abarcando los artículos 25 y 8 de la CADH). Así, los parientes próximos de N. Blake eran también víctimas, en su derecho propio, de su desaparición forzada.

En mi Voto Razonado en el mismo caso *Blake*, anexado a dicha Sentencia de fondo, enfaticé que la desaparición forzada de personas constituía una violación grave y compleja de derechos humanos, además de ser una violación continuada o permanente hasta que se determinara el paradero de la víctima desaparecida. Ponderé, además, que, en dicha situación continuada propia

[14] Cfr., e.g., Cançado Trindade, A. A., Reflexiones sobre la Interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la Protección de los Derechos Humanos, Guatemala, Ed. del Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala, 1995, pp. 3-41; Cançado Trindade, A. A., "A Century of International Justice and Prospects for the Future", en A Century of International Justice and Prospects for the Future / Rétrospective d´un siècle de justice internationale et perspectives d´avenir (eds. A. A. Cançado Trindade y D. Spielmann), Oisterwijk, Wolf Publs., 2013, pp. 24-25.

de la desaparición forzada de personas, las víctimas son tanto el desaparecido (víctima principal) como sus familiares, pues la indefinición generada por la desaparición forzada sustrae a todos de la protección del derecho. Y señalé que la forma compleja de violación de múltiples derechos humanos que representa el delito de desaparición forzada de persona tiene como ineluctable consecuencia la ampliación de la noción de víctima de violaciones de los derechos protegidos.

En mi subsiguiente Voto Razonado en la etapa siguiente del caso *Blake* (Reparaciones. Sentencia del 22 de enero de 1999), insistí en la necesidad de consolidar el "régimen internacional contra violaciones graves de derechos humanos", a la luz de las normas perentorias del derecho internacional (*jus cogens*) y de las correspondientes obligaciones *erga omnes* de protección de la persona humana. Por medio de tal desarrollo, acrecenté, se habrían de superar los obstáculos de los dogmas del pasado.

Enseguida, también en el caso *Bámaca Velásquez* (Fondo. Sentencia del 25 de noviembre de 2000), la Corte IDH volvió a señalar que las desapariciones forzadas violan una serie de derechos protegidos bajo la CADH: además de la persona desaparecida, en violación del artículo 4 de la CADH (derecho a la vida), los familiares de la víctima fatal son, ellos propios, víctimas de trato cruel e inhumano, debido a la falla de las autoridades de investigar, al tratamiento de los restos (mortales), entre otros factores.

También en el caso *Trujillo Oroza* (Reparaciones. Sentencia del 27 de febrero de 2002), la Corte IDH procedió a examinar la "situación continuada" de la desaparición forzada de la víctima fatal y llamó la atención a la intensidad de los sufrimientos de sus parientes próximos: agregó que el desconocimiento continuado del paradero de la persona desaparecida es una forma de trato cruel, inhumano y degradante de sus parientes próximos, y consideró que la entrega de los restos mortales de la víctima es *per se* un acto de justicia y reparación, al tornar posibles el entierro y el honor a la memoria de la víctima fatal.

Hay, además, dos áreas en particular en que la construcción jurisprudencial de la Corte IDH en mi época procedió a otra valiosa contribución, que vino a ser seguida por otros tribunales internacionales contemporáneos, a saber: primero, en cuanto a la

dimensión preventiva, el carácter vinculante y la expansión de las medidas provisionales de protección; y segundo, también la necesaria determinación de las prontas reparaciones, en todas sus formas, debidas a las víctimas.

A lo largo de los años, desde mi época de labor en la Corte IDH, he venido elaborando y desarrollando la conceptualización de lo que denomino el régimen jurídico autónomo de las medidas provisionales de protección, dotado de elementos componentes propios, a saber: los derechos a ser protegidos, las obligaciones correspondientes, la pronta determinación de la responsabilidad (en caso de incumplimiento de las medidas), con todas sus consecuencias jurídicas, abarcando el deber de reparación de daños.

Los derechos y obligaciones atinentes a las medidas provisionales de protección no son necesariamente los mismos que los concernientes al fondo de los casos. La pronta configuración de la responsabilidad con todas sus consecuencias jurídicas no necesita esperar por la decisión del Tribunal en cuanto al fondo del *cas d´espèce*. En mi entendimiento, la propia noción de víctima (o víctima potencial) marca presencia ya en esta etapa de medidas provisionales de protección, independientemente de la decisión en cuanto al fondo.[15]

Del mismo modo, desde mis años en la Corte IDH hasta la fecha, he venido sosteniendo la necesaria determinación de las reparaciones, individuales y colectivas, en todas sus formas,[16] con

[15] Para un estudio reciente al respecto, cfr. Cançado Trindade, A. A., O Regime Jurídico Autônomo das Medidas Provisórias de Proteção, La Haya/Fortaleza, IBDH/IIDH, 2017, pp. 13-348; cfr. también Cançado Trindade, A. A., "La Expansión y la Consolidación de las Medidas Provisionales de Protección en la Jurisdicción Internacional Contemporánea", en Retos de la Jurisdicción Internacional (eds. S. Sanz Caballero y R. Abril Stoffels), Cizur Menor/Navarra, Cedri/CEU/Thomson Reuters, 2012, pp. 99-117; Cançado Trindade, A. A., "Les mesures provisoires de protection dans la jurisprudence de la Cour Interaméricaine des Droits de l´Homme", en Mesures conservatoires et droits fondamentaux (eds. G. Cohen-Jonathan y J.-F. Flauss), Bruxelles, Bruylant/Nemesis, 2005, pp. 145-163.

[16] Cfr. Cançado Trindade, A. A.,"El Deber del Estado de Proveer Reparación por Daños a los Derechos Inherentes a la Persona Humana: Génesis, Evo-

atención debida a las circunstancias de cada caso concreto. Es de la mayor importancia la preservación del legado de esta construcción jurisprudencial de la Corte IDH —en cuanto a medidas provisionales de protección y a reparaciones en todas sus formas, que tanto impulsé—, y que hoy día se proyecta en la jurisprudencia sobre la materia de otros tribunales internacionales.

—o—

Procedo, ahora, a mis breves consideraciones finales. Hoy, al aproximarnos al final del segundo decenio del siglo xxi, vivimos en un mundo inmerso en profunda crisis de valores, palco de continuadas y nuevas formas de crueldades perpetradas contra la persona humana en todos los continentes. Pero también hemos logrado avances en las cuatro últimas décadas de existencia de la Corte IDH que hay que preservar y ampliar.

Tengo confianza —como lo señalé el 30 de enero último, en mi conferencia inaugural en la sede de la Corte IDH—, en que las decisiones pioneras de la Corte de mi época seguirán siendo cultivadas, y su memorable construcción jurisprudencial será preservada y seguirá adelante.

Al fin y al cabo, el más precioso legado que hemos construido, todos los que nos dedicamos en nuestras vidas a la Corte IDH, ha sido, a mi juicio, la conquista histórica, definitiva e irreversible del derecho de acceso *lato sensu* del individuo a la justicia a nivel internacional, como verdadera emancipación del ser humano de todas las formas de dominación o poder arbitrario. El acceso de la persona humana a la justicia internacional —por el cual seguiremos luchando en distintas latitudes— es, en última ins-

lución, Estado Actual y Perspectivas", en Derecho International de los Derechos Humanos (Jurisprudencia Argentina, fascículo 10 - n. especial, ed. R. E. Gialdino), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, pp. 18-43; Cançado Trindade, A. A., "Reminiscencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a su Jurisprudencia en Materia de Reparaciones", 21 Revista de Derecho Vox Juris - Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, 2011, pp. 53-72; Cançado Trindade, A. A., "Genesis and Evolution of the State's Duty to Provide Reparation for Damages to Rights Inherent to the Human Person", en L'homme et le droit - En hommage au Professeur Jean-François Flauss (eds. E. Lambert Abdelgawad *et al.*), Paris, Pédone, 2014, pp. 145-179.

tancia, una manifestación del despertar de la conciencia jurídica universal —la fuente material última de todo el Derecho— para las necesidades apremiantes de protección del ser humano.[17]

Con esto concluyo mi comunicación a esta ceremonia memorable de celebración del 40 aniversario de la creación de nuestra querida Corte IDH, en este año de 2018, también conmemorativo del 70 aniversario de la adopción de las Declaraciones Americana y Universal de los Derechos Humanos, así como de la Convención contra el Genocidio. Hoy, 18 de julio, es un día de confraternización altamente significativo para todos nosotros, jueces y exjueces de la Corte IDH, cuya misión de realización de la justicia incorporamos en nuestras vidas, teniendo en mente también las nuevas y futuras generaciones.

[17] Cfr. Cançado Trindade, A. A., International Law for Humankind - Towards a New Jus Gentium, 2a. ed. rev., Leiden/The Hague Academy of International Law, 2013, pp. 1-726, esp. cap. VI, pp. 130-162; Cançado Trindade, A. A., Vers un nouveau jus gentium humanisé - Recueil des Opinions Individuelles, Paris, L´Harmattan, 2018, pp. 284-301, 563-564, 571-574, 814-815, 820, 987-989, 996 y 1021-1030; y cfr. también Cançado Trindade, A. A., "Responsabilidad, Perdón y Justicia como Manifestaciones de la Conciencia Jurídica Universal", 8 Revista de Estudios Socio-Jurídicos, Universidad del Rosario/Bogotá, 2006, n. 1, pp. 15-36.

La Corte Interamericana a 40 años de su establecimiento

*Sergio García Ramírez**

El alba del Sistema

Celebramos el cuadragésimo aniversario del establecimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya aparición debió vencer obstáculos y recelos. Y festejamos el septuagésimo aniversario de un hecho germinal para esa jurisdicción: la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en Bogotá, en 1948. Para apreciar las vicisitudes que enfrentó el advenimiento de la Declaración regional, conviene recordar el concepto entonces prevaleciente acerca de la soberanía y la

* Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 2004-2007. Este artículo me fue solicitado con motivo del cuadragésimo aniversario del establecimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el doctor Eduardo Ferrer Mac-Gregor, entonces Presidente de ese Tribunal. Se trataba de reunir reflexiones y experiencias de antiguos juzgadores. Esto explica las alusiones a mi experiencia como juez (1998-2009) y presidente (2004-2007) de la Corte. Asimismo, el artículo fue publicado en la Revista del Postgrado en Derecho de la UNAM (Nueva Época, no. 9, julio-diciembre 2018, pp. 23 y ss.). Analicé el mismo tema, con las variantes del caso, en mi conferencia (11 de abril de 2019) en el ciclo desarrollado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas sobre "Mecanismos contemporáneos de solución de controversias en el Derecho internacional", en el que participé por invitación de mi apreciada colega doctora Virdzhiniya Petrova Georgieva.

jurisdicción doméstica. Además, es preciso evocar la circunstancia regional americana: se trataba de construir un sistema continental novedoso, que abriera el cauce a una estructura que sustituiría a la Unión Panamericana, con todo lo que ello implicaba. Igualmente, es necesario considerar la circunstancia inmediata que rodeó a los participantes en la Conferencia de 1948: las dramáticas horas del "Bogotazo".[1]

La corriente favorable a la fundación de un Sistema Interamericano, protector de los derechos humanos y de una verdadera jurisdicción sobre la materia, emprendió la marcha —sin perjuicio de antecedentes apreciables— en la Conferencia sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, conocida como Conferenciade Chapultepec (México, 1945), en honor de la egregia sede que tuvo aquel encuentro de los Estados americanos. La Declaración de 1948 fue adoptada (2 de mayo de 1948) en el Gimnasio Americano de la capital colombiana, varios meses antes de la Declaración Universal (10 de diciembre de 1948). Por lo tanto, corresponde a la regional el honor —y a nosotros, mujeres y hombres de América, la satisfacción— de que aquélla fuese el primer instrumento de su género en la historia de la humanidad. Constituyó la carta de advenimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En su tiempo, la emisión de un instrumento con tales pretensiones remontó criterios tradicionales que opusieron resistencia: un sistema internacional o supranacional que interviniese en cuestiones concernientes a la jurisdicción doméstica quebrantaría las facultades soberanas de los Estados.[2] Algunos testigos de esa hora advierten sobre la vacilación en ir hacia adelante: tan lejos y tan pronto como se pudiera.[3]

---

1 Cfr. García Ramírez, La Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2a. ed., México, Porrúa, 2015, pp. 8-9.

2 Sobre los problemas que debió enfrentar la declaración, en su tiempo y circunstancia, cfr. García Bauer, Carlos, Los Derechos Humanos. Preocupación Universal; Guatemala, Universidad de San Carlos, 1960, p. 9.

3 Cfr. Jiménez de Aréchaga, Eduardo, "Prólogo" a García Bauer, Los Derechos Humanos..., *cit*., p. 9.

Sin embargo, el propósito de colocar al ser humano en el centro del escenario, sin fronteras territoriales para el reconocimiento y la plena vigencia de su dignidad y de los derechos y libertades inherentes a esta, venció los escollos y permitió el paso paulatino hacia un Sistema Interamericano, que implicó una transición mayor dentro de la breve historia de la tutela internacional de los derechos humanos. El ser humano reasumió el papel eminente que le reconocieron las declaraciones revolucionarias del siglo XVIII. La marcha se vio abonada, desde luego, por la reacción universal frente al siniestro espectáculo de las grandes guerras.

El trabajo preparatorio de la jurisdicción interamericana de los derechos humanos transitó por varios anteproyectos de convención, como el formado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos. Igualmente, le precedió la creación bienhechora de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ésta "hizo camino al andar", a partir de la valerosa decisión de los Cancilleres reunidos en Santiago de Chile, en 1959. Pero aún se tendría que remontar, como en efecto ocurrió, las limitaciones contenidas en el primer Estatuto de aquella Comisión.[4] Luego llegó la Conferencia de San José, en 1969, que adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), incorporando en ella —una vez superadas algunas objeciones que se dieron en el curso de la Conferencia— a la Corte destinada a interpretar y resolver contiendas a propósito de la aplicación del Pacto de San José y también a esclarecer consultivamente otros temas del derecho convencional de los derechos humanos.[5]

---

[4] Cfr. García Bauer, "Los Derechos Humanos...", *cit*., pp. 153-155. La eficacia de la Comisión, que fortaleció la idea tutelar del Sistema, se mostró en las actuaciones de aquélla en algunos países en que hubo violaciones graves de derechos humanos. Cfr. Buergenthal, Thomas y Cassel, Douglass, "The Future of the Interamerican Human Rights System", en Varios, El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, Méndez, Juan E. y Cox, Francisco (eds.), San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, p. 549, y González Morales, Felipe, Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 31 y ss.

[5] Sobre la Conferencia de San José, cfr. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre

Pasaría una década antes de que la CADH adquiriese vigencia por ratificación o adhesión de 11 Estados americanos. Hoy, en 2018, al cabo de otras etapas y contingencias, podemos mirar a nuestra América con el lente de la jurisdicción de los derechos humanos. Por supuesto, este no es el final del camino. Solo nos encontramos en una estación de lo que he denominado "navegación americana" de los derechos humanos:[6] a buena distancia del puerto de partida, pero también del punto de llegada —la tierra prometida—, donde tendrán plena vigencia práctica, no solo discursiva y normativa, los derechos fundamentales del ser humano. Así se habrá trasladado al imperio de la realidad la ferviente utopía de los revolucionarios de América y de Francia, que asignaron a la asociación política —hoy día, la nacional y la internacional— un fin preciso: la protección de los derechos humanos.

El Tribunal supranacional

Quienes aprobaron la creación de una Corte internacional —que califico como supranacional, atendiendo a su propósito y a su eficacia— escucharon las voces que sugerían o reclamaban la presencia de esa jurisdicción al lado de la instancia política que había comenzado a rendir buenos frutos. Esta fue la propuesta de René Cassin, invitado a la Conferencia,[7] además de que lo fuera

de 1969, Actas y Documentos, Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C., rep. 1978.

6 Hay una amplia bibliografía acerca de la etapa inicial del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. De ésta me he ocupado en mi libro La Corte Interamericana..., *cit*., pp. 6 y ss. y 100 y ss. Sobre los días del "Bogotazo", cfr. la narración del jefe de la Delegación mexicana y canciller de su país, Jaime Torres Bodet, en "La victoria sin alas", México, Fundación Miguel Alemán, 2012, pp. 273 y ss. Así, por ejemplo, en "La navegación americana de los derechos humanos: hacia un *ius commune*", en Varios, *Ius constitutionale commune* en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos, Bogdandy, Armin von, Fix-Fierro, Héctor y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), México, Instituto Max Planck/UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pp. 459 y ss.

7 En San José, Cassin señaló "[e]sta Conferencia tiene un carácter jurídico, casi judicial muy pronunciado". Cotejó las experiencias europea y americana, elogió el progreso significativo alcanzado por la Comisión Interameri-

de un vigoroso conjunto de juristas americanos a los que se debe el progreso de la tutela internacional de los derechos humanos en nuestro continente, entre ellos —participantes o no en el encuentro de San José— Carlos García Bauer y Eduardo Jiménez de Aréchaga.

Conscientes de que sería necesario atraer más voluntades y aguardar con prudencia y paciencia el retiro de las piedras que habría en el camino, los suscriptores de la Convención alojaron en esta una cláusula facultativa sobre la competencia del Tribunal para conocer asuntos contenciosos.[8] Gradualmente han llegado las adhesiones de los Estados a esa competencia prevista en la CADH. Pero aún son muchos los ausentes tanto del Pacto de San José como del reconocimiento de la competencia sobre asuntos contenciosos.

En 1978 entró en vigor la Convención. Con ella, la Corte Interamericana adquirió cuerpo y misión. En la ceremonia de instalación desarrollada en el Teatro Nacional de San José intervinieron varios promotores, defensores y actores de la jurisdicción emergente. El Presidente de Costa Rica, Rodrigo Carazo, señaló que el nuevo Tribunal debía emitir la jurisprudencia que permitiese alcanzar los objetivos del Pacto y aplicar sus disposiciones a plenitud,[9] iluminando zonas oscuras o indefinidas de la normati-

---

cana, se refirió a las aspiraciones de algunos países del hemisferio e invitó a "establecer, sin destruir un mecanismo ya probado (la Comisión y su desempeño), un instrumento nuevo que pueda, como en el caso de Europa, reforzar una Convención mediante una serie de interpretaciones y formar una jurisprudencia de valor inapreciable para prevenir violaciones futuras". Conferencia Especializada Interamericana..., *cit*., p. 434.

8 Sobre este punto y, en general, acerca de las preocupaciones de los autores de la Convención para atraer la voluntad de los Estados, cfr. Úbeda de Torres, Amaya, Democracia y derechos humanos en Europa y en América. Estudio de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos, Madrid, Reus, 2007.

9 Cfr. "Discurso pronunciado por el Excelentísimo señor Presidente de la República de Costa Rica, Lic. Rodrigo Carazo Odio, en el Teatro Nacional de Costa Rica, el día 3 de septiembre de 1979, con motivo de la instalación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Corte Interamericana de Derechos Humanos, Memoria de la Instalación, Secretaría de la Corte IDH/Unión Europea, San José, 1999, pp. 20-21.

va e integrando así el Sistema de Protección de Derechos Humanos. A este llegaron las aportaciones de la Corte, inicialmente reunidas en opiniones consultivas —simiente de la jurisprudencia venidera— y posteriormente expuestas, además, en un apreciable número de resoluciones jurisdiccionales de otra naturaleza. En todas ellas se expresan las facultades jurisdiccionales de la Corte: consultiva, contenciosa, preventiva y ejecutiva.

Sede e itinerancia

La jurisdicción interamericana, que tiene sede en San José, Costa Rica —merced a un convenio hospitalario con el gobierno de esa República—, recibió un nuevo impulso fecundo gracias a una decisión insólita: la celebración de períodos de sesiones fuera de la sede regular, acordada en la etapa en que presidí la Corte. Esta práctica, con algunos antecedentes en actuaciones procesales externas (por ejemplo, sesiones relativas a la Opinión Consultiva 18/03, en Santiago de Chile), inició en 2005.

A la luz de los buenos resultados obtenidos, se llevó adelante la primera serie de sesiones con audiencias públicas en otros Estados americanos. Me referí a este proyecto en los informes que expuse, como Presidente de la Corte, ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la OEA en 2004 y 2005.

En el correspondiente a este último año anuncié que el Tribunal desarrollaría un periodo de sesiones, con características novedosas, en la ciudad de Asunción, Paraguay. Aclaré que "no se trata(ría), en modo alguno, de realizar visitas *in loco*, que conciernen a la Comisión Interamericana, sino de actuaciones jurisdiccionales, especialmente audiencias públicas, que son la materia precisa y estricta del quehacer de la Corte, en la que ésta debe concentrar su atención y dedicación y a la que debe dirigir sus limitados recursos".[10]

[10] Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, Síntesis del Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos correspondiente al ejercicio del año 2004, OEA/Ser. G, CP/CAJP/INF.19/05, 10 mayo 2005, p. 8. Sobre este desarrollo en la actividad de la Corte, me referí en informes ante

Tampoco se buscaba, es obvio, dar a la administración de justicia un carácter espectacular, con el peligro, tan sabido, de constituir la justicia en espectáculo. El proyecto, cuidadosamente preparado, conjuró estos riesgos y mostró notables ventajas. En la etapa en que tuve el honor de presidir la Corte, esta celebró sesiones externas en Asunción, como acabo de indicar, y en Brasilia, Buenos Aires, San Salvador, Guatemala y Bogotá.[11] En los siguientes años continuó y arraigó este programa, que ha favorecido el conocimiento del Tribunal en los Estados de nuestra región.

La Corte reguladora. Normas y prácticas

La Corte Interamericana posee atribuciones convencionales normativas, administrativas y jurisdiccionales. En seguida me referiré a las normativas, que se deducen del Pacto de San José, secundado por el Estatuto del Tribunal —emitido por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos—, y por el Reglamento, cuya elaboración compete a la Corte misma. Este es mucho más que una regulación interna, protocolo de organización y tramitación: constituye un ordenamiento procesal que rige el despliegue de las competencias jurisdiccionales. En otros términos, el reglamento es un compacto código de procedimientos al que se disciplina la actuación del Tribunal, de la Comisión Interamericana y de los Estados parte en la Carta de la OEA —por lo que toca a las opiniones consultivas—, así como de todos los sujetos que actúan bajo la competencia consultiva o contenciosa de aquél.

---

la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos y la Asamblea General de la OEA; cfr. mis referencias en La Corte Interamericana..., *cit*., pp. 161-163 y 191 y ss., obra en la que también recojo las intervenciones que tuve como Presidente del Tribunal en las ciudades sede de los periodos externos. Igualmente, cfr. Saavedra, Pablo y Pacheco Arias, Gabriela, "Las sesiones 'itinerantes' de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un largo y fecundo caminar por América", en Varios, Recepción nacional del Derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, García Ramírez y Castañeda, Mireya (coords.), México, Secretaría de Relaciones Exteriores/UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 37 y ss.

[11] Cfr. García Ramírez, La Corte Interamericana..., *cit*., pp. 191-231.

Las fuentes para la regulación del procedimiento son los acuerdos o determinaciones de la Corte a través de sentencias u opiniones y los procesos de reforma directa a cargo del Tribunal. En los últimos lustros —y, en ellos, la etapa en que tuve el honor de integrar la Corte o de presidirla— se llevó adelante la reforma al Reglamento en consulta con los actores del Sistema acerca de los aspectos sobresalientes para el despacho de su jurisdicción. Esto permitió recibir puntos de vista atentos a los problemas advertidos y a sus posibles soluciones. Así hallaron fundamento varias modificaciones reglamentarias basadas en la experiencia del propio Tribunal o en las aportaciones de los actores del Sistema, señaladamente los Estados, la Comisión Interamericana y las organizaciones de la sociedad civil. El método utilizado —con diseño "democrático", se destacó en algún momento— sustentó la reforma de 2009, como indica la correspondiente "Exposición de Motivos".[12]

Por supuesto, no basta la modificación de normas si esta no se acompaña con el desarrollo de las prácticas que requiere la actividad jurisdiccional. Es preciso conciliar —sin sacrificio para nadie— la excelencia en la decisión con la diligencia en emitirla. Esto supone retos, como se suele decir, e incorporación de nuevas prácticas. Se procuró hacerlo en la etapa a la que corresponde la mayoría de las referencias contenidas en este texto, como quedó dicho en un informe ante la OEA.[13]

---

12 Véase la "Exposición de Motivos de la Reforma Reglamentaria" (de 2008-2009), en Corte Interamericana de Derechos Humanos, Documentos básicos en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano (actualizado a febrero de 2010), Secretaría de la Corte IDH, San José, 2010, pp. 193 y ss. También disponible en *http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_motivos_esp.pdf*

13 A este respecto, en el informe que presenté en 2004 ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos y ante la Asamblea General de la OEA, como Presidente de Corte Interamericana, manifesté que este Tribunal se proponía "ampliar la duración de los periodos de sesiones, reprogramar los trabajos del Pleno de la Corte y de sus integrantes, utilizar más tiempo antes de las reuniones en San José para el estudio y la preparación de casos, buscar nuevas fuentes de financiamiento de algunas actividades y redistribuir, en la medida de lo posible, los recursos disponibles". En el periodo comprendido entre 2004 y 2007, "estas propuestas se convirtieron en hechos, sin salvedad". La Corte Interamericana..., *cit*., p. 158.

La actuación de la Corte debe ser difundida a escalas nacional, regional y mundial. Es importante —más aún, indispensable— que el desempeño del Tribunal y su jurisprudencia sean ampliamente conocidos y analizados, y para ello es preciso utilizar todos los medios disponibles. La publicación de cuadernos sobre opiniones y casos es uno de esos medios, tradicionalmente utilizado —y muy valioso— para atender a ese propósito, como lo es la edición de textos diversos en los que se informa acerca del Tribunal y las tareas que cumple.

A estas vías de información se agregó, en mi etapa como Presidente del Tribunal, el relanzamiento de la página web,[14] que tiempo después adquiriría notable vuelo y se convertiría en un espacio de obligada consulta para quienes se interesan en la tutela interamericana de los derechos humanos, ahora expuesta igualmente por medio de la transmisión electrónica de las sesiones públicas de la Corte. En esa página se recogieron todos los documentos que figuran en los expedientes de casos cerrados, para conocimiento de quienes deseen consultar sin restricciones las piezas que los integran.[15] En el tiempo al que se refiere este artículo se alentó igualmente —como se había hecho en etapas anteriores— la aparición de obras que recogiesen la historia, las funciones y los alcances del Tribunal.[16]

Interpretación vinculante: hacia un derecho común (*ius commune*)

Con paso firme, venciendo asedios de diversa procedencia y aplicando con eficacia sus escasos recursos financieros —merced a la excelencia de sus recursos humanos—, la Corte ha adquirido

[14] Cfr. *Ibidem*, p. 175.

[15] Cfr. *Idem*.

[16] Tuvo especial importancia una obra analítica y colectiva que reunió estudios formulados por los jueces integrantes de la Corte y dio cuenta de la jurisprudencia emitida hasta 2004, con índices temáticos; Varios, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004", San José, Corte IDH, 2005.

madurez y prestigio. En efecto, se ha logrado en apreciable medida que las decisiones judiciales posean la virtud que deben tener: trascendencia, que es mucho más que cumplimiento e impacto. La trascendencia es la capacidad de mover el derecho interno y, con él, las prácticas domésticas. Implica creciente —aunque no siempre inmediata, fulminante— recepción de los criterios sustentados en la jurisprudencia del Tribunal.

La Corte ha sostenido que la jurisprudencia concurre a integrar la norma tutelar de los derechos humanos, compuesta por las disposiciones textuales de la Convención y por la interpretación que aporta ese Tribunal, su intérprete supremo. Tal es la norma tutelar que informa constituciones, leyes ordinarias, políticas públicas, resoluciones jurisdiccionales y otros actos de los Estados nacionales, merced al esfuerzo de recepción que ha cundido en muchos ámbitos. De nueva cuenta señalo: estamos lejos de llegar al punto de arribo. Cuando se analiza el "cumplimiento de sentencias" hay espacios colmados de sombras, pero también luces que antes no existían. Digámoslo con justicia para quienes las han encendido.[17]

El Tribunal también ha reiterado que sus resoluciones son vinculantes para los Estados que acogen la Convención Americana. El reconocimiento de esta calidad por parte de la Corte y de los Estados es un factor determinante para el arraigo y la fortaleza de la jurisdicción interamericana. Ha sido relevante sostener

[17] En mis informes ante la OEA, como presidente de la Corte IDH, hice notar los avances en el cumplimiento (que ahora identifico bajo el rubro de "trascendencia" de las resoluciones de aquel Tribunal): "(l)os criterios interpretativos de la Convención incorporados en dichas resoluciones han informado, cada vez más, modificaciones de leyes —inclusive de la más alta jerarquía—, expedición de normas, nuevos rumbos jurisprudenciales, cambios reglamentarios, variación de prácticas". García Ramírez, "La Corte Interamericana...", *cit*., p. 169. También es preciso distinguir los criterios de ponderación del cumplimiento: como observancia de los puntos de condena (en ocasiones muy numerosos) contenidos en las sentencias, o como medición que se cifra en la fórmula "todo o nada". A este respecto, cfr. Varios, "Eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2015, pp. 34-35. Los informes que rendí ante la OEA se encuentran disponibles en *http://www.corteidh.or.cr/informe-anual.html*

la eficacia *inter partes* de las decisiones judiciales, eficacia que la CADH proclama y que asumen explícitamente los suscriptores de esta, pero más lo ha sido sostener el imperio *erga omnes* de la interpretación que hace el Tribunal con respecto a los instrumentos que le confieren competencia *ratione materiae*. En otros términos, a la cosa juzgada se agrega la "cosa interpretada", como señalan algunos estudiosos, o la interpretación vinculante, como prefiero decir.[18]

Ese avance en relación con la fuerza de las sentencias —y de las decisiones en torno a medidas provisionales y cumplimiento de resoluciones— se ha extendido últimamente para comprenderlos criterios sostenidos por la Corte en sus opiniones consultivas. En un tiempo, la doctrina se dividió y la Corte no reconoció eficacia vinculante a sus opiniones consultivas. Esto ha cambiado, acertadamente, a partir de la OC-21.[19] Los Estados parte en la Convención —y en otros tratados del ámbito americano— se obligan a dar cumplimiento a las normas sustantivas contenidas en esos instrumentos, que se incorporan a su propio orden jurídico. Y el alcance de esos preceptos se halla definido, en último examen, por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, intérprete de la Convención y de aquellos tratados. De ahí que sea vinculante la interpretación provista por ese Tribunal, que concurre a integrar la norma cuya observancia es obligatoria, tanto en las opiniones como en las sentencias. Considero que está pendiente el examen de la eficacia de las opiniones consultivas sobre tratados que no forman parte del sistema normativo americano, pero son aplicables en países de América, tratados que también figuran en la competencia consultiva del Tribunal de San José.

---

18 Cfr. García Ramírez, Segio y Zanghi, Claudio, "Las jurisdicciones regionales de derechos humanos y las reparaciones y efectos de las sentencias", en Varios, El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos, Canosa Usera, Raúl, García Roca, Javier, Santolaya, Pablo y Fernández, Pablo Antonio (coords.), 2a. ed., Lima, Thomson Reuters, 2015, pp. 460-461.

19 Cfr. OC-21/ 14, "Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional", párrs. 31-32.

Del orden internacional al orden nacional

Los Estados han emprendido la construcción de vías de acceso del derecho interamericano al orden interno. Lo hacen a través de los que suelo denominar "puentes": constitucional, legal, político, jurisdiccional y cultural.[20] Así se plantea y acredita la trascendencia de las decisiones de la Corte. Ha caminado hacia adelante el acatamiento a las decisiones de aquélla, andando sobre un terreno difícil, accidentado, en el que aparecen obstáculos previsibles o imprevistos.

En los últimos lustros —y claramente en la etapa de la que guardo memoria como juez del Tribunal de San José— la gran mayoría de los Estados expresó su convicción de cumplimiento de las decisiones de la Corte. Se expresó en resoluciones de las altas cortes nacionales y de otros tribunales domésticos.[21] Alguna vez se afirmó la decisión de acatamiento, a pesar de que el tribunal interno no compartía los razonamientos y las conclusiones del Tribunal de San José.[22] Sin embargo, esa recepción es inestable. Hubo en el pasado —fuertemente— y se han reproducido en el presente reticencias o reservas que ponen en entredicho la fuerza de la jurisprudencia interamericana, buscando sustraerse a ella o sujetarla a apreciaciones de instancias nacionales.[23] Es

---

20 Cfr. mi desarrollo de esta idea, marco para la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el orden jurídico interno en "Relación entre la jurisdicción interamericana y los Estados (sistemas nacionales). Algunas cuestiones relevantes", en La Corte Interamericana..., *cit*., p. 685.

21 Cfr. Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*, 24 de noviembre de 2010, párrs. 163-169 y *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, 26 de noviembre de 2010, párrs. 225-232.

22 Cfr. Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de noviembre de 2008, párrs. 8-11 y Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), *Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa*, 23 de diciembre de 2004, párr. 12.

23 De mi etapa como juzgador puedo citar la decisión adoptada por el Gobierno de Perú, rechazada por la Corte IDH y luego retirada por el Estado.

preciso mantener la atención en vigilia; estos peligros pudieran multiplicarse y mellar la integridad del Sistema Interamericano.

Diálogo judicial y control de convencionalidad

Existe una fuerte relación entre los órganos jurisdiccionales internos y la Corte Interamericana, que se describe bajo el expresivo concepto de "diálogo jurisprudencial". Prefiero hablar de "diálogo jurisdiccional", puesto que la comunicación y sus consecuencias no ocurren apenas entre los productos de la jurisdicción, la jurisprudencia, sino a partir de la función misma de los órganos internacional y nacionales que participan conjunta y deliberadamente en la formación de un derecho común americano, idea que ha ganado fuerza —no sin cuestionamientos— y que forma parte de las ocupaciones actuales de muchos estudiosos y actores del Sistema Interamericano.

En otra época, ciertamente no remota —porque nada lo es en la corta historia del Sistema— los órganos jurisdiccionales locales e internacional caminaron distanciados. Aquellos atendían escasamente las orientaciones de la justicia internacional y esta no acogía los criterios acuñados en la doméstica. Obviamente, la desatención nacional al régimen supranacional gravitaba desfavorablemente en la tutela internacional de los derechos humanos y empobrecía la tutela nacional en perjuicio de los ciudadanos.

La situación cambió en las décadas más recientes, y se abrió el horizonte para ambos órdenes jurisdiccionales, primero a través de intercambios en foros políticos o académicos, que facilitaron el conocimiento mutuo y generaron confianza entre los interlocutores, y luego mediante la franca aceptación doméstica de la jurisprudencia interamericana. Esto confirió sentido y vigor al "diálogo jurisdiccional", como fragua para la asunción

---

Cfr. "Una controversia sobre la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en García Ramírez, La jurisdicción internacional. Derechos humanos y justicia penal, México, Porrúa, 2003, pp. 269 y ss. Asimismo, en mi libro Estudios jurídicos, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 389 y ss.

compartida de razones y orientaciones, que culminan en el derecho común interamericano. Tuve la fortuna de participar en este proceso de gradual aproximación, expresado —por ejemplo— en reuniones de tribunales en Punta del Este, Uruguay,[24] y en Cuernavaca, México.[25]

Posee gran relevancia el control de convencionalidad, tema que se halla en nuestro constante escenario. Hace más de 15 años me referí a la existencia de un control de "internacionalidad" o de "juridicidad" —a la manera del control de constitucionalidad— derivado de la comunidad entre los objetivos del orden interno informado por convicciones humanistas y democráticas y el internacional sustentado en las mismas convicciones.[26] A la reflexión sobre esta coincidencia se agregó el reconocimiento de que las disposiciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las decisiones interpretativas y aplicativas de la Corte Interamericana no se dirigen apenas a cierto sector del Estado nacional, sino deben ser atendidas por este en su conjunto, lo que entraña una obligación ineludible a cargo de los tribunales domésticos. En mi voto concurrente a la sentencia del caso *Myrna Mack Chang* aludí al "control de convencionalidad" por parte de la Corte Interamericana.[27]

El Tribunal de San José asumió y desarrolló la doctrina del control de convencionalidad como atribución —facultad y deber— de los tribunales nacionales, tema que ha cundido y originado importantes consecuencias. Un notable paso en esta dirección, en el que participé como miembro de la Corte, se produjo en la

[24] XII Encuentro Anual de Presidentes y Magistrados de Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales de América Latina, Punta del Este, 2005. Cfr. *https://www.scjn.gob.mx/relaciones-institucionales/encuentro-anual*

[25] XIII Encuentro Anual de Presidentes y Magistrados de Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales de América Latina, Cuernavaca, 2006. Cfr. *https://www.scjn.gob.mx/relaciones-institucionales/encuentro-anual*

[26] Cfr. García Ramírez, Temas de derecho, México, Universidad Autónoma del Estado de México/Seminario de Cultura Mexicana/UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 435.

[27] Cfr. García Ramírez, Votos particulares en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y reflexiones sobre el control de convencionalidad, 2a. ed., México, CNDH, 2015, pp. 210-211 y *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf*

sentencia del caso *Almonacid*.[28] Esta es una de las más valiosas aportaciones de la Corte Interamericana al desarrollo del Sistema. Del control a cargo de los juzgadores, como renovada expresión de las atribuciones naturales de estos, se transitó al control a cargo de órganos o funcionarios auxiliares de la justicia, y más tarde al control por parte de todos los agentes del Estado, lo cual implica una especie de control universal por un gran número —millares o millones— de agentes públicos, con o sin investidura judicial. Otro punto relevante, que requiere análisis, es el relativo a los efectos del control y a los presupuestos de este.[29]

---

28 Cfr. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

29 Sobre el origen de la doctrina del control de convencionalidad en la Corte IDH, cfr. Vergottini, Giuseppe de, "Más allá del diálogo entre tribunales, comparación y relación entre jurisdicciones", trad. de Pedro J. Tenorio Sánchez, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2010, p. 112; Rey Cantor, Ernesto, "Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos", México, Porrúa, 2008, pp. 46 y 167-171; Hitters, Juan Carlos, "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación", en La Ley, Buenos Aires, 2009, pp. 1-5; Sagüés, Néstor Pedro, "El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano", en Varios, La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un *ius constitucionale commune* en América Latina?, Bogdandy, Armin von, Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Instituto Max Planck/Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, t. II, 2010, p. 449, "El control de convencionalidad en el Sistema Interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el Sistema Europeo", en Varios, El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales, Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo (coord.), México, FUNDAP, 2012, p. 422, y La interpretación judicial de la Constitución. De la constitución nacional a la constitución convencionalizada, México, Porrúa, 2013, pp. 344-346; Brewer-Carías, Allan R. y Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, "Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado", Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 47; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", en Varios, El control difuso..., *cit.*, pp. 132-133; Bazán, Víctor, "Estimulando sinergias: de diálogos jurisprudenciales y control de convencionalidad", en Varios, El control difuso..., *cit.*, pp. 15 y ss.; Ayala Corao, Carlos, "Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad", Caracas, 2012, pp. 133 y ss., 142 y 147; Caballero Ochoa, José Luis, "La

Creo que sería útil una nueva consideración de la materia, tomando en cuenta los fines últimos del control, su mejor operación y el propósito —destacado por varios juristas— de utilizarlo como medio para la formación del derecho común.[30] En todo caso, el concepto mismo de control —que primero es subordinación al orden internacional convencional, y luego confrontación entre este y el orden interno— ha sido un asunto descollante en la doctrina reciente de la Corte Interamericana, y en la meditación y actuación de juzgadores y académicos.

Vocación institucional. La jurisprudencia "transformadora"

En diversas ocasiones he subrayado lo que caracterizo como "vocación institucional" de la Corte Interamericana.[31] Desde luego, todos los tribunales comparten una vocación justiciera y enfilan sus tareas en el sentido que ordenan las disposiciones que los gobiernan. La Corte Interamericana posee esa misma vocación genérica y la asume en los términos de la circunstancia en la que actúa y de la misión específica que tiene. No es una instancia para el conocimiento de gran número de casos; no puede actuar y no actúa con este propósito; tampoco pretende

interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad", México, Porrúa, 2013, pp. 75-76, y Rosales, Emmanuel, "En busca del acorde perdido o la necesidad de un lenguaje común para el análisis sistemático de la aplicación del Derecho Internacional de Derechos Humanos por cortes nacionales", en Varios, El control de convencionalidad y las cortes nacionales. La perspectiva de los jueces mexicanos, García Villegas Sánchez Cordero, Paula M. (coord.), México, Porrúa, 2013, p. 180.

30 Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, La Constitución bajo tensión, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales, 2016, p. 417.

31 Cfr. "Relación entre la jurisdicción interamericana y los Estados (sistemas nacionales). Algunas cuestiones relevantes", en La Corte Interamericana..., *cit*., pp. 684-685, y Reunión de expertos sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Center for Civil and Human Rights, Indiana, University of Notre Dame, Estados Unidos de América, 31 de marzo-2 de abril de 2014, disponible en *https://humanrights.nd.edu/assets/134036/garcia-ramireziaspan.pdf*

ser —lo ha desechado expresamente— un tribunal de última instancia para revisar los litigios domésticos. Se ha comprometido con la causa de los derechos humanos y trabaja para la trascendencia de sus resoluciones como factor de profunda reforma inmediata o mediata, a sabiendas de que esta empresa magna no se consuma en un día ni depende —subrayémoslo— solamente de la tarea jurisdiccional.

Las resoluciones de la Corte Interamericana tienen naturaleza y pretensión "transformadora". Calan en los factores de la violación de los derechos y alientan la garantía de no repetición. Exploran el contexto de los hechos violatorios, identifican su gestación remota o cercana y previenen su persistencia o multiplicación futura. Esta aspiración explica el carácter de muchas sentencias del Tribunal en aspectos básicos de su mejor jurisprudencia: así, las consecuencias de la violación de derechos humanos, generalmente identificadas como reparaciones, y las decisiones, cada vez más frecuentes e incisivas, sobre grupos vulnerables o individuos que los integran, amplísimo universo en el espacio americano. Adelante me referiré de nuevo a estos puntos. Esta dedicación natural, que complementa las definiciones progresistas de los derechos y las libertades enunciados por la Convención, concurre a establecer y caracterizar la vocación institucional de una Corte creada para los ciudadanos del "mundo americano", y que hace su propia tarea en la "navegación" —también americana— por los derechos humanos.

El "juez natural" del Sistema. Permanencia y autonomía

La Corte IDH ha sido y es un tribunal permanente, si entendemos con rectitud la permanencia como ejercicio ininterrumpido y eficaz de las atribuciones a su cargo, no apenas como reunión constante de los integrantes del Tribunal en torno a una mesa de deliberaciones. El carácter trascendente de su desempeño, en los términos en que lo caracterizo, contribuye a que la Corte pueda atender su vocación y servir a su objetivo en un número relativamente reducido de opiniones y sentencias. Ocurrió en la etapa a la que aludo directamente en este artículo y ha sucedido en las

anteriores y posteriores. La trascendencia no deriva de millares de resoluciones reiterativas, sino de criterios oportunamente establecidos, con signo justiciero y progresista, a veces calificadas como "paradigmáticas", sobre temas y problemas de gran entidad, que reclaman la atención transformadora a cargo de la jurisprudencia interamericana. Los números son moderados; las decisiones, trascendentales. Hasta junio de 2018, el Tribunal había emitido 24 opiniones consultivas y 352 sentencias en relación con 236 casos contenciosos.

La Corte lDH es el juez natural en el Sistema que le incumbe. Este es un punto central para su operación, sin riesgo de naufragio o extravío. Recordemos la disposición del Pacto de San José (artículo 8.1), que también se aplica, naturalmente, al Tribunal Interamericano: independencia, imparcialidad y competencia. Estimo que se ha honrado esta regla —un "dogma"—, que constituye un principio inamovible para cualquier verdadero tribunal de justicia. La Corte ha sufrido opiniones encontradas y ha resistido señalamientos adversos, determinados por sentencias justas en contra de situaciones injustas. Creo que nada de esto ha desviado el curso del Tribunal en su compromiso de independencia, imparcialidad y competencia. Lo muestra su enérgica y serena resistencia a ciertos avatares del pasado o del presente, y estoy seguro de que lo mostraría si aquéllos cruzaran de nuevo en su camino.

La Corte Interamericana ha operado con recursos escasos. Es preciso incrementar estos como lo ordenan la razón y múltiples acuerdos, insuficientemente cumplidos, de la Organización de los Estados Americanos y de la Cumbre de las Américas,[32] incremento constantemente requerido antes, durante y después de mi propia etapa judicial. No se desconoce esa insuficiencia inquietante, pero ella no ha detenido la actividad de la Corte ni

[32] En diversos momentos se ha dispuesto el incremento de las aportaciones destinadas a financiar el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Mencionaré solo algunos ejemplos de esta reiterada disposición, cfr. OEA, Asamblea General, Resolución 1828 (XXXI-O/01), 5 junio 2001, OEA, Asamblea General, Resolución 2908 (XLVII-O/17), 21 de junio de 2017, y Tercera Cumbre de las Américas, Declaración de la ciudad de Québec, 2001, párr. 7.

mermado su desempeño en perjuicio de la vocación institucional que le compete.

Integración del Tribunal: nueva interpretación

En la etapa de mi desempeño judicial, la Corte tuvo oportunidad de deliberar sobre su integración y de modificar un arraigado criterio interpretativo, que no tuvo el rango de costumbre internacional. Me refiero a la interpretación del artículo 55 CADH sobre participación de jueces *ad hoc* en la composición del Tribunal y actuación de jueces de la nacionalidad del Estado al que se imputa la violación sujeta a juicio. Al abordar este asunto debo decir que guardo excelente recuerdo de jueces *ad hoc* con los que compartí el conocimiento de diversos casos. Pero ahora no invoco experiencias personales, sino me remito a la debida regularidad en la integración de un tribunal y en el despacho de las causas.

La Corte acertó en la Opinión Consultiva OC-20/2009 —en la que participé—, ponderando el principio de igualdad entre las partes que comparecen ante un tribunal y considerando, con sensibilidad, que los jueces deben ser y además "parecer" independientes e imparciales a la luz de cualquier observación rigurosa, incluso la mirada de las víctimas, de los Estados o de otros analistas calificados. Antes de que se adoptara la bienvenida OC-20, me inhibí de intervenir en el conocimiento de casos concernientes al país de mi nacionalidad.[33] Expuse razones que finalmente transitaron a la jurisprudencia de la Corte.

[33] Así, por ejemplo, en el caso *Castañeda Gutman vs. México*, 6 de agosto de 2008; *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, 16 de noviembre de 2009, y *Radilla Pacheco vs. México*, 23 de noviembre de 2009. Sobre este tema, señalé que "el buen desempeño de las funciones jurisdiccionales no reposa solamente en la integridad y capacidad del juez —que son indispensables, por supuesto—, sino también en la valoración que se haga sobre aquéllas. Ser, pero también parecer". *Radilla Pacheco vs. México*, 23 de noviembre de 2009, p. 1 y *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf*

Hoy día, la intervención de jueces *ad hoc* se confina a los casos interestatales. Así se reconoce el origen de ese personaje en procedimientos ante tribunales que resuelven sobre contiendas entre Estados, no entre estos y los particulares. Sin embargo, mantengo la reserva que desde hace tiempo expresé sobre la figura del juez *ad hoc*. Consta en mi voto particular sobre la citada OC-20: "[a]lgunos de los argumentos con los que se cuestiona su intervención en los denominados casos individuales, abonarían su exclusión en la otra categoría". Lo "más razonable sería que el tribunal quedase integrado con jueces que no ostentan la nacionalidad de alguna de las partes. Así el tribunal correspondería, con mayor evidencia, a la figura del tercero colocado fuera y por encima de las partes".[34]

Los protagonistas

Me he referido al órgano jurisdiccional interamericano. Debo comentar otros extremos de lo que he denominado los "protagonistas" del Sistema, dato político-operativo de este.[35] En el marco de los protagonistas figuran los Estados, la OEA, las instituciones de la sociedad civil, los órganos internacionales de supervisión —Comisión y Tribunal— y otros sujetos a los que califico como actores "emergentes".[36] Estos han llegado a ocupar espacios importantes y a desempeñar papeles cada vez más relevantes en la operación del Sistema. Ahora no puedo extenderme sobre ellos, pero mencionaré que en las décadas recientes se incrementó su número con la presencia del *ombudsman* y la defensoría pública, inicialmente vistos con algún recelo por tratarse de órganos del Estado que no podrían militar, para los efectos de la justicia supranacional, en las filas de este y tampoco podrían hacerlo —se supuso— en el banco de las víctimas y sus allegados.

---

34 Cfr. Votos..., *cit*., pp. 102 y ss., y *http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_20_esp1.pdf*.

35 Sobre los elementos o datos del sistema. Cfr. García Ramírez, La Corte Interamericana... *cit*., pp. 57 y ss.

36 Cfr. García Ramírez, "Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana", México, Porrúa, 2018, p. 202, Votos..., *cit*., p. 519, y *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_191_esp.pdf*

Por fortuna, esta objeción decayó y titulares del *ombudsman* y de la defensoría pública interna pudieron atender fuera de sus fronteras territoriales la defensa de los derechos de las víctimas, como lo habían hecho fronteras adentro. Lo vimos en un caso significativo, conocido en el tiempo en que participé en el Tribunal.[37] Los buenos resultados de esta intervención, que no añadió gramos al platillo del Estado, fortaleció la posición de las víctimas ante la jurisdicción supranacional.

El vínculo con las defensorías públicas nacionales animó la antigua propuesta de la Corte para que el Sistema contase con defensores profesionales de las víctimas que no pueden allegarse, por sí mismas, la asistencia jurídica que requieren. Sostuve esta propuesta —como lo hicieron mis antecesores— ante la OEA. Al amparo de útiles iniciativas se estableció una novedosa institución, el Defensor Público Interamericano, cuyo desempeño se ha apoyado con un Fondo de Asistencia Legal de Víctimas, integrado en el tiempo sobre el que tengo experiencia directa.[38]

Derechos y libertades, temas de la jurisprudencia

En un breve artículo panorámico como el presente no es posible aludir a todos los temas abordados por la jurisprudencia de la Corte. Intentaré, sin embargo, una brevísima noticia, considerando que tuve oportunidad de intervenir como juzgador en la formación de opiniones o la solución de casos relativos a los temas que en seguida mencionaré.

---

37 Durante la audiencia del caso *Ticona Estrada y otros vs. Bolivia* —celebrada en Montevideo, Uruguay— el Defensor del Pueblo compareció en la representación de las presuntas víctimas. Cfr. Corte IDH. *Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*, 27 de noviembre de 2008, párr. 8.

38 El 3 de junio de 2008 la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) aprobó la creación del Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Cfr. OEA, Asamblea General, Resolución 2426 (XXXVIII-O/08), "Creación del Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", puntos resolutivos 2.d) y 3.

Desde luego, la jurisprudencia interamericana se ha ocupado en el examen de las obligaciones generales de los Estados y ha caracterizado los deberes de respeto, garantía y adopción de medidas. Debo subrayar aquí los pronunciamientos a propósito del deber de garantía y la obligación de abatir la impunidad —tema muy transitado— y juzgar los actos violatorios bajo el derecho interno y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es bien conocida la jurisprudencia que rechaza medidas cuya consecuencia sea el olvido de las violaciones cometidas y la consecuente impunidad de sus autores. Me pronuncié en este sentido, a través de votos particulares, coincidiendo con mis colegas.[39] Se ha suscitado una cuestión relevante a propósito de la "justicia transicional" —que adelante mencionaré de nuevo—, tomando en cuenta los diversos escenarios en los que esta se plantea: secuela de un conflicto interno, que se pretende cerrar, o etapa posterior a la declinación de un gobierno autoritario que incurrió en violaciones de derechos como medio de control político.

La Corte fijó criterios importantes para el rechazo a la impunidad y acerca de la responsabilidad internacional del Estado. En tal sentido, analizó la responsabilidad generada por personas o grupos que no pertenecen formalmente al Estado, pero actúan —vulnerando derechos fundamentales— merced al apoyo, la tolerancia o la indiferencia de este. Esta doctrina del Tribunal supranacional se proyecta sobre la responsabilidad internacional del Estado y sobre las fuentes del deber de reparar en diversas vertientes: rectificación de omisiones y reparación de agravios.

La Corte ha fijado el alcance de un amplio número de derechos y libertades consagrados en la CADH y en otros instrumentos que debe aplicar o a los que debe recurrir —aunque no los aplique directamente— para fijar los términos del derecho internacional y orientar, al amparo de este, sus propias reflexiones y decisiones. En una rápida mirada sobre los derechos analizados por la más frecuente jurisprudencia de la Corte figuran temas de primer orden, que a menudo poseen especial intensidad en el encuentro entre la autoridad y los ciudadanos. Pude intervenir

[39] Cfr. Votos..., *cit*., pp. 125-128, 151-155, y 461-463. Además ver *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_43_esp.pdf, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf, y http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf*

en el examen de la mayoría; otros llegaron al conocimiento de la Corte posteriormente.

A título de ejemplos mencionaré algunos temas de la jurisprudencia interamericana, sin internarme en su examen: primado del principio *pro persona*, que se halla en la base del régimen de interpretación de derechos, libertades y deberes generales; alcance de la titularidad de los derechos humanos en el doble plano de las personas físicas y morales; igualdad y no discriminación, sin olvido del principio de especificidad al que adelante me referiré; reconocimiento de la personalidad jurídica y derecho a la identidad y al nombre; restricciones a la pena capital con firme tendencia abolicionista;[40] medidas para favorecer la calidad de la vida; integridad física y psicológica; formas contemporáneas de esclavitud; medidas restrictivas o privativas de la libertad; legalidad —naturaleza y alcance de la ley, idea que se proyecta sobre la más importante función reguladora del Estado—; honra y dignidad; dimensiones individual y social de la libertad de expresión y ejercicio del periodismo,[41] ámbito en el que expresé claramente mi posición desfavorable al empleo de la vía penal;[42] asociación; tutela de la familia; protección del niño —tema sobre el que también volveré—; diversas implicaciones del uso y goce de bienes, entraña del derecho a la propiedad privada; participación en las decisiones de la sociedad a la que se pertenece y acceso a la función pública; protección judicial como tutela ordinaria efectiva y como garantía de derechos fundamentales; suspensión del ejercicio de derechos[43] y derechos económicos, sociales y culturales,

---

40 Mi voto en el caso *Raxcacó Reyes*, párrs. 1-12. Cfr. Votos..., *cit*., pp. 344-350, y *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_133_esp.pdf* También cfr. Corte IDH, "Pena de muerte", Cuadernillos de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH, 2017.

41 Cfr. García Ramírez y Gonza, Alejandra, "Libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Miami, 4a. ed., Sociedad Interamericana de Prensa, 2016. También cfr. Corte IDH, "Libertad de pensamiento y expresión", Cuadernillos de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH, 2017.

42 Así, en mi voto en el caso *Kimel*. Cfr. Votos..., *cit*., pp. 503-5-504, y *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf*

43 Cfr. García Ramírez, "Tutela de los derechos en situaciones excepcionales. Debido proceso y cumplimiento de resoluciones", en Varios, Reconcilia-

cuya justiciabilidad constituye uno de los temas de mayor relevancia y trascendencia para la jurisdicción interamericana.[44]

Una cuestión permanente: acceso a la justicia y debido proceso

Me interesa destacar que entre los temas muy frecuentemente abordados por el Tribunal de San José figura el acceso a la justicia, vinculado al debido proceso, medio sobresaliente para la defensa y rescate de todos los derechos. Es una cuestión invocada en la casi totalidad de los litigios llevados ante la Corte, como ha ocurrido en el espacio jurisdiccional europeo. Esta materia se halla primordialmente regulada por los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, aunque también aparece, por diversos motivos, en otros preceptos: así, artículos 4, 5, 7 y 27. La Corte ha elaborado detallada y sólida doctrina acerca del debido proceso, que podría informar una deseable convención regional sobre la materia.

La jurisprudencia interamericana ha puesto en relieve los elementos que caracterizan el debido proceso: ante todo, la garantía de plena defensa de los derechos de quienes intervienen en el litigio. Hay aportaciones notables que conviene tener en cuenta y que aluden a un amplio conjunto de opiniones y casos en cuyo conocimiento intervine.[45] Entre ellos, las referencias al juez natu-

---

ción y Derecho Procesal. Memoria del Coloquio sobre Reconciliación y Derecho Procesal, Bejarano Guzmán, Ramiro, Moreno Cruz, Pablo y Rodríguez Mejía, Marcela (eds.), Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal/International Association of Procedural Law/Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 341 y ss.

44 Cfr. García Ramírez, "Protección jurisdiccional de los derechos económicos, sociales y culturales", en Cuestiones Constitucionales, núm. 9, julio-diciembre de 2010, pp. 127-157. También cfr. Observatorio de Jurisprudencia Interamericana, Derechos económicos, sociales y culturales, Fundación Diálogo Jurisprudencial Interamericano, Observatorio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 2010-2016.

45 En numerosos votos particulares abordé temas generales y específicos del acceso a la justicia y el debido proceso. Figuran, acompañando al desarrollo de la materia, en mi libro, al que me remito, "El debido proceso. Criterios de la jurisprudencia interamericana", México, Porrúa, 2016, pp. 101 y ss. También, cfr. Observatorio de Jurisprudencia Interamericana, Derecho a

ral —independiente, imparcial y competente—, presupuesto del debido proceso, cuya ausencia invalida inmediatamente el enjuiciamiento y hace innecesario entrar al examen de otras violaciones alegadas por el demandante.[46] En mérito del juez natural, la Corte acotó la actuación de la justicia militar, frecuentemente utilizada en países americanos, y actualmente quedó excluida para los civiles y concentrada en asuntos que atañen a bienes jurídicos del orden castrense.

La jurisprudencia interamericana trasladó a todos los procedimientos las garantías explícitamente asignadas al ámbito penal: aquellas pasan, en lo pertinente, de los supuestos previstos en el artículo 8.2 a los regulados en el 8.1. Igualmente, la jurisprudencia ha extendido apreciablemente las disposiciones del debido proceso para la defensa del justiciable, como ocurrió en la notable Opinión Consultiva OC-16/99, a propósito de la protección consular de los detenidos extranjeros, principalmente cuando estos afrontan la posibilidad de condena a pena capital.[47]

En el mismo ámbito del debido proceso, la Corte agregó a la ponderación del plazo razonable el impacto que el transcurso del tiempo puede tener sobre los derechos del individuo —ponderación que sugerí en mis votos particulares—,[48] además

---

las garantías judiciales, Fundación Diálogo Jurisprudencial Interamericano, Observatorio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 2014-2015.

46 En mi voto concurrente a la sentencia del caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*, del 20 de noviembre de 2009, sostuve que la presencia y actuación del juez natural constituye un presupuesto —no sólo un elemento— del debido proceso. Cfr. Votos..., *cit*., pp. 518 y ss., y *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_207_esp.pdf*

47 Me referí al carácter dinámico y expansivo del debido proceso en el voto concurrente que emití para la Opinión Consultiva OC-16/99, "El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso", del 1 de octubre de 1999. Cfr. Votos..., *cit*., pp. 21 y ss., y *http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf*.

48 En mi voto para la sentencia del caso *López Álvarez vs. Honduras*, del 1 de febrero de 2006, propuse la consideración de un nuevo elemento para ponderar la razonabilidad del plazo: "afectación actual que el procedimiento implica para los derechos y deberes —es decir, la situación jurídica— del individuo". Votos..., *cit*., p. 338, y *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf*

de otros factores que afectan la razonabilidad, consagrados por la jurisprudencia europea y recogidos por la interamericana. En el examen de los recursos que puede emplear el justiciable, esta jurisprudencia ha destacado imperiosamente la impugnabilidad de las sentencias ante un tribunal superior, que va más allá de la revisión concentrada en puntos de legalidad, como ocurre bajo ciertas formas de casación que no permiten el examen amplio de violaciones a derechos fundamentales.[49]

El deber de garantía. Impunidad y violaciones graves

En el ejercicio de su función, desplegada sobre hechos consumados en contextos fuertemente autoritarios, el Tribunal supranacional ha examinado la exoneración de sujetos responsables de graves violaciones de derechos humanos. Esto quebranta el deber de garantía, amparando las violaciones con sentencias absolutorias o sumamente benévolas a las que se atribuye autoridad de cosa juzgada. Es evidente que no subsistiría la justicia penal internacional ni se tendría en pie la justicia de derechos humanos si los hechos violatorios quedaran al margen de todo enjuiciamiento posterior, bajo el palio de la cosa juzgada. De ahí que la Corte haya insistido —insistencia de la que participé en varios casos—[50] en la ineficacia de ciertos procesos "a modo" y de las sentencias dictadas en ellos: ni aquéllos son verdaderos juicios, ni estas son genuinas sentencias. En tal virtud, se autoriza la reapertura —o mejor dicho, la apertura— de auténticos procesos.

---

49 Cfr. mi voto particular correspondiente a la sentencia del 2 de julio de 2004 en el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, en Votos..., *cit*., pp. 210 y ss., y *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf*. Asimismo, cfr. mi artículo "Garantías judiciales: doble instancia y amparo de derechos fundamentales (artículos 8.2.h y 25 CADH)", en Pérez Vázquez, Carlos (coord.), El derecho humano al debido proceso. Sus dimensiones legal, constitucional y convencional, México, Tirant Lo Blanch, 2014, pp. 145-168.

50 Cfr. Votos..., *cit*., pp. 341-343 y 464-465. Además ver *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_132_esp.pdf* y *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf*

En este sector de consideraciones procede mencionar la jurisprudencia sobre investigación de violaciones graves, concepto sobre el que no hay definiciones unánimemente aceptadas, aunque tales violaciones son claramente identificables en el examen cuidadoso de los hechos cuestionados. La Corte Interamericana ha fijado las reglas aplicables a la investigación —utilizando referencias alojadas en la normativa contra las ejecuciones extrajudiciales, la tortura o la desaparición forzada—, cuya indagatoria no puede sujetarse a procedimientos apresurados o ligeros. Se habla de investigación *ex officio*, no condicionada a la gestión o a la diligencia de las víctimas, inmediata, acuciosa, completa, cumplida por autoridades competentes, comprensiva del contexto. La invocación de reglas contenidas en instrumentos de *soft law* —como el Protocolo de Estambul— confiere a estos la fuerza preceptiva indispensable para el buen despacho de la investigación.[51]

Las reflexiones y decisiones jurisdiccionales acerca del debido proceso —que constituye una suprema garantía de justicia, atenta a la satisfacción de la sociedad y de la víctima y a la respuesta razonable a la contienda entre quien vulnera derechos y quien es titular de estos— se proyectan hacia la "justicia transicional", aludida en líneas anteriores. La jurisprudencia interamericana ha insistido en la necesidad perentoria de mantener a salvo los principios y reglas del debido proceso, sin desconocer las otras necesidades que sustentan el concepto mismo de una justicia de transición. En el debate sobre esta materia, tan delicada, se ha sugerido reconocer las diferencias que median y la línea divisoria que debe existir entre la atención indispensable a procesos de paz, para erigir una nueva era democrática, y la consagración de la impunidad en favor de los responsables de graves violaciones de derechos humanos.[52]

---

51 Cfr. García Ramírez, El debido proceso..., *cit.*, pp. 68-71.

52 Cfr. Sierra Porto, Humberto A., "Los retos jurídicos del proceso de paz colombiano", en Varios, Reconciliación..., *cit.*, pp. 79-99, y voto del juez Diego García-Sayán en el caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños*, en *http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_252_esp.pdf*. Me he referido a este tema en mi artículo "Justicia transicional y jurisprudencia interamericana", en Varios, Justicia transicional, Agudelo Mejía, Dimaro, Pabón Giraldo, Liliana Damaris, Toro Garzón, Luis Orlando, Bustamante

Justiciabilidad de los DESCA

La protección jurisdiccional de los DESC o DESCA, como se dice recientemente, es decir, la llamada "justiciabilidad" de esos derechos, requiere un comentario especial. Ha sido diversa la puesta en escena de los derechos económicos, sociales y culturales a través de las grandes declaraciones y los tratados internacionales: aquéllos figuran en la Declaración Americana y en la Declaración Universal, pero su tratamiento se hace por separado en los tratados y pactos mundiales y regionales. En esta separación se refleja el concepto de "generaciones" de derechos humanos, que no entraña jerarquía o preferencias inaceptables, sino diferencias cronológicas o documentales a propósito del ingreso al escenario de los derechos reconocidos.

A la Conferencia de San José llegó la pretensión de incluir en la Convención el régimen de los derechos económicos, sociales y culturales. Se hizo notar que la observancia de los derechos humanos deriva de la existencia de condiciones propicias, que el Estado debe aportar.[53] Sin embargo, estas aspiraciones solo figuraron en el proyecto del Pacto, que recogió una alusión a los deberes de los Estados en esta materia (artículo 25), pero no prevalecieron en la deliberación y en el acuerdo final de esa Conferencia. El tema se incluyó solamente en un precepto, el artículo 26, bajo el rubro de "Desarrollo progresivo", a reserva de que otro instrumento expusiera el catálogo de aquéllos, como efectivamente ocurrió a través del Protocolo de San Salvador. Empero, este abre la puerta a una justiciabilidad muy limitada: asociación sindical y derecho a la educación.

La Corte se ha ocupado de los DESCA en tres vertientes o con tres referencias: asegurar la progresividad y rechazar la regresión de estos, emprender la tutela de los DESCA o de bienes

Rúa, Mónica María y Vargas Vélez, Orión (coords.), Medellín, Universidad de Medellín, 2017. Igualmente, cfr. Corte IDH, "Justicia Transicional", Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH, 2017.

53 Cfr. "Proyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos" y "Enmiendas al proyecto... presentadas por la Delegación de Guatemala", en Actas y Documentos..., *cit*., pp. 23 y 107.

atinentes a estos a través de la protección de ciertos derechos civiles (por ejemplo: salud, mediante la tutela de la integridad; desarrollo de comunidades indígenas, a través de las implicaciones del uso y el goce de bienes; niñez, mediante una comprensión intensa y extensa de la cláusula sobre derechos del niño expuesta en la CADH, etcétera), y proteger los DESCA directamente por conducto del acceso a la justicia y diversas fórmulas de interpretación de la Declaración Americana y el Pacto de San José,[54] orientación que se ha abierto paso.

Vulnerables: jurisprudencia para los más débiles

Señalé que, entre los temas relevantes, e incluso característicos y definitorios, de la jurisprudencia interamericana se hallan la tutela de los grupos vulnerables y de los individuos que los integran, y el régimen de las reparaciones por violación de derechos humanos. La atención a los derechos humanos de los grupos vulnerables viene de tiempo atrás: se mostró en la Declaración de Viena, de 1993,[55] y ha persistido en el panorama de los instrumentos internacionales y de la jurisprudencia formada a partir de estos. En América ese interés eminente se acreditó en decisiones de la Cumbre Judicial Iberoamericana correspondientes a las Reglas de Brasilia —y sus precedentes— para el acceso a la justicia de personas vulnerables[56] y al Protocolo de la misma

[54] Cfr. Votos..., *cit*., pp. 541-546, y *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_198_esp.pdf*; en la misma línea, mi artículo "Protección jurisdiccional internacional...", *cit*., pp. 136 y ss. Asimismo, cfr. Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*, 31 de agosto de 2017, párrs. 141-156, *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*. Sentencia de 23 de noviembre de 2017, párrs. 192-193, *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, 8 de marzo de 2018, párrs. 100-105, y los votos del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en los casos *Suárez Peralta, Canales Huapaya y otros, Gonzales Lluy y otros, Chinchilla Sandoval, Yarce y otras, I.V., Lagos del Campo, Vereda la Esperanza y San Miguel Sosa y otras*.

[55] Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobado por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 25 de junio 1993, párrs. 18 y ss.

[56] Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Situación de Vulnerabilidad, 2008, en *http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/DH091.pdf*

especialidad emitido en Santiago de Chile en 2014.[57] Se ha dado paso a una especie de derecho judicial interamericano —uso la expresión con libertad, para fines expositivos— acerca de los sujetos vulnerables.

En el manejo de esta materia entran en juego dos principios centrales del derecho internacional de los derechos humanos, sostenidos por la jurisprudencia interamericana. De una parte, el principio de igualdad y no discriminación, al que la Corte reconoce explícitamente fuerza de *jus cogens*, como se manifestó en la OC-18/03, en la que participé;[58] y de la otra —en mi concepto— un principio de "especificidad" que atiende a la necesidad de establecer con realismo la "igualdad entre los desiguales" para que estos puedan disponer efectivamente —no solo discursivamente— de aquélla.[59]

Se pretende alcanzar ese equilibrio entre las proclamaciones del derecho y las imposiciones de la realidad a través de ciertas providencias de compensación[60] o tutela diferenciada.[61] La jurisprudencia interamericana de estos años —en rigor, la de todo el tiempo, con acento creciente— ha procurado atender la igualdad y la especificidad para generar condiciones de ejercicio genuino de

---

57 Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial para Mejorar el Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad, Migrantes, Niñas, Niños, Adolescentes, Comunidades y Pueblos Indígenas, 2014, en *http://www.cumbrejudicial.org/productos-y-resultados/productos-axiologicos/item/38-protocolo-de-acceso-a-la-justicia-para-personas-y-grupos-vulnerables*

58 Cfr. Votos..., *cit*., pp. 87 y ss., y *http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones seriea_18_esp.pdf*

59 Cfr. García Ramírez, "Derechos humanos de los menores de edad: perspectiva de la jurisdicción interamericana", México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 56; García Ramírez y Martínez Breña, Laura, "Presos y prisiones: el sistema penitenciario desde la perspectiva de los derechos humanos", México, Porrúa/Universidad Nacional Autónoma de México, Coordinación de Humanidades, Programa Universitario de Derechos Humanos, 2014, pp. 8-9, y mi voto en el caso *Ximenes Lopes*, en Votos..., *cit*., p. 411, y *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf*

60 Couture, Eduardo J., "Estudios de Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, Depalma, 1978, tomo I, pp. 275-276.

61 Berizonce, Roberto, "Las tutelas procesales diferenciadas", Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2009.

los derechos humanos en un continente en el que la mayoría de la población podría inscribirse bajo el concepto de vulnerable.

El elenco de los grupos o sujetos vulnerables se localiza en la Declaración de 1993 —que ya mencioné— y más puntualmente en las Reglas de Brasilia, por lo que toca al acceso a la justicia. Con sustento en estos documentos es posible analizar la jurisprudencia del Tribunal de San José en materia de derechos de mujeres, niños, indígenas, personas en situación de pobreza, personas con discapacidad, migrantes, desplazados y sujetos privados de libertad.

Es pertinente incluir otras categorías que también ha examinado la Corte con un criterio tutelar específico atento a la vulnerabilidad de sus componentes, probada ante el Tribunal: así, los integrantes de las comunidades LGBTI, los periodistas y los defensores de derechos humanos. Aquellos constituyen una minoría bajo asedio, recientemente movilizada para el rescate de sus derechos; los segundos militan en profesiones o actividades que se hallan en grave riesgo determinado por el enrarecimiento de la observancia de los derechos humanos.

En la jurisprudencia de los años en que integré o presidí el Tribunal, hubo progreso en la atención a las mujeres, es decir, en la aplicación de la "perspectiva de género", que informa grandes tratados internacionales: CEDAW, de Naciones Unidas, enfocado contra la discriminación, y Belém do Pará (1994), del Sistema Interamericano, dirigido contra la violencia. La primera decisión de la Corte que aplicó directamente la Convención de Belém do Pará fue la sentencia sobre el caso *del Penal Castro Castro*. En el voto particular que emití entonces expuse los argumentos de carácter sustantivo y procesal que sustentan la competencia material de la Corte IDH para la aplicación directa de la Convención de Belém.[62] Luego llegarían varias sentencias en la misma línea, considerablemente enriquecida.

[62] Mi punto de vista sobre la competencia de la Corte Interamericana para aplicar directamente la Convención de Belém do Pará figura en el voto que emití con respecto a la sentencia de fondo, reparaciones y costas del caso *Miguel Castro y Castro vs. Perú* del 25 de noviembre de 2006, en Votos..., *cit*., pp. 390 y ss., y *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf*

Por lo que toca a niños, niñas y adolescentes, o bien, menores de edad —una vez superado el debate terminológico—, también hubo y sigue habiendo pronunciamientos relevantes. Destaca la Opinión Consultiva OC-17/02, solicitada por la Comisión Interamericana a propósito de cuestiones procesales, pero comprensiva de otras manifestaciones del trato del Estado —y diversos sujetos obligados— con respecto a los niños, las niñas y los adolescentes.[63]

El Tribunal de San José destacó el interés superior del niño, que diversos instrumentos exaltan, y su condición como titular de derechos, no solo destinatario de la protección del Estado. Igualmente, la OC-17 se refirió al carácter especial de garante que incumbe al Estado en su trato con menores de edad, y también con otros sujetos vulnerables. En el célebre caso *"Niños de la Calle"* (1997) el Tribunal estudió —con reflexiones innovadoras en el ámbito de su jurisprudencia— la protección del derecho a la vida no solo a través de abstenciones, sino mediante acciones positivas que aseguren una vida digna.

La jurisprudencia de la Corte sobre derechos de indígenas —un sector de gran importancia histórica y actual en el mundo americano, donde también tienen presencia otros grupos étnicos vulnerables: afrodescendientes— cobró mayor vuelo en el examen del caso *Mayagna,* del año 2000. Recuerdo el análisis que los magistrados hicimos acerca de la vinculación especial de los pueblos indígenas con la tierra —o los territorios— que han ocupado tradicionalmente, y las consecuencias jurídicas de esa vinculación, así como la observancia de los usos y costumbres al amparo del derecho internacional, que confiere un marco normativo *sui generis* a las comunidades indígenas. De ese examen data la reflexión en torno a la necesidad de apreciar los derechos de los individuos en conexión con los derechos de las comunidades a las

[63] El voto que emití en relación con la Opinión Consultiva OC-17/02, "Condición jurídica y derechos humanos del niño" —en el que igualmente analizo la superable antinomia entre las versiones "tutelar" y "garantista" acerca del procedimiento aplicable a los niños y adolescentes en conflicto con la ley penal— aparece en Votos..., *cit*., pp. 24 y ss., y *http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf*. Cfr., asimismo, García Ramírez, "Derechos humanos de...", *cit*., pp. 99 y ss.

que aquéllos pertenecen, posibilidad que subrayé en el análisis de los artículos 1.2 y 21 CADH.[64]

El Sistema Interamericano emitió una convención sobre personas que presentan alguna forma de discapacidad, antes de que lo hiciera el Sistema Mundial. En su jurisprudencia, la Corte acentuó los deberes del Estado en hipótesis de delegación o subrogación en manos de particulares de medidas curativas o asistenciales, originalmente atribuidas al poder público.[65] En pos de esas reflexiones, el Tribunal ha formulado decisiones que aluden a la situación de las personas con discapacidad y, más ampliamente, a enfermos o personas que padecen ciertas restricciones o limitaciones cuya superación amerita medidas especiales; tal ha sido el caso de la fecundación *in vitro*, tema que examinó el Tribunal de San José —con posterioridad a la etapa de mi desempeño judicial—, entendiendo que la infertilidad es una manifestación especial de discapacidad.

Se ha hecho notar que la pobreza, extremada bajo la forma de indigencia, constituye un obstáculo —en ocasiones irremontable— para el efectivo ejercicio de los derechos humanos. Esta cuestión también ha ocupado a la Corte, que produjo criterios favorecedores del acceso a la justicia de quienes carecen de los medios necesarios para obtener una tutela efectiva.

La migración ofrece características específicas en el espacio americano, además de las muy graves que tiene en el ámbito mundial, últimamente agudizadas por adversas condiciones de vida en lugares donde imperan la pobreza, la violencia o el rezago económico y laboral. La situación de los extranjeros en países de recepción o tránsito, trátese de migrantes regulares o de migrantes indocumentados, ha sido un tema de atención principal en la jurisprudencia interamericana, en la que tuve oportunidad

---

64 Este voto, vinculado a la sentencia de la Corte IDH en el caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* del 31 de agosto de 2001, aparece en Votos..., *cit*., pp. 113 y ss., y *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pd*.

65 Cfr. mi examen de esta materia en el voto del caso *Ximenes Lopes vs. Brasil* en Votos..., *cit*., pp. 363 y ss., y *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf*

de participar.[66] Esta se ha pronunciado en opiniones consultivas, sentencias sobre casos contenciosos y medidas provisionales, destacando invariablemente el primado de los derechos humanos de quienes migran o lo intentan, sobre cualesquiera disposiciones o políticas nacionales que pudieran entrañar menoscabo de aquéllos. En la misma línea figura la jurisprudencia reciente a propósito de los desplazamientos forzados —internos o internacionales—, que implican violación a diversos derechos.

La situación de los reclusorios en países americanos es deplorable, inadmisible; trae consigo la violación sistemática y masiva de diversos derechos en agravio de individuos o grupos numerosos. La prisión se aplica en demasía, casi siempre en condiciones sumamente desfavorables. En esta situación operan muchos reclusorios, a título de "instituciones totales": la vida se halla minuciosamente regulada y controlada; o bien, a la inversa, prevalece el desorden e impera la ley de la selva.[67]

La jurisprudencia en torno a sujetos privados de libertad no abarca solamente la privación determinada por motivos penales o relacionados con estos, sino cualesquiera otras formas de privación de libertad dispuesta por el Estado. Empero, las condiciones de vida son especialmente deplorables en los reclusorios donde se desarrolla la prisión preventiva y se ejecuta la punitiva. La jurisprudencia interamericana sobre las medidas que es preciso adoptar con respecto a la detención y al uso de reclusorios ha sido abundante desde el principio y constante a través de los años, tanto acerca de casos individuales como de comunidades de reclusos. La Corte llamó la atención de la Organización de los Estados Americanos acerca de las pésimas condiciones de vida revalecientes en los reclusorios de nuestra región. Lo hice como Presidente del Tribunal, en informe ante la OEA.[68]

---

66 Cfr. Votos..., *cit*., pp. 86 y ss., y *http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf*

67 Sobre la situación de los reclusorios y la normativa internacional de los derechos humanos aplicable a los reclusos, cfr. García Ramírez y Martínez Breña, "Presos y prisiones...", *cit*., pp. 77 y ss.

68 Ahí señalé que "(e)n diversos casos se ha observado que existe una verdadera crisis en el sistema de reclusorios para adultos y menores de edad. Esta crisis se traduce en extremada violencia y genera riesgos constan-

La tutela jurisdiccional de los vulnerables, al amparo de la Corte IDH, se ha extendido hacia otros grupos o individuos que han quedado sujetos al asedio de regímenes autoritarios o de presiones tradicionales en el interior de la sociedad, que implican discriminación y lesión. Los practicantes de ciertas profesiones o actividades y los integrantes de diversos grupos han resentido ese asedio y requerido la tutela de la jurisdicción interamericana: miembros de la comunidad LGBTTI, periodistas y defensores de derechos humanos.

Urgencia y gravedad: medidas provisionales

Las medidas provisionales, que atienden a la que he llamado "competencia preventiva" de la Corte Interamericana, tuvieron y tienen un importante desarrollo en la jurisprudencia del Tribunal. Éste ha perfilado los fundamentos de las medidas y previsto su permanencia mientras se mantengan las condiciones que las determinaron.

Es relevante el criterio establecido por la Corte —que tengo presente por haberse dispuesto y caracterizado en los años en que forme parte de aquélla— para modificar criterios previos y extender las medidas a personas no identificadas que se hallas en en la misma situación —es decir, en "comunidad de riesgo"— que se advirtió con respecto a personas individualizadas.[69]

---

temente señalados. La Corte ha dictado resoluciones sobre medidas provisionales en las que se formulan diversas observaciones a este respecto y se urge a las autoridades a revisar a fondo el sistema de reclusorios. Parece indispensable que la Organización y los Estados dediquen especial atención al examen de este problema y provean soluciones inmediatas y progresivas, según las circunstancias". Consejo Permanente de la OEA, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, Síntesis del Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos correspondiente al ejercicio de 2005, 16 de marzo de 2006, OEA/Ser.G, CP/CAJP-2344/06, pp. 18-19.

69 Cfr. mi voto conjunto con el juez Alirio Abreu Burelli referente a la resolución del 24 de noviembre de 2000 sobre el Asunto de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, en García Ramírez, Votos..., *cit*., pp. 529 y ss., y *http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/apartado_se_02.pdf*

Consecuencias jurídicas (reparación): actuar sobre los factores de las violaciones

Dije que la regulación de las reparaciones constituye un tema sobresaliente de la jurisprudencia interamericana. Ha destacado en poco tiempo, sentencia a sentencia, a través de disposiciones y orientaciones novedosas, con signo "transformador", que acreditan el empeño puesto en esta materia por los autores de la Convención Americana. En este punto, la CADH se distanció de los criterios adoptados por el Sistema Europeo y de los proyectos que informaron, antes de la Conferencia de 1969, lo que sería el Pacto de San José. Se ha dicho con razón, a mi juicio, que las aportaciones en materia de consecuencias jurídicas de los hechos violatorios de derechos humanos constituyen la "joya de la corona" en la jurisprudencia interamericana.

Tempranamente, la Corte resolvió reorientar el examen de esta materia y superó la noción de "indemnizaciones compensatorias" por la de "reparaciones" en sentido amplio. Luego llegaría —y no ha cesado— la elaboración del régimen plenario de las reparaciones a través de medidas numerosas y diversas que atienden a la fuente de las violaciones e implican corrección consecuente con el carácter de aquéllas y con la necesidad de prevenir violaciones futuras. Pude observarlo y contribuir a ese curso durante mi ejercicio como integrante del Tribunal.

Este diseño aportado por la Corte al régimen que ahora menciono condujo a construir un catálogo de medidas de reparación en el que figura —además de las tradicionales indemnizaciones en favor de la víctima o de sus allegados, por daño material o inmaterial, pretérito o futuro— una relación muy amplia de actos públicos de distinta naturaleza: emisión o supresión de normas de cualquier rango —constitucionales, inclusive—, variación de jurisprudencia, invalidación y reapertura de procedimientos judiciales (cosa que entraña la revisión de antiguos conceptos a propósito de la cosa juzgada y el principio *ne bis in idem*), adopción o modificación de políticas públicas, medidas políticas, económicas o sociales diversas, reconocimiento de responsabilidad del Estado y otras más, que ya integran un conjunto muy variado, siempre dinámico. Desde luego, esta saludable complejidad de

las condenas, muy por encima de las compensaciones pecuniarias, se proyecta en el tiempo y en la forma del cumplimiento.[70]

Cumplimiento, impacto y trascendencia

Acabo de mencionar el cumplimiento de las sentencias, y en otro lugar me referí a la diferencia entre cumplimiento, impacto y trascendencia de la jurisprudencia interamericana. Es importante insistir sobre este último concepto —la trascendencia— que he mencionado varias veces en líneas precedentes y que ahora deseo acentuar, porque se trata de un punto sobresaliente en el desarrollo de la justicia interamericana, dato "clave" para su proyección en el futuro.

El Sistema Interamericano no dispone de órganos y procedimientos semejantes a los que forman parte del Sistema Europeo, que se vale, con destacada relevancia, de un mecanismo depositado en los Ministros de los Estados parte en el Convenio de 1950. Tampoco ha corrido con fortuna la idea de instituir un régimen de características similares a aquél, como lo sugirieron mis antecesores y lo mencioné yo mismo en intervenciones en la OEA.[71] En fin de cuentas, la Corte ha construido un régimen propio, a partir de las normas convencionales y de la interpretación de éstas, considerando asimismo las condiciones de la región y los problemas que suscita el cumplimiento simple y espontáneo de las decisiones supranacionales.

La Corte se ha valido de lo que denominó "competencia ejecutiva" para intervenir indagatoriamente en la etapa de cumpli-

---

[70] He dedicado diversos textos al examen del régimen de reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que ciertamente constituye una cuestión de la más elevada importancia, a la que el Tribunal ha incorporado novedades relevantes. Mis puntos de vista en torno a este tema, con el correspondiente deslinde entre las corrientes europea y americana, se expone en García Ramírez y Benavides, Marcela, "Reparaciones por violación de derechos humanos. Jurisprudencia interamericana", Porrúa, 2014.

[71] Cfr. Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, Síntesis del Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos correspondiente al ejercicio del año 2004, OEA/Ser.G, CP/CAJP/INF.19/05, 10 mayo 2005, p. 11.

miento nacional de aquellas decisiones. Sostuvo su facultad de requerir a los Estados información puntual y regular sobre la ejecución de las determinaciones jurisdiccionales, atribución que fue paulatinamente admitida por los Estados y alentada por la OEA. A partir de esta atribución, la Corte estableció en 2007 —en la etapa final de mi desempeño como Presidente— la práctica de convocar a sesiones de revisión de cumplimiento en las que participan los Estados, los beneficiarios de la sentencia (con la calidad de víctimas o allegados a éstas) y la Comisión Interamericana.[72]

Esta práctica, ya prevista en el Reglamento (artículo 69, bajo la reforma de 2009), ha cobrado intensidad y mostrado utilidad. Al cabo de las sesiones —para la supervisión de cumplimiento, privadas o públicas, que pueden versar sobre una sola sentencia o acerca de varias analizadas conjuntamente—, el Tribunal de San José dicta resoluciones en las que menciona el grado de ejecución de las sentencias que motivaron la revisión, señala el punto al que se ha llegado y advierte sobre las medidas pendientes para el cabal cumplimiento de la condena.

[72] Cfr. Corte IDH, Informe Anual 2007, pp. 41 y ss., y *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Competencia, 28 de noviembre de 2003, párrs. 48 y ss.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos: pasado, presente y futuro

*Cecilia Medina Quiroga**

Introducción

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, creada hace ya 40 años, tuvo comienzos difíciles de variada índole. El más significativo era el contexto social, económico y político dentro del cual debió insertarse. El continente americano tiene una historia de violencia y caudillismo, profundas desigualdades económicas y discriminaciones por raza, por sexo, por clase social.

Eso no auguraba un futuro promisorio para un órgano que tenía por misión conseguir que los Estados de dicho continente cumplieran con las obligaciones de un tratado sobre derechos humanos, que incluso algunos habían firmado cuando estaban al borde de sufrir un quebranto de su Estado de derecho y de su democracia y otros lo hacían cuando recién comenzaban a dar sus primeros pasos vacilantes en el establecimiento de un régimen democrático. El panorama político y social era, pues, escasamente apropiado para el desarrollo de una supervisión internacional en materia de derechos humanos.

---

* Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 2008-2009. Agradezco a Waldo Fortin Cabezas la significativa ayuda prestada para este artículo, que es una versión actualizada del trabajo presentado el 18 de julio de 2018 en el Teatro Nacional de Costa Rica, con ocasión del 40 Aniversario.

Por otra parte, la Convención Americana estableció un mecanismo en que la Corte examina casos individuales de violaciones de los derechos por ella protegidos, que debió aplicarse dentro de un contexto en que ellas, mayoritariamente, tenían el carácter de violaciones masivas y sistemáticas, poco propicias para un tratamiento individual. Esto enfrentaba a la Corte con el complejo desafío de utilizar el caso individual para incorporar algún tipo de protección general respecto de la vigencia y respeto de los derechos afectados por la masividad de las violaciones. Parecía injusto e ineficaz ocuparse de una víctima en circunstancias de que había múltiples otras que se encontraban en una situación semejante y de que todas estas violaciones provenían de leyes defectuosas y de sistemas judiciales imperfectos; era, luego, necesario que la Corte, además de resolver el caso individual, empezara a dar luces a los Estados para que se abocaran a las causas básicas de estas violaciones.

Es propio afirmar que estos obstáculos fueron ampliamente superados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de los primeros tiempos. Parte fundamental del éxito en esta tarea debe atribuirse a los jueces que integraron la Corte de esa época. La experiencia enseña que cuando se crea un órgano o una función, los que la ponen en movimiento le imprimen un carácter que tiende a perdurar. Esos magistrados merecen un especial reconocimiento.

Para alcanzar su objetivo hicieron un uso cuidadoso e imaginativo de sus atribuciones. Comenzando por el desarrollo de la jurisdicción consultiva y hasta que pudo emitir su primera sentencia en el caso *Velásquez Rodríguez*, la Corte mostró su voluntad firme de cumplir las esperanzas que tantos pusieron en este órgano en el sentido de que velaría, con poder jurisdiccional, por el cumplimiento de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos. La tarea no fue fácil. En realidad, no lo es hasta hoy, porque la existencia de un sistema democrático básico, elemento indispensable para que los derechos humanos puedan ser gozados, no ha sido un elemento constante y duradero en nuestro continente.

Los comienzos. El desafío de las violaciones masivas y sistemáticas

La Corte tuvo en su primera época dos etapas claras. A la espera de que la Comisión Interamericana le remitiera un caso, lo que representó un lapso de años, la Corte se concentró en el uso de su jurisdicción consultiva, fijando en sus Opiniones estándares respecto de su propia competencia en ese campo,[1] sobre reservas,[2] sobre restricciones a derechos,[3] sobre discriminación de género[4] y otras relativas al alcance y contenido de diversas disposiciones de la Convención. Tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como varios Estados recurrieron a la Corte para que hiciera uso de esta facultad. Esto muestra que algunos Estados estuvieron dispuestos, por lo menos, a utilizar esta función consultiva de la Corte para contribuir al desarrollo del Sistema de Protección.[5]

Después de esta etapa de ejercer sólo una de sus funciones, la consultiva, la Corte recibió un caso contencioso, en el cual dictó sentencia en julio de 1988. En el caso sobre la desaparición del señor Velásquez Rodríguez en Honduras, la Corte enfrentó los obstáculos sobre los que hablaba antes, con relación a la inobservancia de las normas democráticas y otro adicional: la circunstancia de no existir definición ni caracterización del fenómeno de las desapariciones forzadas, lo que obligaba a encontrar un modo, dentro de las normas de la Convención, para decidir qué derechos se violaban con la desaparición y comprobar si había en el caso responsabilidad estatal, esto último debido a que la forma de perpetrar el delito involucraba la acción deliberada de ocultar a sus autores y hacer desaparecer las huellas de su ejecución. La Corte actuó teniendo en consideración que el caso del

1 Corte IDH. OC-1/82 del 24 de setiembre de 1982.

2 Corte IDH. OC-2/82 del 24 de setiembre de 1982.

3 Corte IDH. OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983; OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985; OC-7/86 de 13 de noviembre del 1985.

4 Corte IDH. OC-4/84 de 19 de enero de 1984.

5 No hay que olvidar que, hasta ahora, los Estados no han ejercido su derecho a presentar casos a la Corte, salvo un frustrado intento de Costa Rica de presentar una denuncia contra sí misma.

señor Velázquez Rodríguez, detenido desaparecido, no podía ser tratado como un caso individual aislado, sino que estaba inmerso en un patrón de desapariciones y que ello implicaba darle un tratamiento especial, consistente con la naturaleza especial de las acciones violatorias.

La jurisprudencia de esa época que sigue al caso *Velásquez Rodríguez,* vinculada a violaciones masivas y sistemáticas incluidas las desapariciones, se refiere abrumadoramente a violaciones al derecho a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal y al debido proceso, todos ellos acaecidos en Estados donde no imperaba el Estado de derecho. Hasta el comienzo del año 2000, no hubo ningún caso en la Corte que se hubiera referido a otros derechos que los mencionados o que hubiera acaecido en algún Estado donde imperara el Estado de derecho. En esta fase la Corte estuvo preocupada por diseñar un camino para establecer procedimientos dirigidos a sancionar las violaciones masivas y sistemáticas producidas en la región y asentar su jurisprudencia sobre temas como la impunidad y las obligaciones de los Estados de investigar, procesar y, eventualmente, condenar a los responsables de estas atrocidades; es un período en que la Corte se acerca al derecho penal internacional que, más adelante, tendría un amplio desarrollo. Aunque las desapariciones, masacres, torturas u otros tratos prohibidos y la privación de libertad prolongada e ilegal han continuado hasta ahora, en menor medida e incluso en Estados que no podrían ser catalogados como dictaduras o gobiernos autoritarios, no constituyeron, después de esa primera época, los únicos casos de que conoció la Corte.

Pasado inmediato. Violación de nuevos derechos

En el año 2001 comenzaron a llegar casos denunciando violaciones de otros derechos más susceptibles de producirse en Estados democráticos o en transición hacia la democracia. En el caso *Baena y otros vs. Panamá*,[6] la Corte declaró violados el derecho a

[6] Corte IDH. *Caso Baena, Ricardo y otros vs. Panamá*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.

la libertad de asociación y el principio de legalidad e irretroactividad de la ley; en el caso "*La Última Tentación de Cristo" vs. Chile*,[7] examinó el tema de la censura previa y declaró la violación del artículo 13 de la Convención sobre el derecho a la libertad de expresión; en el caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*,[8] los violados fueron los derechos a la nacionalidad, la libertad de expresión y la propiedad privada; en el caso *de la comunidad Mayagna vs. Nicaragua*,[9] se examinaron violaciones al derecho de propiedad comunal de los indígenas.[10] Aparece también entonces el tema de los derechos de los niños[11] que empiezan así a incorporarse a la categoría de sujetos de derecho.

En la mayoría de todos estos casos hay, además, una violación común, la del debido proceso, una constante que puede advertirse en las sentencias de la Corte y que permanece hasta ahora. Los procedimientos judiciales, particularmente los penales, adolecían de graves fallas en muchos Estados; por ejemplo, era frecuente que el procedimiento penal en primera instancia lo llevara a cabo un juez que investigaba, acusaba y juzgaba al presunto autor de un delito y todos los procedimientos, penales y civiles, eran escritos. Esto significaba que los poderes judiciales de todos los Estados no aplicaban el debido proceso dentro del marco que impone el artículo 8 de la Convención. Esto ha hecho que el tema

---

7 Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

8 Corte IDH. *Caso Bronstein vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74. Este caso, en realidad, también se dio en una situación de anomalía del sistema democrático. Perú devolvió ese caso a la Corte diciendo que retiraba su declaración de aceptación de la competencia de la Corte (artículo 62) con efecto inmediato. El señor Bronstein fue una víctima más de ese período de gobierno dictatorial.

9 Corte IDH. *Caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

10 Esta interpretación se ha aplicado a numerosos casos y está ya asentada como jurisprudencia de la Corte. Ver, entre otros, Corte IDH. *Caso Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 149; *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Sentencia de reparaciones de 29 de noviembre de 2004. Serie C No. 116, párr. 85.

11 Corte IDH. *Caso Villagrán Morales "Niños de la Calle" vs. Guatemala*. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77.

del artículo 8 sea recurrente y que la Corte en cada fallo se preocupe de detallar cada vez más las diversas obligaciones estatales que de él derivan. La Corte utiliza para ello las garantías de no repetición y, con ocasión de las sentencias que ha pronunciado, se han logrado muchos avances en esta materia.

En esta segunda etapa, la Corte comienza también a expandir su interpretación de varios derechos sobre los cuales ya se había pronunciado.[12] Un desarrollo importante es el de la violación de derechos de personas indígenas. En el caso *Mayagna*, el examen se dirigió al derecho de propiedad colectivo sobre tierras indígenas y, dado el vínculo de la tierra con la cultura indígena, la necesidad de que el Estado estableciera procedimientos para delimitar, demarcar y titular las tierras indígenas; en esta sentencia se observa una interesante interpretación del artículo 21 de la Convención Americana para incluir en él la propiedad colectiva. En el caso *López Álvarez*, se declaró una violación al ejercicio de la libertad de expresión por la prohibición de hablar la lengua garífuna aplicada a algunos reclusos del Centro Penal de Tela, sosteniendo la sentencia que "la lengua es uno de los más importantes elementos de identidad de un pueblo, precisamente porque garantiza la expresión, difusión y transmisión de su cultura".[13]

Otro punto que evolucionó con la jurisprudencia de la Corte es el concepto de titular del derecho humano a la propiedad. Desde su primera sentencia en materia indígena, la Corte había declarado la violación del derecho de propiedad colectiva a "los miembros de la comunidad".[14] En el caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku*, la existencia de una normativa internacional que reconoce derechos a los pueblos como sujetos colectivos y el hecho de que estos pueblos ejercen colectivamente ciertos derechos de la Convención y, probablemente, el hecho de que el juicio se refería, entre otros, al derecho a la consulta relacionado con el artículo 21 de la Convención, la Corte cambia su posición y declara que "el Estado es responsable por la violación del dere-

12 Corte IDH. *Caso Mayagna*, *cit*.

13 Corte IDH. *Caso López Alvarez vs. Honduras*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párrs. 171 y 174.

14 Corte IDH. *Caso Mayagna*, *cit*., párr. 155.

cho a la propiedad comunal del Pueblo Sarayaku, reconocida ya en el artículo 21 de la Convención, en relación con el derecho a la identidad cultural, en los términos de los artículos 1.1 y 2 de aquel tratado".[15] Esto es reforzado en una opinión consultiva de la Corte en la que sostuvo que las personas jurídicas no eran titulares de derechos humanos, pero que sí lo eran las comunidades indígenas y tribales.[16]

El presente. Desafíos modernos

La presencia de una Corte Interamericana, y los resultados positivos que podían alcanzar las personas que llegaban hasta ella, provocó la acción de grupos postergados que vieron en el Sistema Interamericano y, particularmente, en una Corte que dictaba sentencias jurídicamente vinculantes para los Estados, la esperanza de un cambio a problemas históricos de marginación. La preocupación prevalente por las consecuencias para la protección de los derechos humanos derivadas de las dictaduras y los conflictos internos permitió enfrentar el fenómeno de violaciones masivas y sistemáticas y posibilitó el desarrollo de jurisprudencia sobre el debido proceso. La acción de la Corte se enfrenta ahora con temas nuevos respecto algunos de los cuales ha habido un vivo debate entre los jueces que la integran.

Creo que el más pacífico de los nuevos temas ha sido el de los derechos de las mujeres, que la Corte comenzó a examinar desde una perspectiva de género. Es posible sostener que la jurisprudencia de la Corte ha establecido el concepto de la perspectiva de género como una categoría de análisis para considerar todas las diversas dimensiones que ella presenta al considerar violaciones de los derechos garantizados por la Convención.

No todo es, sin embargo, tan pacífico en esta materia. Una de las consecuencias de la aplicación de esta perspectiva, por ejemplo, es que un conjunto significativo de voces decidió avanzar sus derechos pidiendo que se les reconociera formalmente su identi-

15 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párrs. 231 y 232.

16 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016.

dad de género, lo que provocó la reacción de quienes rechazaban esta posibilidad.

Costa Rica pidió a la Corte su opinión sobre diversos puntos referentes al tema: i) el cambio de nombre y la adecuación de los registros públicos y de los documentos de la identidad de género auto percibida (arts. 3, 7.1, 11.2 y 18 de la Convención); ii) la existencia de un vínculo familiar que derive de la relación de una pareja del mismo sexo y su protección y garantía (arts. 11.2 y 17 de la Convención), y iii) la obligación de garantizar el matrimonio de personas de un mismo sexo. La Corte no ha recibido aún casos sobre estas materias por lo cual está abierta la pregunta de cuál será su posición al respecto.

Otro tema, más discutido que el anterior, es el de los derechos económicos, sociales y culturales. En cuanto a los derechos culturales, el avance sostenido empezó muy prontamente a raíz de los casos de indígenas referidos a la tierra, como se ha dicho en el apartado anterior, ya que la Corte tuvo como principal consideración para su interpretación del artículo 21 sobre el derecho de propiedad el vínculo cultural de los indígenas con su tierra.[17]

En materia de derechos económicos y sociales, ha tenido particular relevancia el tema de la aplicación directa del artículo 26 en la resolución de ciertos casos. La desigualdad económica y social de los países de este continente ha llevado a la Corte a pensar y repensar un modo de proteger a quienes se encuentran en una situación de vulnerabilidad en términos de su calidad de vida, salud, vivienda, trabajo y otros, debido principalmente a su pobreza. Como los derechos económicos, sociales y culturales no tienen un tratamiento claro en la Convención Americana, la competencia de la Corte en esta materia ha sido objeto de serios debates. El artículo 26 de la Convención es de difícil interpretación: no enuncia estos derechos; la redacción de las obligaciones de los Estados en dicho artículo no es la misma que la del artículo 1.1, al introducir en ella la idea de progresividad y la de que lograr estos derechos se hará "en la medida de lo posible"; finalmente señala la posibilidad de la cooperación internacional para llevar a cabo este progreso.

[17] Corte IDH. *Caso Mayagna*, *cit*., párr. 149.

Debe tenerse en cuenta, además, que el Protocolo de San Salvador fue adoptado especialmente para que los derechos económicos, sociales y culturales sean "reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos".[18] Así, el Preámbulo del Protocolo, que debe tomarse en consideración para la interpretación de un tratado, invita a una interpretación pro-persona lo más amplia posible. Sin embargo, el artículo 19 del Protocolo parece limitar significativamente la justiciabilidad de estos derechos, al establecer que sólo el derecho a la educación del artículo 13 y el derecho a sindicalización del artículo 8.a son susceptibles de ser reclamados a través del sistema de peticiones individuales establecido en la Convención Americana, dejando la supervisión del cumplimiento de las obligaciones de los Estados respecto del resto de los derechos al examen de informes periódicos que se enviarán al Secretario General de la Organización, quien se los transmitirá al Consejo Interamericano Económico y Social y al Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, con copia para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.[19]

Hasta no hace mucho, la Corte había enfocado el tema de los derechos económicos, sociales y culturales por la vía de incluir en la interpretación de los derechos civiles y políticos, particularmente el derecho a la vida y a la integridad personal, los aspectos sociales y económicos que los afectaban,[20] sosteniendo, por ejemplo, que "los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y a la inte-

[18] Cita del Preámbulo del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, "Protocolo de San Salvador".

[19] No es ésta la única vez que los Estados no son cuidadosos con lo que acuerdan en sus tratados. Es frecuente ver que durante la discusión del texto no se llega a un acuerdo y la redacción final de una norma se hace de tal modo de entregar libertad al intérprete y al tiempo el darle un contenido. Es por eso que se dice que, una vez dictada, la ley (o el tratado en este caso) adquiere vida propia.

[20] Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú*. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 98, párr. 101.

gridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado".[21]

La misma decisión se repitió en el caso *Albán Cornejo*.[22] La Corte no había rechazado de manera absoluta la aplicación directa del artículo 26, pero se había pronunciado respetando la formulación de la Convención sobre las obligaciones de los Estados en este campo.

En su primera resolución sobre esta materia, partiendo de la base de su competencia para aplicar el artículo 26, la Corte se limitó a enfatizar el tema de la progresividad, señalando que la situación de un reducido grupo de pensionistas (5) no podía utilizarse para tomar una decisión sobre si existió un retroceso en el goce del derecho a una pensión en Perú.[23] En *Acevedo Buendía y otros*,[24] sobre derechos de seguridad social, la Corte explícitamente reafirmó su competencia para conocer del caso en razón de la materia, pero enfatizando nuevamente la progresividad al sostener que *"cabe afirmar que la regresividad resulta justiciable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate"*.[25]

Esta primera aproximación de la Corte ha comenzado a cambiar, inclinándose hacia una nueva interpretación del artículo 26 que permitiría a la Corte ignorar el artículo 19 del Protocolo de San Salvador y la formulación contenida en el artículo 26 de la Convención de las obligaciones de los Estados en esta materia para incluir todos los derechos en él contenidos, como susceptibles de ser objeto de peticiones individuales y declarar su violación sobre la base del artículo 26, independizándolos de este modo de los derechos civiles y políticos.

---

21 Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 89.

22 Corte IDH. *Caso Albán Cornejo vs. Ecuador*. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171, párr. 117.

23 Corte IDH. *Caso "Cinco Pensionistas" vs. Perú*. Sentencia de 28 de febrero de 2003; párrs. 147-148.

24 Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú*. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198.

25 *Ibidem*, párr. 103.

La discusión sobre la competencia de la Corte para aplicar de esta forma el artículo 26 parece haber empezado en el caso *Furlán* con el voto concurrente de la jueza Margarette May Macaulay.[26] Un año después, la idea renace en el caso *Suárez Peralta*, con un extenso voto del juez Ferrer Mac-Gregor sobre "la posibilidad de haber abordado el derecho a la salud de manera directa y autónoma (artículos 26 y 1.1 de la Convención Americana)".[27] Sigue a este voto, un segundo voto concurrente del mismo juez en el caso *Gonzales Lluy* en el que repite sus argumentos anteriores e insta a una nueva justiciabilidad del artículo 26.[28]

En el mismo caso, propugnando una tesis contraria a la antes referida, el juez Humberto Sierra Porto emite un voto concurrente para sostener, *grosso modo*, que la competencia de la Corte está limitada a supervisar de manera directa el desarrollo progresivo y el deber de no regresividad "de los derechos que se pudieran derivar de la Carta más allá de la simple referencia al nombre, como lo podría ser el derecho al trabajo".[29] Este debate se ha repetido en la Corte desde 2013 hasta que se dictó sentencia en el caso *Lagos del Campo vs. Perú*, en la cual la controversia interna se dirimió en favor de aquéllos que consideraban que la Corte tenía competencia para aplicar directamente los derechos económicos, sociales y culturales y no hacerlo a través de su vínculo con algunos derechos civiles y políticos.[30] Hubiera sido útil e interesante que la Corte, ya en ese primer caso, hubiera fundamentado en la sentencia, con un análisis jurídico más riguroso, este cambio radical de su jurisprudencia. De hecho, existió mayor argumentación en los votos concurrentes y en los disidentes que en

[26] Corte IDH. *Caso Furlán y familiares vs. Argentina*. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, voto concurrente de la jueza Margarette May Macaulay.

[27] Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261, voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

[28] Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

[29] *Ibidem,* voto concurrente del juez Humberto Sierra Porto.

[30] Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Sentencia de 31 de agosto de 2017.

la sentencia misma.[31] Al parecer, esta posición se ha afianzado en la Corte y ha ya varias sentencias de un tenor semejante.[32]

Esta es, al parecer, la posición actual de la Corte. Sin embargo, no todos los casos posteriores a *Lagos del Campo vs. Perú* han seguido fielmente este camino. En el caso *Hernández*,[33] por ejemplo, la Corte declaró una violación del derecho a la salud, protegido por el artículo 26, junto con las violaciones de los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención. Por el contrario, en el caso *Rodríguez Revolorio*, similar a *Hernández*, la Corte centró su análisis en las penosas condiciones de la prisión y la falta de servicios de salud y de alimentación apropiados, sin mencionar el artículo 26. Las variaciones en las decisiones hacen pensar que la Corte todavía no tiene claro y definido el camino a seguir.

Es posible entender las razones de la Corte para haber tomado la decisión de declarar directamente aplicable el artículo 26 y dejar esta interpretación como jurisprudencia asentada de la Corte. La Corte ha acudido al principio de *iura novit curia* para introducir el tema e incluso opinó sobre el artículo 26 en una opinión solicitada por Colombia, que no se refería a él, sobre las "obligaciones estatales en relación con el medioambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)". La posición de la Corte deja interrogantes difíciles de responder.

Nadie podría restarse al anhelo de construir una sociedad en la cual las necesidades básicas de quienes la conforman sean

---

31 Hay en este caso dos votos concurrentes (jueces Roberto Caldas y Eduardo Ferrer Mac-Gregor) y dos disidentes (jueces Humberto Sierra Porto y Eduardo Vío Grossi).

32 Ver, por ejemplo, los siguientes casos: *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*. Sentencia de 23 de noviembre de 2017 párrs. 192-193; *San Miguel Sosa y otros vs. Venezuela*. Sentencia de 8 de febrero de 2018; *Hernández vs. Argentina*. Sentencia de 22 de noviembre de 2019.

33 En el *Caso Hernández vs. Argentina, cit*., la Corte examina la situación de la víctima, detenida en una prisión en condiciones de hacinamiento, que contrajo meningitis, enfermedad por la cual murió, sin haber sido auxiliado por profesionales de la salud.

satisfechas y que el Estado cuide de que ello ocurra. Sin embargo, el entregar a un órgano de supervisión de las obligaciones del Estado la tarea de controlar este cumplimiento, parece más que compleja. ¿Con qué elementos puede la Corte, por ejemplo, decidir cuál es el estándar exigible a un Estado en términos de seguridad social, de trabajo u otros derechos, sobre todo si se tiene en consideración que el artículo 26 se refiere a una situación colectiva y las obligaciones de los Estados están matizadas por la expresión "en la medida de lo posible"? ¿Es posible pronunciarse sobre el modo de recaudar recursos y distribuirlos para atender a las necesidades sociales en juego? Esta y otras interrogantes similares muestran la dificultad de incorporar plenamente los derechos sociales, económicos y culturales en el Sistema que en principio parece haber sido concebido para los civiles y políticos.

Apreciaciones finales

Es de toda justicia hacer un reconocimiento a la forma en que la Corte ha enfrentado sus desafíos. El resultado de sus esfuerzos es latamente positivo. Los destinatarios de sus decisiones, las víctimas de violaciones en general confían en ella. Los Estados han llegado a tomar conciencia de que sus decisiones deben ser implementadas y su voz es escuchada y seguida con alguna frecuencia. En el proceso del desarrollo político y social del continente, la situación de los derechos humanos ha experimentado una mejora desde la existencia de este órgano jurisdiccional.

La Corte ha desarrollado estándares de cumplimiento de numerosos derechos humanos y muchos Estados los siguen. Esto no significa que la tarea que la Convención impuso y que la Corte ejecuta se encuentra cumplida y que la Corte haya llegado a un plano superior de su supervisión. Hay muchos retos que siguen vigentes y que deberán abordarse en el futuro.

Un primer reto es el del multiculturalismo que se extiende con la migración y provoca que el fenómeno de la diversidad se haga cada vez más complejo. La Corte debe emprender, en este caso, una tarea difícil de acomodación de intereses a medida que se hace más presente la heterogeneidad de los seres huma-

nos. Por otra parte, no hay que olvidar que seguimos viviendo en un continente en que los vaivenes políticos son intensos y frecuentes, lo que repercute en la m anera en que los Estados cumplen sus obligaciones. La Corte debe estar siempre alerta para navegar en estas turbulentas aguas en las que se mueve nuestro continente, lo que lo hace caldo de cultivo para intereses políticos que desconfían del ejercicio de la democracia y miran con buenos ojos el debilitamiento del Sistema.

La tarea de la Corte requiere para consolidarse que tanto los Estados como las personas conozcan las normas de derechos humanos, su alcance y su significado y esto se consigue básicamente con la educación. La Corte y sus abogados han hecho un excelente trabajo en este punto, tanto con los cursos y charlas que han dado a lo largo y ancho del continente como a través de las detalladas garantías de no repetición que emite en los casos de que conoce y los razonados informes y votos que emite. Esto último es absolutamente esencial para conseguir el fin último de este Sistema de Protección de Derechos Humanos: el respeto y garantía de los derechos humanos en el ámbito nacional.

Finalmente, un último desafío, con carácter permanente, y que merece una especial atención, es el de fortalecer la legitimidad de su actuación. La Corte refuerza su legitimidad cuando aquéllos que recurren a ella confían en el modo en que ella opera y sienten que cumple con su labor de proteger a aquellos seres humanos que no pueden enfrentarse a los Estados en un mismo nivel en términos de poder.

En este sentido, la iniciativa de ser una Corte itinerante, que va a diferentes Estados para sesionar allí, ha sido óptima para dar a conocer su existencia y el modo cómo desempeña sus funciones, interactuar con autoridades y destinatarios de sus actuaciones, y entregar confianza a quienes pueden recurrir a ella. Su legitimidad también se refuerza cuando tiene capacidad de responder a los problemas del presente.

Las normas internacionales establecen principios o se expresan frecuentemente en términos generales y ello hace imprescindible precisar su contenido para aplicarlo al caso concreto y para resolver los problemas de hoy. Por ello, la Corte debe con-

tinuar haciendo uso en la interpretación de las normas que aplica de los principios del dinamismo y del concepto pro-persona. No debe olvidar que los trabajos preparatorios de un tratado son apenas un medio complementario de interpretación, que sólo se utiliza cuando la aplicación del artículo 31 de la Convención de Viena deja el sentido de la norma ambiguo u obscuro o cuando su uso conduce a un resultado "manifiestamente absurdo o irrazonable".[34]

En consecuencia, es consustancial al intérprete de un tratado de derechos humanos elaborar, detallar, adecuar al tiempo, desarrollar la norma y esto no puede considerarse una tarea ajena a su competencia, sino, por el contrario, debe mirarse como parte esencial de su tarea orientada a fortalecer la efectividad y desarrollo del Sistema. Sin embargo, de todo esto, no hay que olvidar que la Corte debe alcanzar legitimidad también respecto de los Estados y ello requiere que la Corte sea extremadamente rigurosa en la fundamentación de las decisiones que toma, particularmente en aquéllas que atañen a los temas en que hay mayor controversia. Una interpretación dinámica y pro persona debe ser creativa, pero cuidando de no ser invasora de la norma escrita.

[34] Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, artículos 31 y 32.

Reflexiones sobre el presente y el futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

*Diego García-Sayán**

Muchas gracias, querido presidente de la Corte Interamericana y colegas de la mesa, es un privilegio estar aquí y agradezco la oportunidad de compartir algunas reflexiones o experiencias con motivo de ejercer la presidencia e integrar el Tribunal.

Don Hernán Salgado traía a colación la época de fines de los noventa, cuando en mi país, el Perú, un régimen autocrático satanizaba a la Corte Interamericana. Por ese entonces, una decisión de ese régimen intentó lo que la Corte llamó después la pretendida exclusión, la pretendida separación del Perú de la Corte Interamericana. Posteriormente, cayó Fujimori a fines del año 2000 y vino la transición democrática y a mí me correspondió ocupar la cartera de justicia. Fuera de otros contactos que había tenido en el pasado con el Tribunal en actividades de formación entre jueces y abogados de nuestros países por intermedio de la Comisión Andina de Juristas sobre el trabajo de la Corte Interamericana, me correspondió cumplir el encargo del gobierno del Perú de venir aquí a San José, a la Corte Interamericana, a entregar oficialmente el texto de la ley mediante la cual el Perú recuperaba su condición de Estado parte y reconocía plenamente la competencia contenciosa de la Corte Interamericana.

* Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 2010-2013.

A partir de allí, vendrían algunos casos importantes, como el de *Barrios Altos*, con las consecuencias en materia de investigación y sanción posteriores para quienes estuvieron involucrados en la formación y participación de ese escuadrón de la muerte, el llamado grupo Colina. Años después, cuando ya no estaba en el gobierno, el poder ejecutivo de entonces me propuso como candidato a la Corte Interamericana y, finalmente, fui elegido juez del Tribunal. Más tarde, me correspondió, por generosidad de mis colegas, ser primer vicepresidente con Cecilia Medina Quiroga, y luego Presidente de la Corte Interamericana.

Es difícil aquí recapitular cuáles podrían ser algunas de las experiencias más importantes, sino más bien quisiera expresar la importancia de un criterio en ese proceso de aprendizaje —dado que yo nunca había sido juez en mi país— y para ello debí partir de un supuesto absolutamente fundamental: el papel de un Tribunal es resolver problemas y resolverlos conforme al derecho, por supuesto, pero a partir de normas que muchas veces no prevén específicamente el problema o la situación sometidos a conocimiento de la instancia judicial, en este caso el de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se me vienen a la mente tres casos que voy a referir brevemente, en los cuales el texto de la Convención Americana no preveía la situación que estaba sometida a conocimiento de la Corte, pero que la responsabilidad y obligación del Tribunal era resolverlo, y resolverlo de acuerdo con criterios de no discriminación y de respeto a los derechos humanos.

Uno es el caso *Atala Riffo* sobre discriminación por orientación sexual, asunto que la Convención Americana no se refiere expresamente. Sin embargo, a partir del principio general de no discriminación, la Corte llegó a establecer, incluso, el principio que después fue desarrollado en una Opinión Consultiva, que nadie puede ser privado de ninguno de los derechos establecidos en la Convención Americana por su orientación sexual, principio fundamental que la Corte Interamericana de alguna manera puso en blanco y negro, desarrollando el principio general de no discriminación. El otro caso es el relacionado con la prohibición de la fecundación *in vitro* en Costa Rica, el cual trataba un tema que tenía referencias al derecho a la vida y a otros derechos, el de no discriminación incluido. La Corte Interamericana se vio obligada

a hacer un análisis sobre el artículo cuarto del Pacto de San José y el concepto de la concepción desde el punto de vista del derecho internacional, cuyo resultado fue una innovación necesaria para poder resolver positivamente ese caso. Los terceros son los casos de pueblos indígenas. La Corte ya había tenido, desde principios del siglo, algunos desarrollos para avanzar en el establecimiento de los derechos de propiedad en el mundo indígena: el derecho a la propiedad colectiva, término este que no utiliza la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin embargo, la Corte lo interpretó como la forma a través de la cual el ejercicio de la propiedad se concreta en la mayoría de espacios indígenas. A partir de ahí también se establece —como un principio general del derecho interamericano— el derecho a la consulta previa, luego de un caso en el que, por primera vez en el desarrollo del trabajo de la Corte, esta se trasladó físicamente a una audiencia pública en la Comunidad Sarayaku, en la provincia de Pastaza, en el sur del Ecuador.

Fue una experiencia fantástica compartir esa elaboración del derecho junto con colegas de primer nivel, de quienes aprendí mucho desde el primer día que llegué a la Corte como juez. Agradezco la oportunidad que la historia me dio de poder contribuir con un granito de arena al afianzamiento de los derechos humanos de los hombres y mujeres de América.

—o—

La comparación de la cantidad de casos y sentencias que tramitan otros tribunales internacionales, especialmente la Corte Europea, con la cantidad de sentencias que dicta anualmente la Corte Interamericana o con los fallos que ha dictado en toda su historia, puede sugerir que hay una enorme desproporción: ¿cómo con quinientos millones de habitantes y una situación de desequilibrios sociales, de injusticias y de violaciones de derechos humanos, hay tan pocos casos?, ¿puede impactar eso en la situación de los derechos humanos en la región?

La respuesta la da la realidad y ello nos lleva a algo que me atrevo a poner en un concepto cuyos términos quizá no les gusten a todos, y es que hay una suerte de revolución jurídica interamericana, en donde el elemento de legitimidad es un elemento tan importante que hace que el impacto de las sentencias de la

Corte Interamericana, en los tribunales nacionales, sea algo absolutamente fundamental y de características históricas. Que la Suprema Corte de México, la Corte Constitucional de Colombia o la Corte Suprema de Perú establezcan que los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana son vinculantes u otro término análogo, es una revolución jurídica, porque eso hace que, dictada una sentencia de la Corte Interamericana en muchos tribunales, centenares o miles de jueces nacionales, apliquen los criterios conceptuales de la Corte Interamericana. Una dimensión que es una suerte de dominó, en la que nadie podría haber pensado jamás cuando se redactó la Convención Americana.

Creo que hay que abonar en el capital del trabajo de la Corte Interamericana, algo que tal vez nadie llegó a diseñar de esa manera, pero que así ha ocurrido, frente a lo cual todavía hay un enorme camino que recorrer. Eso es muy importante en momentos como el actual donde como es sabido hay tendencias regresivas que existen en todo el mundo y que, naturalmente, podrían ocurrir también en América Latina. Me refiero a un regreso a la prehistoria en términos del derecho. En este sentido, algunos magistrados de altos tribunales me han dicho "no, las sentencias de la Corte Interamericana son obligatorias para los gobiernos, pero no para los sistemas judiciales", cosa que parecía que ya no existía en la agenda de ningún magistrado de un país democrático.

De manera que hay un primer desafío, y es cómo mantener y desarrollar esa interacción que ha sido y viene siendo tan importante para que un Tribunal, que tendrá siempre posibilidades limitadas de atender casos, pueda ser una especie de referente conceptual para todos los tribunales, en casos que nunca llegarán a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A la preocupación anterior se añade una tendencia mundial. Las corrientes y tendencias autoritarias en contextos de incertidumbre y de inseguridad ciudadana son recurrentes y pueden ser crecientes. De tal forma que sin que sea eso parte de una agenda de un Tribunal —un tribunal no tiene más agenda que resolver los casos que se le plantean— es parte de un contexto que tendrá que ir siendo abordado por este y por otros Tribunales en el mundo. Es evidente la tentación permanente de la sociedad por

caer en respuestas autoritarias frente a problemas como la inseguridad en general o la inseguridad ciudadana, que hace que hoy día, por ejemplo, en la Europa democrática, se vean corrientes regresivas con legitimidad social y política y, lo mismo ocurre, naturalmente, en otras regiones del mundo.

Cómo esa situación puede afectar a un tribunal de derechos humanos es una de las grandes preguntas y preocupaciones que habrá que tener, no para que la Corte Interamericana pueda asumir cuestiones de política global o nacional —que no es su competencia—, sino para saber que ahí puede haber una amenaza importante, que es fundamental saber cómo enfrentarla. Quizá el fortalecimiento en la articulación con los tribunales y jueces nacionales pueda ser una de las rutas más importantes para consolidar y explotar en el futuro.

—o—

En cuanto al futuro pueden soñarse muchas rutas para el Tribunal Interamericano; que sea permanente, que tenga una cantidad de jueces equivalente a la cantidad de Estados Parte, entre muchas otras opciones. Todo eso sería fantástico; sin embargo, la vida vuelve a uno muy realista y prudente.

En el Sistema Interamericano, si se considera no solo la Corte y la Comisión, sino la OEA y todos sus órganos, el presupuesto es menor al del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este es el contexto en el cual, difícilmente, se podrá tener una base presupuestal regional que permita no seguir dependiendo de la cooperación europea. Ello hace pensar que realmente lo más sensato, lo más eficaz, es consolidar al Tribunal en lo que ha hecho bien, tratar siempre de mejorar su eficiencia, su gestión apropiada de los recursos y continuar con esa interacción con los tribunales nacionales que es en donde está su gran capital.

Las amenazas son enormes, porque evidentemente lo que pasa hoy en materia de inseguridad ciudadana, la percepción generalizada en todos nuestros países de que hay una amenaza incontrolable de la corrupción que se habría hecho ya propietaria de todas las instituciones públicas, hace que, en general, la legitimidad de las instituciones sea débil en la región. En consecuencia, pretender que la Corte Interamericana pueda tener una

legitimidad propia, diferenciada de lo que puede ser un contexto de descreimiento en las instituciones, es algo difícil, es una tarea que está más allá de lo que la Corte puede y debe hacer. Lo más sensato, lo más realista, es hacer cada vez mejor el trabajo que se ha venido haciendo muy bien, dentro del marco de sus atribuciones, afianzando, por supuesto, su capacidad de comunicación con la sociedad en general y con los aparatos judiciales en particular.

Creo que eso es lo que puede darle a la Corte una solidez en un contexto en el que es previsible que provengan amenazas de toda suerte y en un marco en el que, en general, le ha ido relativamente bien. No hay grandes corrientes autoritarias que uno sienta que vienen desde el fondo de la sociedad y que se elija a presidentes que encarnen ese tipo de corriente. En dos elecciones recientes pueden estar personas a favor o en contra de ciertas políticas, pero no son presidentes que amenacen con convertir nuestros países en lo que está haciendo un jefe de estado en un país asiático, en donde, en nombre de la guerra contra las drogas, ha asesinado ya a más de 10 mil personas con el respaldo del 70% de la población.

Creo que se debe confiar en lo que ha sido y es la Corte, confiar en su composición actual para que consolide su trabajo y lo desarrolle con lo que la Corte Interamericana sabe hacer y ha hecho muy bien, es un camino sensato que todos tendríamos que respaldar.

Presente y futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

*Humberto A. Sierra Porto**

Para referirse en profundidad al pasado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos creo que hay personas más autorizadas en esta mesa que nosotros. Quiero, esencialmente, referirme a algunos aspectos que creo que son interesantes en un aniversario como este de la Corte Interamericana. En estas ocasiones, fundamentalmente, se expresan y recuerdan los momentos emotivos.

Respecto de la Corte Interamericana, creo que me gustaría destacar dos cuestiones. En primer lugar, quisiera referirme a cómo llegué a la Corte Interamericana, al Sistema Interamericano; creo que eso es importante para mostrar un poco lo que está sucediendo en el pasado reciente y en el presente de la Corte. Mi maestro, Carlos Restrepo, que era nuestro eterno Director de Derecho Constitucional, el constitucionalista colombiano, solía hablar de sus amigos, de Gros Espiell, de Fix-Zamudio, de Hernán Salgado, de todos los constitucionalistas importantes que ha tenido este continente. Por mi parte, no tenía la más mínima idea ni la intención de ser parte del Sistema Interamericano.

En la Corte Constitucional colombiana —donde desarrollé una labor bastante intensa, también muy emotiva, muy productiva, siendo magistrado y presidente de la Corte Constitucional— comienzo a participar en las actividades que organizaba la

* Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 2014-2015.

Fundación Konrad Adenauer. La cooperación alemana, la Fundación Konrad Adenauer y GIZ han sido determinantes para el desarrollo de una idea del derecho común de toda nuestra región. A través de esos encuentros periódicos, en los que se hablaban de los problemas comunes de los constitucionalistas de la región, al mismo tiempo, se debatía la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

En esas reuniones, se podía descubrir la importancia y la trascendencia de lo que se hacía en este Tribunal. Por supuesto, en el trabajo cotidiano de la Corte Constitucional, se metía como arena por las manos, se escurría, se presentaba siempre, la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre diversos temas. El derecho internacional está cada vez más presente en el día a día de cualquier actividad judicial, y eso hizo que las preocupaciones sobre la Convención Americana como parte del bloque constitucional, los criterios de incorporación del derecho internacional al derecho interno, las alternativas para utilizar el derecho internacional en los casos concretos fueran un asunto cotidiano. Entonces fue natural y espontáneo llegar a la Corte Interamericana, prácticamente, era parte de un desarrollo de una carrera judicial.

El segundo aspecto que quiero destacar de mi primera etapa como juez de la Corte Interamericana es aquello que me ha parecido de lo más emotivo y significativo: las visitas *in situ* y las audiencias fuera de sede. Ambas han sido experiencias absolutamente magníficas. Recuerdo con emoción la ocasión en la cual la Corte Interamericana sesionó en Cartagena, en donde en el acto final hubo 10 mil personas y durante cinco días el auditorio de capacidad para 2 mil personas estuvo permanentemente lleno. La expectativa en materia de derechos humanos, la emoción y la energía, el interés que despierta el trabajo de la Corte Interamericana no deja de sorprender.

En el marco de una de esas visitas, otro asunto que recuerdo siempre con gran sorpresa y emotividad fue cuando realizamos la inspección judicial con el caso *Chavin de Huantar*. En esa ocasión, visitamos una escuela militar donde había una reproducción de la Embajada del Perú que fue objeto de la toma por parte de los comandos del ejército peruano. Allí se desarrolló una diligencia,

visitamos el edificio, nos mostraron la estructura y nos explicaron cómo fue el operativo. En esa ocasión, en la que estaban autoridades y oficiales del ejército explicando cómo se había hecho el operativo, dos defensores de derechos humanos, abogados de CEJIL, con todo el valor del mundo, les llamaron la atención y corrigieron respetuosamente a las autoridades cuando incurrieron en algún error sobre cómo había sido el operativo. Ese valor y esa convicción por parte de quienes hicieron esa actividad me llamó la atención y me impresionó mucho.

En general, creo que, respecto del trabajo de la Corte Interamericana, lo que más llama la atención y lo que más gratifica es la mística, el compromiso, el hecho de que detrás de cada caso hay toda una situación humana, un drama humano. Eso hace que el trabajo técnico jurídico termine teniendo otro tipo de transcendencia; hay un involucramiento que genera una de las mayores satisfacciones para nosotros como juristas. Eso me parece que ha sido esencial en el trabajo que hasta ahora hemos desarrollado en esta primera etapa como juez de la Corte Interamericana.

—o—

Un gran consejo que podría ser útil para todos nosotros como jueces de la Corte Interamericana es seguir el buen ejemplo de quienes nos han precedido. Por otra parte, creo que podríamos, en el trabajo de la Corte, señalar dos aspectos que me parecen interesantes. En primer lugar, una cuestión que antes para mí pasaba absolutamente desapercibida, y se refleja hoy en la composición de esta mesa. En esta mesa hay una sola mujer, la única expresidenta de la Corte, Cecilia Medina Quiroga, y ese es el primer punto que creo que los jueces tenemos que acentuar y preocuparnos.

Este primer tema, esencialmente relativo a los estereotipos y a la invisibilidad de las mujeres en sociedades tan machistas como las nuestras, creo que tiene que ser una gran preocupación a efectos de administrar justicia. La Corte ha decidido casos muy importantes en los cuales se ha condenado a los Estados porque sus funcionarios encargados de investigar o de juzgar penalmente los hechos, por estereotipos y prejuicios, realizaban investigaciones fallidas.

Estos prejuicios son de difícil comprensión para algunas personas que naturalmente se mueven en este tipo de sociedades. Por eso, resulta necesario que la Corte haga ese esfuerzo, descubra esos estereotipos, a veces poco visibles, que generan una infracción en los derechos de las mujeres y en los de ciertos sectores de la sociedad. Creo que esto tiene un gran impacto para el resto de los operadores jurídicos de primer orden.

El otro aspecto es relativo al principio de la inmediación. Nuestra Corte tiene dos alternativas: ser un Tribunal emblemático de 20 casos al año o algo así, donde a través de su jurisprudencia sienta principios, sienta criterios que pretenden ser utilizados, que sirvan de orientación para el resto de nuestros poderes judiciales de carácter nacional, o tratar de crecer, de tener más casos, ser un tribunal con una lógica más parecida a la europea. Esas alternativas son importantes señalarlas, pero mientras avanzamos hacia la segunda, creo que podemos hacer mucho más a través de la inmediación. Uno de los elementos más importantes y significativos del trabajo es el contacto de los jueces con las víctimas en las audiencias, las visitas *in loco*, las audiencias *in situ*. Es absolutamente esencial acercarse a la realidad.

—o—

En cuanto al futuro de la Corte Interamericana, quisiera compartir una reflexión un poco atípica; no cómo me la imagino, sino cómo no me la imagino. En este sentido, como punto de partida, no me imagino a la Corte Interamericana como un tribunal de las políticas públicas de los Estados latinoamericanos. En segundo lugar, creo que podemos tener una visión realista sobre algunas cuestiones. Una es, efectivamente, una comprensión racional del control de convencionalidad por parte de cada uno de los Estados parte; un concepto de control de convencionalidad que permita que cada uno de los Estados entienda que debe utilizar la jurisprudencia de la Corte Interamericana dentro de su sistema de fuentes con las variantes propias de cada Estado, pero con la obligación de utilizar y de incorporar los valores comunes que están detrás de nuestra jurisprudencia.

Además, creo que es realista pensar en una Corte Interamericana con jueces permanentes. Es un propósito sano para lograr

una mayor independencia, objetividad y dedicación por parte de quienes integran la Corte. Esto tiene que ver con la cuestión de los recursos y es inaceptable que algunos de nuestros países aporten millones de dólares a la Corte Penal Internacional —en la que no hay un solo caso de América Latina— y respecto de la Corte Interamericana aporten 10 mil y 20 mil dólares. Esto expresa un problema de fondo, la necesidad de un compromiso real y efectivo con los derechos humanos por parte de nuestras sociedades y de nuestros Estados.

Tiene que haber también e imagino un sistema en donde haya simetría entre la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana. No tiene lógica que la Comisión Interamericana esté compuesta por personas de Estados que no aceptan la competencia de la Corte o que no han suscrito la Convención Americana y, sin embargo, deciden qué casos pueden llegar a la Corte y cuáles no. La agenda tiene que ser decidida por los países que aceptan la competencia de la Corte. Creo que también es realista una mayor ampliación de la competencia de la Corte en los países del Caribe y es un trabajo de educación, de percepción, creo que puede ser eficaz y puede ser realista.

PANEL II.
LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LOS DESAFÍOS PARA LA VIGENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES EN LA REGIÓN



Los desafíos para la vigencia de los derechos humanos de las mujeres en la región y la Comisión Interamericana de Mujeres — CIM

*Carmen Moreno Toscano**

En 1928, 50 años antes de la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la sufragista estadounidense Doris Stevens, ante la Sexta Conferencia Internacional de Estados Americanos en La Habana, reivindicó por primera vez los derechos de las mujeres como derechos humanos y unió la lucha de miles de mujeres en todos los países del continente. La creación de la CIM fue el resultado de las acciones de los movimientos de mujeres nacientes en el hemisferio y reflejó una mayor cooperación entre las mujeres de las Américas del Norte, Central y del Sur.

Ese mismo año, el 18 de febrero de 1928, la Sexta Conferencia Internacional Americana resolvió constituir la Comisión Interamericana de Mujeres, que se ha ido consolidando a lo largo de estos 90 años de existencia con la incorporación de los países del Caribe y de Canadá. Con el ingreso de Guyana y Belice a la OEA en 1990, todas las naciones independientes de las Américas quedaron representadas en la CIM. En su primer discurso a la Conferencia en 1928, la primera presidenta de la CIM utilizó la noción de panamericanismo para enfatizar la necesidad de acción

* Secretaria Ejecutiva, Comisión Interamericana de Mujeres, Organización de los Estados Americanos 2009-2019.

mediante la Conferencia y no por países separados, en la obtención de la igualdad de derechos para las mujeres en todas las Repúblicas Americanas. En 1933, la CIM presentó un primer estudio sobre la situación de las mujeres donde se examinaron la constitución y las leyes de las 21 repúblicas americanas, principalmente en cuanto a la desigualdad de derechos. Después presentó y logró la aprobación, en el marco de la Séptima Conferencia Internacional Americana, de la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer, que reconoció el derecho de toda mujer a tener, y a mantener, su propia nacionalidad.

Esta primera Convención Interamericana inicia una serie de hitos pioneros que lograron, con el tiempo, establecer el marco jurídico más sólido en el mundo sobre los derechos de las mujeres. Este marco incluye las Convenciones Interamericanas sobre Derechos Civiles y Políticos de las Mujeres (1948) y, a nivel global, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, 1979).

El avance hacia la garantía del pleno ejercicio de derechos para las mujeres se produjo a través de acuerdos que abordaron temas específicos o un particular obstáculo al pleno ejercicio de los derechos o bien con los múltiples Convenios de la Organización Internacional del Trabajo sobre cuestiones como la igualdad de remuneración (1951), la discriminación en el empleo y la ocupación (1958), los trabajadores con responsabilidades familiares (1981), la protección de la maternidad (2000) o el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos (2011).

De manera especial, la CIM asumió el compromiso con la erradicación de la violencia, desarrollando y aprobando el primer tratado internacional de derechos humanos que reconoció la violencia contra las mujeres como una violación a los derechos humanos en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, 1994), que es la Convención con el mayor número de ratificaciones en el Sistema Interamericano. Durante estos años, la CIM ha trabajado, no solamente para visibilizar la discriminación y la violencia que viven las mujeres en el continente, sino para proponer recomendaciones para cerrar esas brechas.

La Declaración y el Plan de Acción de la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos señalaron que "los derechos humanos de la mujer y la niña son parte inalienable e indivisible de los derechos humanos universales" y que la plena participación de las mujeres en la vida política, económica, social y cultural en condiciones de igualdad, y la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo, eran objetivos prioritarios de la comunidad internacional. Esta Declaración ha sido uno de los pilares fundamentales del trabajo regional de la CIM, así como de su trabajo conjunto con otras organizaciones internacionales.

En el mismo sentido, la Comisión Interamericana de Mujeres ha fortalecido las capacidades de los Estados parte "en el cumplimiento de sus respectivos compromisos adquiridos a nivel internacional e interamericano en materia de derechos humanos de las mujeres y equidad e igualdad de género...". Es decir, se busca cerrar la brecha entre los derechos en el papel y en la práctica. De manera particular, la obligación prevista en el artículo 2 de la Convención Americana, que establece el compromiso de los Estados de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que resulten necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos por ese instrumento, ha sido otro elemento en el que la CIM ha centrado sus esfuerzos.

A partir de la Convención Americana, la CIM ha desarrollado políticas regionales para garantizar que la brecha existente en la garantía y protección de los derechos humanos se reduzca, con iniciativas que van desde el Programa Interamericano sobre la Promoción de los Derechos Humanos de la Mujer y la Equidad e Igualdad de Género, hasta recomendaciones concretas para cada Estado en cuanto a las políticas dedicadas a erradicar la violencia contra las mujeres. Estas iniciativas incluyen leyes modelo interamericanas como la Ley para Erradicar la Violencia contra las Mujeres en la Política y las Declaraciones sobre Femicidio/Feminicidio, la Declaración sobre la Violencia contra las Mujeres, Niñas y Adolescentes y sus Derechos Sexuales y Reproductivos, la Declaración sobre educación no Sexista o Declaración de Pachuca y la Declaración sobre Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres como Bien de la Humanidad.

No obstante, muchos de estos temas aún no son una realidad para las mujeres y niñas de la región y, sobre todo, marcan un gran desafío debido a los grandes obstáculos culturales y legales que subsisten y que se evidencian en la cada vez más clara y rica jurisprudencia de este importante Tribunal. La persistencia de sistemas y factores estructurales de discriminación y de exclusión de las mujeres de todos los ámbitos de la vida ha precarizado su capacidad de ejercer sus derechos humanos. Las mujeres continúan estando excluidas del ejercicio de los derechos humanos y del acceso a la ciencia y la tecnología debido a las jerarquías de género preexistentes, a la dicotomía privado-público, y a los criterios de inclusión y exclusión imperantes para el goce de derechos, los cual contribuye a una brecha significativa entre su igualdad *de jure* y su igualdad *de facto*. Independientemente de las garantías de instrumentos como la Convención Americana, en la práctica los derechos para las mujeres son una deuda pendiente.

De otro lado, la CIM ha venido destacando que la exclusión de las mujeres de las instancias del Estado con poder de decisión, de la representación política y de los recursos públicos pone límites a la democracia y al ejercicio de su ciudadanía de pleno derecho. Debemos reiterar que no hay verdadera democracia ni gobernabilidad sin la plena participación de las mujeres. Las cifras dan cuenta del grado de exclusión de las mujeres en la vida política y en los cargos de representación y liderazgo: en ningún país de las Américas las mujeres ocupan, simultáneamente, un tercio de los cargos en las más altas instancias de los tres poderes del Estado: legislativo, ejecutivo y judicial.

Ahora bien, aunque el valor simbólico de la representación de las mujeres es innegable, es solamente un primer paso que idealmente lleva a la construcción de una agenda política más plural y representativa. La posibilidad de incidencia en la política —desde una plataforma para los derechos humanos y la igualdad de género y libres de cualquier forma de discriminación y violencia en la vida pública— enfrenta aún más limitaciones. Vencer la exclusión de las mujeres de la vida política y, en particular, de los cargos de representación y poder político es uno de los mayores desafíos que enfrentan las democracias en las Américas. En años recientes, la democracia se viene repensando desde la

paridad como un principio democrático general. En este contexto, la paridad emerge como una de las soluciones más claras para terminar esta exclusión.

De manera progresiva y creciente, la perspectiva de género ha ido permeando la protección nacional e internacional de los derechos humanos. La aplicación de una perspectiva de género ha permitido el reconocimiento de la discriminación que enfrenta la mayoría de las mujeres en el mundo. Ha puesto de manifiesto las limitaciones que afectan el goce y ejercicio pleno de sus derechos humanos y les impide mejorar las condiciones en las que viven.

En este contexto, cualquier análisis de la efectividad de la protección y garantía de los derechos humanos desde un enfoque de género tiene que tomar en cuenta las múltiples realidades de las mujeres. Las mujeres no se pueden considerar como un grupo homogéneo, ya que la desigualdad de género se cruza con otros aspectos de la identidad —estatus socioeconómico, etnia, edad, raza, capacidad física o intelectual, ubicación geográfica, estatus migratorio— para agravar la exclusión. Así, el análisis tiene que incluir los enfoques tanto de diversidad como de género, para tener en cuenta las realidades de mujeres pobres, rurales, afrodescendientes, indígenas y de otros colectivos que se ven marginalizados por el patriarcado.

La CIM también ha llamado la atención sobre la necesidad de que este análisis debe reconocer los conceptos cada vez más fluidos de la identidad y la expresión de género, así como la orientación sexual. Si bien todos los instrumentos existentes de derechos humanos incluyen a personas LGBTI por las prohibiciones existentes de la discriminación por cualquier motivo y la Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, adoptada en 2013, reafirma y fortalece estas protecciones —la Convención ha sido firmada por nueve países y no ha sido ratificada por alguno—, el colectivo LGBTI no cuenta todavía con protecciones explícitas de sus derechos humanos a nivel internacional o interamericano, más allá de algunas decisiones de las Cortes Penal Internacional e Interamericana de Derechos Humanos.

En las últimas décadas, la región ha adoptado un sin número de acuerdos jurídicos vinculantes y de acuerdos políticos y declaraciones de compromisos sobre los derechos humanos de las mujeres y de las personas LGBTI y la igualdad de género. Esta agenda para la igualdad de género es hoy parte central de los desafíos que esta región y el Sistema Interamericano han asumido. Pero en el hemisferio, y en el Sistema Interamericano, vemos cada día nuevas formas de ataque contra los derechos humanos de quienes quieren mantener el patriarcado. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Mujeres van a enfrentar muchos ataques.

Por tanto, desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la respuesta tiene que ser "ni un paso atrás". Los principios de progresividad y de no regresividad en los derechos lo demandan, y más allá de estos principios, se trata de una cuestión de vida o muerte para muchas mujeres en el continente.

Las sentencias de la Corte Interamericana, como las conocidas como *"Campo Algodonero"*,[1] *Karen Atala, Artavia Murillo,*

[1] En la sentencia "*Campo Algodonero" vs. México* (2009), la Corte Interamericana de Derechos Humanos sentó precedentes fundamentales para la defensa de los derechos humanos en la región. Al ser el primer caso en el que se pronunció sobre muertes violentas de mujeres, la Corte desarrolló el estándar de debida diligencia contenido en el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, de esta forma delimitando el deber estatal de garantía y respeto a los derechos de las mujeres, en relación con actos cometidos por particulares. Así, la Corte utilizó la teoría del riesgo previsible y evitable para determinar la responsabilidad legal del Estado mexicano por dichos actos, encontrando que además existía un deber reforzado debido a la situación generalizada de violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez. La sentencia de "*Campo Algodonero*" amplió los derechos de las mujeres en general, y el derecho a vivir una vida libre de violencia en particular, al interpretar las obligaciones estatales contenidas en la Convención en distintos niveles: prevención, garantía y respeto. Así, con fundamento en la Convención, los Estados tienen un deber de prevención general y otro de prevención especial de la violencia contra las mujeres, así como la obligación de actuar con debida diligencia en el momento en el que tienen conocimiento de un hecho de este tipo, y de iniciar una investigación *ex profeso*, con perspectiva de género. Por último, la Corte realiza un análisis a profundidad de los estereotipos de género, especialmente en lo que respecta a sus efectos en

Inés Fernández Ortega, Valentina Rosendo Cantú, Veliz Franco y tantas otras, así como sus importantes Opiniones Consultivas, son fundamentales para el pleno ejercicio de los derechos de las mujeres, estas decisiones han permitido que muchos de los obstáculos existentes se evidencien y, a su vez, evidencian aún las brechas que debemos superar. Es por ello que la CIM no solo reconoce la importancia de este trabajo, sino que también se pone a la orden y disposición de estos desafíos para asumir conjuntamente, desde las Américas y desde el Sistema Interamericano, el desarrollo de leyes y políticas de vanguardia.

El ejercicio jurisdiccional de la Corte Interamericana no en vano requiere apoyo y valentía. Hace unos meses vimos cómo varios desafíos se generaron en el marco del pronunciamiento del Tribunal reconociendo la importancia de los derechos a la igualdad y no discriminación. Por eso, reiteramos que el esfuerzo de la Corte Interamericana está siendo acompañado por la CIM y por la vanguardia feminista de las Américas que reconoce su importancia.

El marco jurídico internacional e interamericano es fundamental para el pleno ejercicio de los derechos de las mujeres y sin dilación tenemos que hacer de estos compromisos una realidad para las vidas de las mujeres. En esta misión cuentan con el apoyo de la Comisión Interamericana de Mujeres.

las investigaciones de las desapariciones y muertes violentas de mujeres, y determina que estos son contrarios a la Convención.

Addressing Violence and Discrimination against Women in the Americas

*Margarette May Macaulay**

Foreword

I thank the Inter-American Court of Human Rights for inviting the Commission, and specifically the Rapporteurship on the Rights of Women, to participate in this panel on the occasion of its 40th Anniversary. In the Americas, women represent more than half of the population and are in a situation of special vulnerability. Violence against women is the most widespread violation of Human Rights globally; however, our hemisphere leads the world in having the greatest incidence and the most egregious examples of violence against women with the highest level of impunity.

In 1994 the IACHR created the Rapporteurship on the Rights of Women with the initial task of analyzing the extent to which laws and practices involving women's rights in the OAS Member States comply with the general obligations set forth in regional human rights and the rates of successful, and to ascertain the rates of successful resolutions of investigations of violence against women.

As Rapporteur on the Rights of Women, and based on the work conducted by the IACHR, we take this opportunity to ad-

* President of the Inter-American Commission of Human Rights (2018) and Rapporteur for the Rights of Women.

dress the great efforts and advances that States in the region have made, as well as the many challenges women and girls are still facing in the region regarding violence and discrimination against them, due to regressive acts within many States parties in the immediate pass and currently.

IACHR current work and mechanisms addressing violence against women

The IACHR has specific mechanisms to address the issue of violence against women, such as:

Processing of individual petitions

Which show the widespread violence affecting women in its various forms, such as obstacles in their access to justice, prevalence of impunity, disappearances, murders, sexual violence or obstetric violence, and economic violations.

Some of these cases reach the Inter-American Court, such as the Women of Atenco case (against Mexico) and the case of Linda Loaiza (against Venezuela) recently addressed by the Court and in cases of loss of lands and by members of indigenous and Afro-descendant communities.

IACHR may require States to adopt precautionary measures

To avoid serious, urgent and irreparable damage, the Commission has mainly issued precautionary measures to protect women human rights defenders, victims of domestic violence and, recently, in cases dealing with malnutrition and poverty.

In very urgent matters, the Commission has requested provisional measures of the Inter-American Court, as was the case with the high-risk pregnancy of B. in El Salvador, who was not granted legal access to abortion services even when her life was in danger.

Requesting information from States

As a tool to monitor situations that may be affecting the rights of women, girls and adolescents, the IACHR maintains confidential correspondence with member States in order to obtain specific information on issues brought to our attention by civil society, human rights defenders, and through our own monitoring activities.

On-site visits and working visits

To observe the situation of protection of human rights or nonprotection of human rights, or to investigate particular situations, the Commission conducts *in loco* visits. Some recent ones are Guatemala in 2017, Honduras and Brazil in 2018 and working visits El Salvador and Dominican Republic in 2017, Colombia in 2018.

Statements to highlight both advancements and challenges in the region

Our statements have addressed the situation of femicides, the situation of women human rights defenders, the advances, and setbacks of sexual and reproductive rights to mention a few. These statements highlight the obligations of the States and underline the deep interest and grave concerns the Commission has regarding the rights of women. We issue very many press releases on every or almost every violation of human rights in our hemisphere.

Publishing thematic or country reports

These analyze the specific situation of the rights of women in the Americas whether as a core-topic or as a transversal axis. Recently, the IACHR has published a report on measures aimed at reducing the use of pretrial detention, including its impact on women, a report on the situation of indigenous women and

we are currently preparing a report systematizing standards and recommendations on violence and discrimination against women.

Convoking of hearings

These are to inform the IACHR about the situations of risk which are affecting women, girls and adolescents and very young girls. Very concerning situations have been brought to our attention recently, such as sexual and reproductive rights of women, in Central America, the situation of women with disabilities, the prevalence of disappearances of women in several states, the killing of women human rights defenders, including indigenous and Afro-descendants women human rights defenders, the situation of sexual workers, the issue of sexual orientation and identification, etcetera.

Current challenges regarding elimination of violence against women in the region

With regard to gender-based violence against women, the IACHR welcomes the efforts undertaken by several States in the region to fulfill their obligation to combat violence against women, such as:

- the legislation on femicide in Uruguay;
- the end of the total abortion ban in Chile and the recent advances in Argentina;
- the adoption of a Protocol to Investigate Femicides in Argentina;
- positive decisions taken in Peru and Colombia to eradicate stereotypes in the judgement of cases of sexual violence.

The Commission also highlights the progress in terms of eradication of discrimination in terms of political participation and equal representation of women in decision-making spaces. While at the global level female representation rate has stagnated, coun-

tries in the region such as Bolivia, Canada, Nicaragua and Mexico have even surpassed gender parity. Costa Rica, Chile and Colombia have elected women as Presidents, Vice-Presidents and in some Caribbean states there have been also women Presidents and Prime Ministers and Chief Justices of Supreme Court.

However, indigenous and Afro-descendant women are still left behind in terms of political and actual participation in the Latin American and Central American regions, for which the Commission has called and is calling upon the States to take proper measures to address this form of structural, social, actual racial and general discrimination and violence.

Despite the progress made on various issues, the IACHR continues to be concerned about the serious situation of violence and discrimination against women, adolescents, girls and very young girls in the countries of the region. We continue to witness tragic examples of the pattern of violence against women, including murders and acts of physical, psychological and sexual violence. We have analyzed that even though murders of males decrease, those against women tend to stagnate or to increase. In addition, murder of women often expresses more violence and maliciousness. In 2016, in Guatemala there were reported more than 15 beheadings of women, for example. Also, sexual violence is still widespread, affecting particularly adolescents, girls and very young girls, who are very often left pregnant after forced sex, and they are then forced to suffer through the pregnancy to term, and then also are forced to suffer through the deliveries of unwanted children; thereby impeding their life plans and futures.

The high-risk situation faced by women journalists, human rights defenders, and women in political or with political aspirations, the invidious situation of indigenous and Afro-descendant women warranting special attention by State parties. The situation in Colombia is very worrying, this year more than 25 social leaders have been killed, 9 of them were women. In Mexico, at least 3 women candidates to local elections were assassinated. The growth incidents and egregious content of “hate speech” is also being addressed by the Commission because of its magnitude, and the consequence of this destructive practice with violent threats and sexual innuendos which cause great suffering,

emotional and mental to the recipient and which too often results in their withdrawal from the political activity.

Regarding Sexual and Reproductive Rights, the Commission is still concerned by the various obstacles. Women still face obstacles to fully enjoy their rights to Sexual Education, to Health Services and ultimately to their integrity and autonomy to make decisions about their bodies, and the numbers and spacing of their children, and of course their right to life. In El Salvador, as a result of a total abortion ban and misguided prosecutions, at least 23 women (some very young women) are still in jail accused of and sentenced to fifteen, twenty, thirty or more years for aggravated murder after they had suffered obstetrical emergencies. They are charged with the offence of aggravated murder even though the State has a legal provision which criminalizes abortion and for which the maximum prison penalty is eight years. The choice of prosecutions for aggravated murder is therefore a further abuse and is discriminatory against women, especially when the male perpetrators of rape are too often not prosecuted for the offence or when tried are only made to suffer a very light penalty of a minimum number of years.

The IACHR has continued to receive worrying information about the spread of the Zika virus and its disproportionate impact on the lives of women. Particularly poor women, those living in remote and rural areas, and Afro-descendant women. Similarly, women living with HIV/AIDS are still facing numerous obstacles to fully enjoy their rights. In Venezuela, for instance, their situation has been greatly aggravated by the lack of treatments and medicines.

Conclusions

The Commission's strategy in addressing gender related issues is based on its mandate to promote and protect human rights in the Americas, in line with the principles of equality and nondiscrimination.

With the Rapporteurship on the Rights of Women, the Commission analyzes the extent to which laws and practices invol-

ving women's rights in the OAS Member States comply with the general obligations set forth in our regional human rights instruments, such as the American Convention, the American Declaration, and the Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women.

Through its mechanisms, the IACHR monitors the situation of the rights of women, girls and adolescents, and provides support in handling their cases and request for precautionary measures. The IACHR issues recommendations and calls the States parties to comply with their obligations, and advocates for broadening the ratification of Inter-American instruments, including the Inter-American Convention Against Racism, Racial Discrimination, and Related Forms of Intolerance, and the Inter-American Convention Against All Forms of Discrimination and Intolerance. It is absolutely necessary for all States to ratify these Conventions because discrimination exists and is widely practice in every State of our region with only the degree of the levels of *de facto* and *de jure* discriminatory practices differentiate the States one from the other. This situation must be changed if we and those who come after us in our hemisphere can enjoy equal opportunities justice and peace and thereafter true democratic development.

Finally, the Commission contributes to the promotion and protection of the rights of women in the region and, therefore, contributes to their advancement within the Inter-American System of Human Rights, but we still have a long way to go. Without any doubt, there is no violations of human rights which have not and do not adversely affect the female of the human species in our region. We must remember that our Inter-American System is the last bastion of justice for the victims who bring their unaddressed or insufficiently addressed violations to it. It is also the last avenue for protection from abuses and violations for the most vulnerable sector, though half of the human race that is to say women, girls, and adolescents.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los desafíos para la vigencia de los derechos humanos de las mujeres en la región

*Sonia Picado Sotela**

Soy Presidenta Honoraria del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y también fui jueza de la Corte Interamericana, pero hoy voy a prescindir de todas las otras presentaciones oficiales y quiero decirles que los felicito por esta actividad. Estoy muy contenta por compartir esta mesa con ilustres académicas, juezas, pero fundamentalmente amigas. Me parece eso muy importante cuando se trabaja en derechos humanos.

Quisiera decir que, como introducción, la mujer ha sido a través de la historia un objeto y no un sujeto de derechos. Desde Grecia, cuando regresó la democracia, la mujer no era ciudadana y su condición más bien era comparable con la de un esclavo. El derecho romano se queda en la puerta del hogar y la mujer se equipara al incapaz y al niño. Este derecho romano tuvo enorme influencia, tanto en la legislación francesa como en la española, que luego vino a América. Entonces todas nuestras constituciones, todos nuestros códigos civiles, tenían esa misma tendencia discriminatoria del derecho romano.

Quisiera decir que, incluso, en las poblaciones indígenas, y voy a citar, que lo he hecho muy a menudo, al padre Gumilla, en su "Orinoco Ilustrado", que dice que las indias tenían las costum-

* Presidenta Honoraria del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

bres de muy disimuladamente matar a sus hijas cuando nacían, ya fuera torciéndole la nuca o ahogándolas. Cuando le preguntaron a una india por qué su madre hacía estas cosas, ella le contestó "¿cuál es la vida de una india? Yo salgo en la mañana con un niño en la espalda, otro al frente, con ropa en la espalda para lavar, con leña que tengo que recoger. Él sale con una flecha y un arco. Al regreso es peor porque yo he tenido que lavar la ropa, tengo que llegar a recoger maíz, hacer chicha, y cuando el hombre llega a la casa, toma esa chicha y entonces me pega, me patea y yo soy parte de esa vida. Yo quisiera que mi madre me hubiera hecho la caridad de matarme cuando yo nací".

Entonces, eso es un poco hasta la fecha la historia de nuestras mujeres no solo indígenas, sino de muchas mujeres en todo el mundo. Cuando se habla de la condición jurídica de la mujer, un avance importante, ciertamente, es el derecho al voto. El primer país en reconocer el derecho al voto de la mujer fue Canadá, en América, en 1918, Perú en 1955, en Colombia 1957, Paraguay 1961 y Belice 1964. Pero eso no significó en absoluto el pleno acceso a los derechos políticos.

Comparar el derecho a elegir con el de ser elegidas es injustificable, porque es un abismo tremendo. Entonces la condición de la mujer atrae violencia y discriminación y por eso se han establecido cuotas; las cuotas entendidas como temporales, por ejemplo, diputadas en el congreso o jerarcas en ministerios, o bien, en juntas directivas, lo que ha ayudado a que la mujer avance. En muchos casos, incluso en este país, tenemos ya paridad, pero es muy difícil decirles a ustedes, me tocó como Presidenta de un partido político, en un determinado momento, establecer las cuotas. Como los hombres han repartido las cuotas ellos mismos, aquello fue una tragedia porque se consideró que habíamos perdido por culpa de las mujeres que habían exigido un campo en el Congreso. Las luchas que hemos tenido que llevar a cabo para poder salir adelante, en muy distintos campos, fueron siempre iguales.

El segundo sexo puede ser maltrato. Simone de Beauvoir, una gran activista, compañera de Jean Paul Sartre, describió acertadamente como el segundo sexo lo que éramos nosotras. Empezamos a hallar voces que cuestionaban abiertamente la condición

de sumisión de la mujer a los hombres. Entre otras cosas porque se habló de que la violencia que sufríamos fuera vista en el ámbito privado. O sea, se consideraba que el hombre tenía derecho a hacer con la mujer lo que quisiera y que entonces aquello quedaba dentro del ámbito privado y no podía ser discutido abiertamente o en una corte pública.

Esto no es privativo de América. En la India sabemos perfectamente que la inmolación de la viuda junto con el marido era una tradición, así como que quemaran a las mujeres que se consideraba que no habían aportado una dote suficiente. La mutilación genital todavía está presente en tantas culturas. Ambos ejemplos son apenas indicios de una mentalidad para la cual las mujeres éramos —o somos, porque esa mentalidad no ha muerto— si acaso ciudadanas de segunda categoría.

Y lo peor para las mujeres es que el hogar es el lugar más peligroso para ellas. Aun cuando la adopción de instrumentos tales como los que acaban de señalar todas mis antecesoras, entre otros, la Convención de Belém do Pará, expresamente consideran la violencia contra las mujeres como un tema de derechos humanos. Sin embargo, el Estado no se hace responsable por prevenirla, investigarla y sancionarla y los índices de maltrato, abuso y violación que sufren las mujeres, lejos de disminuir, han aumentado, dando un triste resultado que se incrementa, por ejemplo, en los campeonatos deportivos como el último mundial de futbol. El servicio de emergencias de nuestro país informó que en Costa Rica este fenómeno se reflejó en que más de 10 mujeres fueran el objeto del desahogo de la ira de su compañero por el mal desempeño de nuestra selección. Eso es cierto, estoy segura, en el resto de América.

La violencia contra la mujer se ha hecho central en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El trabajo de la Corte Interamericana ha sido realmente importante en demostrar y en analizar qué es la discriminación, en qué consisten los problemas para que las mujeres podamos ser visibilizadas en condiciones de igualdad, que se nos considere como seres humanos con acceso a todos los derechos.

En ese sentido, quisiera mencionar algunos casos, muy pocos por el tiempo, pero que resultan importantes señalar, por ejem-

plo, que en el proceso de inspección no deben sufrir discriminación y deben ser protegidas contra todas las formas de violencia en los recintos de detención de las mujeres. Ese es el caso *del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, en el cual la Corte señaló que las mujeres siempre deben ser revisadas por oficiales femeninas, ¿por qué?, porque muy a menudo, precisamente cuando estaban en ese proceso de ingreso a la cárcel, era cuando las mujeres eran violadas, maltratadas, ofendidas. También se pronunció la Corte en los casos *Fernández Ortega* y *Rosendo Cantú* en los que se precisó que la violencia sexual puede calificarse como tortura, aun fuera de las instalaciones públicas y aun si no tiene carácter sistemático.

Un caso muy especial, que ya se mencionó aquí es el caso "*Campo Algodonero*", que se conoce también como el caso de las Mujeres de Ciudad Juárez. Pienso que todos ustedes han oído hablar de las mujeres de Ciudad Juárez, que han muerto por cientos. Relativo a este tema es muy importante que se sepan los motivos de la impunidad de estos hechos. No se investigan ni juzgan diligentemente estos casos, no se ha juzgado a nadie por la muerte de estas mujeres, pero además el Estado pudo prevenir que las mujeres de Juárez fueran asesinadas y nunca lo hizo. Ahí es donde la justicia no está presente y lo que se hace a las mujeres, a menudo se transforma casi en odio, porque cómo es posible que se llegue a matar cientos de mujeres sin que el Estado, a sabiendas de los peligros que corrían, no hizo nada para intervenir.

La Corte también quiso enfocar el valor del cuerpo integralmente considerado, así como la trascendencia de la familia para las mujeres. Costa Rica había prohibido la fecundación *in vitro*. Si ustedes se ponen a pensar, eso implica quitarle el derecho a una familia a tener sus hijos. Aquí yo quisiera decir que cualquier mujer burguesa hubiera podido ir a Panamá, hubiera podido ir a Miami y contar con un tratamiento de fecundación *in vitro*. Pero son precisamente las mujeres pobres, como sucede también con el aborto, las que sufren las consecuencias de este tipo de limitaciones. Ahora, si bien la fecundación *in vitro* es una decisión a menudo de la pareja, es en la mujer en donde se lleva a cabo. Es el vientre de la mujer el que está sujeto a esta fecundación, por

eso fue muy importante la decisión de la Corte Interamericana de permitirla en Costa Rica.

Desafíos pendientes

Como mencionaba al inicio, la discriminación contra la mujer conoce numerosas variantes y muchas de ellas aún deben llegar en forma de casos contenciosos específicos a la Corte Interamericana. No son menores los logros mencionados, los que han forjado el goce de sus derechos políticos, porque detrás se ocultan y permanecen muchos resabios de la dominación, donde el machismo ha sido motivo de orgullo y la condición de la mujer ha sido patente para la postergación, la violencia y la exclusión.

La Corte Interamericana ha hecho aportes sustanciales que sirven para cotejar sus líneas con las de los otros órganos de protección en distintas regiones del mundo. Muy importante la reunión de estos días con la Corte Africana y con la Corte Europea, con el sistema de Naciones Unidas, para sustentar, en el futuro, el litigio estratégico que permita aumentar su doctrina sobre los derechos de las mujeres.

Yo quisiera decir aquí que la mujer ya sabe que debe luchar contra la opresión. La mujer ya sabe que no debe ser humillada. La mujer ya sabe y, fundamentalmente, sabe que no está sola, que somos muchas las que compartimos en algún momento de nuestras vidas la angustia, la tristeza y la humillación de ser el segundo sexo. Pero sabe, además, que estamos luchando hombres y mujeres con sana indignación para superar las trabas milenarias de la miseria y la opresión, para que unidos hombres y mujeres podamos, en palabras de Jorge de Bravo "quemar la esclavitud y emerger transparentes como vasos".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los desafíos para la vigencia de los derechos humanos de las mujeres en la región

*Cecilia Medina Quiroga**

Introducción

Podría parecer una observación obvia afirmar que las mujeres somos seres humanos. En tanto lo somos, tenemos derechos humanos. Sin embargo, esta constatación, que no parece necesitar de prueba ni aclaración algunas, ha sido insuficiente para que aquéllos que deben aplicar las normas de derechos humanos a las mujeres, nacional o internacionalmente, lo hayan hecho de manera adecuada cuando se han enfrentado a una violación de derechos humanos de una mujer, en tanto mujer.[1]

La cultura, las costumbres, los usos asignaron por siglos un rol para cada sexo y el nuestro fue el del sometimiento en la vida diaria y, en materia de aplicación de las normas de derechos humanos, el de la invisibilidad. Tanta conciencia hubo en

---

* Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 2008-2009.

1 La Corte se ha preocupado por enfatizar que no todas las violaciones de derechos humanos cuyas víctimas son mujeres son susceptibles de ser tratadas con perspectiva de género. Ver, entre otros, Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 279; o *Caso Vereda de la Esperanza vs. Colombia*. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 341.

los redactores del primer tratado universal y general de derechos humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (el Pacto), respecto de la influencia de la visión cultural predominante sobre la posición de las mujeres en la sociedad, que el Pacto consagró, además de las normas de prohibición en razón del sexo en los artículos 2 y 26, una disposición adicional para establecer, específicamente y más allá de la protección general, que las mujeres debían gozar del respeto y garantía de estos derechos. La premonición de los redactores del Pacto resultó ser acertada. Han pasado muchos años y todavía no se ha levantado completamente el velo que oculta a las mujeres de la preocupación de los órganos de protección.

Esto no es extraño. Las normas de derechos humanos son generales; requieren, por tanto, de un contenido específico que es proporcionado por la jurisprudencia al resolver casos concretos. La jurisprudencia, a su vez, se crea por los jueces, seres humanos igualmente influidos por la cultura en la cual crecieron y se educaron. En términos de los derechos humanos de las mujeres, esto ha significado que desde el inicio de los sistemas de protección haya existido una incapacidad en los órganos de supervisión de derechos humanos tanto nacionales, como regionales y universales, para extraer las consecuencias de la obligación de garantizar el goce de los derechos cuando sus titulares son mujeres.

El velo se está levantando poco a poco, a lo cual ha contribuido significativamente el esfuerzo de las mujeres que han luchado incansablemente para avanzar en este proceso. Ha habido movimientos a lo largo y a lo ancho del mundo con el propósito de conseguir lo que en Naciones Unidas se llamó, de manera general, "gender mainstreaming", es decir, para este caso, instalar los derechos humanos de las mujeres en el cauce principal del río.

La Corte Interamericana y la protección de los derechos humanos de las mujeres

No pretendo aquí hacer un estudio exhaustivo de los casos en que la Corte ha incorporado a las mujeres en su esfera de protección desde la perspectiva antes anotada. Lo que haré es dar

pinceladas de los aspectos relevantes de las sentencias que introducen esta perspectiva de género en la jurisprudencia. Tampoco será este un recuento cronológico de los avances en esta materia. La forma en que se desarrolla la jurisprudencia de la Corte no se presta para esto.

Primero, porque la Corte no elige sus casos; examina los que le son enviados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) o, eventualmente, por algún Estado. Segundo, porque la Corte no ha actuado siempre *motu proprio* para hacerse cargo de la inclusión; los avances han sido inducidos, sobre todo en el comienzo, por la participación de otros actores.

No es extraño que el primer avance en la protección de los derechos de las mujeres desde una perspectiva de género se dio en el tema de la violencia. No existen razones plausibles para rechazar la violencia como una violación del derecho a la integridad personal, sin perjuicio de que ciertas formas de violencia ejercidas en contra de las mujeres fueron, y siguen siendo, justificadas con el pretexto de que el Estado tiene la obligación de respetar la vida privada y el concepto culturalmente impuesto de que las mujeres deberían de vez en cuando recibir un correctivo o sobrellevar las consecuencias de un comportamiento estimado poco adecuado por una sociedad patriarcal. Pero tampoco fue el tema de la violencia en este último sentido anotado el que hizo a la Corte emprender el camino de tomar en consideración la perspectiva de género y cambiar su enfoque.

La constatación de atentados extremadamente graves contra las mujeres en su condición de tales, cometidos en situaciones de violencia masiva, inició un camino que permitió introducir en la Corte la perspectiva de género respecto de todo tipo de violencia, impulsada por terceros actores. En *Plan de Sánchez*, fue una observación de una experta la que permitió poner alguna atención adicional al tema de la violación sexual de mujeres y niñas en las masacres.[2] En *Castro Castro*, fue la interventora común la que

[2] Ver testimonio de la psicóloga española Nieves López Dupuis en la audiencia del caso: *https://soundcloud.com/corteidh/sets/caso-masacre-plan-de-sanchez-vs-guatemala-23-04-04*

puso en el tapete la perspectiva de género.[3] En "*Campo Algodonero*", fue la Comisión Interamericana la que presentó el caso en esos términos. Lo anterior muestra que el avance de la supervisión internacional se desarrolla con la participación de distintos actores y ello permite no solo dicho avance, sino que crea condiciones para que éste perdure. Si falla uno de esos elementos, es posible que los precedentes no sean firmes.

Los comienzos de la Corte en este tema no fueron auspiciosos, como no lo habían sido los de la Comisión Interamericana. A pesar de que la Comisión tuvo un empezar deslumbrante cuando inició sus funciones e ideó procedimientos de investigación, denuncia y control de las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos en la región, la situación de las mujeres no fue nunca abordada. Los informes sobre países de principios de los años 60 demoraron hasta 1995 para examinar en particular el problema de la violencia contra las mujeres.[4]

Sin perjuicio de esta carencia en la protección de las mujeres, sería incorrecto decir que la Corte las ignoró totalmente en el pasado. En su Opinión Consultiva [5] invocó, entre otros tratados, el Convenio de Montevideo sobre la nacionalidad de la mujer de 1933, la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada y la Convención sobre toda forma de discriminación contra la Mujer para concluir que es una discriminación incompatible con la Convención Americana que se establezcan condiciones preferentes para la naturalización por causa de matrimonio a favor

[3] Ver Escrito de solicitudes, argumentos y pruebas presentado por la interviniente común, Mónica Feria Tinta en *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/expedientes/esap3.pdf*

[4] Véase Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Haití, OEA/Ser.L/V.88 Doc. 10 rev., febrero 9, 1995. Sobre la historia del tratamiento de las mujeres en la Comisión, ver Medina, C., "The Inter-American Commission on Human Rights and Women, with Particular Reference to Violence", publicado en The Role of the Nation-State in the 21st Century. Human Rights, International Organizations and Foreign Policy, Essays in Honour of Peter Baehr, Monique Castermans-Holleman, Fried van Hoof & Jacqueline Smith (eds.), Kluwer Law International, La Haya, 1998, pp. 117-134.

[5] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984.

de uno solo de los cónyuges.[6] Por supuesto, ese no era un avance novedoso, porque ya existían dos tratados que regulaban el tema.

Además, la disposición que se consultaba podía también mirarse como discriminatoria hacia los hombres, porque les impedía adquirir una nacionalidad que quizás los beneficiaba, ya que la vinculación con la mujer no podía proporcionársela. En esta área, formas de discriminación mucho más significativas no fueron enfrentadas, tales como las que responden a privilegios ancestrales de los hombres relacionados con el transcurrir de la vida familiar: igualdad dentro del matrimonio, igualdad respecto de los hijos del matrimonio, hasta llegar a temas que afectan la esencia misma del ser humano, como el dominio de las mujeres sobre su propio cuerpo.

La Corte depende de la Comisión o de los Estados para poner en movimiento su jurisdicción contenciosa y la Comisión, por muchos años, no envió a la Corte ningún caso en que se refiriera de manera clara a violaciones de derechos humanos de mujeres. Sin embargo, la Corte tuvo oportunidad para abordar estas materias, pero fue claramente renuente a pronunciarse sobre la situación de las víctimas que eran sujetos de la violación de sus derechos en tanto mujeres, probablemente, debido al sesgo cultural de los jueces.[7] Uno de estos casos fue el de Loayza Tamayo contra Perú en el que la Corte, invocando "la naturaleza del hecho" no aceptó como suficientes las pruebas de la violación sexual de la señora Loayza Tamayo, en tanto había aceptado esas mismas pruebas —la existencia de un patrón de ese tipo de violaciones— para dar por acreditadas otras formas de tratamiento cruel, inhumano o degradante contra los presos.[8]

---

6 La disposición estudiada establecía que adquiriría la nacionalidad costarricense "[l]a mujer extranjera que al casar con costarricense pierda su nacionalidad, o que manifieste su deseo de ser costarricense".

7 Ver Patricia Palacios, "The Path to Gender Justice in the Inter-American Court of Human Rights", Texas Journal of Women and the Law, 17 (2), pp. 227-295. ISSN 1058-5427, donde examina casos en que, en su opinión, la Corte debió haber considerado el problema con una perspectiva de género.

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

La jurisprudencia de la Corte

Desde el caso *Masacre de Plan de Sánchez vs. Guatemala* (2004), la Corte comienza a introducir en sus sentencias la consideración de las mujeres como víctimas debido a su condición de mujeres. En Plan de Sánchez hubo una masacre de indígenas maya —alrededor de 270 personas— donde muchas mujeres fueron asesinadas y otras violadas.

Las violaciones sexuales de mujeres formaban parte de los hechos que el Estado reconoció como ocurridos y la Corte, sobre esa base, decidió escuetamente que hubo una violación del derecho a la integridad personal y del derecho a la protección de la honra y de la dignidad de las mujeres violadas.[9] En el procedimiento sobre reparaciones, la Corte hizo especial mención de que uno de los hechos probados era la práctica de la violación sexual por el Estado "dirigida a destruir la dignidad de la mujer a nivel cultural, social, familiar e individual", afirmando que los sufrimientos de las mujeres que habían sido violadas sexualmente persistían no solo por la violación misma, como por las consecuencias que acarreaba en su vida el tener que vivir en el mismo lugar de los victimarios y ser percibidas por su comunidad como "estigmatizadas".[10]

La Corte pidió, como medida para mejor resolver, una lista de las mujeres violadas con el fin de otorgarles una reparación adicional por esa infracción, pero la lista no le fue proporcionada. Esto impidió que se concediera una reparación individualizada. Una petición de la Comisión para que la Corte ordenara al Estado diseñar "planes de ayuda para la recuperación, rehabilitación y reinserción plena en la comunidad de las mujeres víctimas de violación sexual"[11] fue acogida por la Corte sin diferenciar entre las víctimas a aquéllas que habían sido violadas, pero ordenando que "al proveer el tratamiento psicológico y psiquiá-

[9] Corte IDH. *Caso Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105, párrs. 42.18 y 52.3.

[10] Corte IDH. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116, párr. 49.19, aceptando así lo afirmado por la perita.

[11] *Ibidem*, párr. 90.i.

trico se deben considerar las circunstancias particulares de cada persona, las necesidades de cada una de ellas, de manera que se les brinden tratamientos colectivos, familiares e individuales".[12] La violación sexual fue de allí en adelante nunca ignorada, sino siempre reconocida y vista como una violación específica a la integridad personal y a la honra y dignidad de la víctima.[13]

La sensibilidad de la Corte frente a la violencia contra la mujer comenzó a profundizarse en el caso *Castro Castro vs. Perú*. El caso fue enviado por la Comisión Interamericana sin invocar específicamente el tema del género. Afortunadamente, esta circunstancia fue introducida por la interviniente común, que introdujo la idea, recurriendo para ello a la Convención de Belém do Pará y pidiendo que se declararan violadas varias disposiciones de dicho tratado.[14]

Por primera vez, la Corte introduce un importante cambio de vocabulario al calificar como violencia sexual a la desnudez de las mujeres custodiadas por hombres y al utilizar una definición amplia de violación sexual tomada de la sentencia en el caso *Akayesu* de la Corte Penal Internacional de Ruanda.[15] No se refiere aún al concepto de "género",[16] pero incorpora en su análisis el *corpus juris* de la mujer —la Convención de Belém do Pará[17] y la Convención para la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer— que sí lo contienen.

Una observación de la Corte, que podría considerarse menor, es, sin embargo, un excelente ejemplo de cómo la Corte es capaz de sobrepasar el concepto de que el destinatario modelo al

---

12 *Ibidem*, párr. 107.

13 Ver, entre otras sentencias, las de los casos de masacres, tales como *Masacres de Ituango vs. Colombia, El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala.*

14 Ver Escrito de solicitudes, argumentos y pruebas presentado por la interviniente común, Mónica Feria Tinta, *cit*.

15 ICTR, *Case of Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*. Judgment of September 2, 1998. Case No. ICTR-96-4-T, párr. 688.

16 El juez Cançado Trindade se refiere al género de manera prolífera en su voto concurrente.

17 Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

cual se aplica la norma es un hombre, generalmente con ciertas características, entre otras raciales, y que son las necesidades de protección de los derechos del hombre lo que guía la interpretación.[18] Me refiero al párrafo 319 donde la Corte, no aceptando la explicación del Estado de que el reglamento de la cárcel contenía reglas neutras hechas "para todos los presos", decidió que el desatender las necesidades fisiológicas de las mujeres, ciertamente diferentes a las de los hombres, constituía una discriminación que afectaba el derecho a la integridad personal de las mujeres detenidas. Esta decisión de la Corte es una poderosa señal de que el hombre no constituye "la regla general". La sentencia de la Corte en *Castro Castro* señaló un camino que se ha seguido en otros casos de violencia contra la mujer.[19]

Un avance aún más significativo se dio con la sentencia de "*Campo Algodonero*".[20] Este litigio muestra cómo puede aplicarse la jurisprudencia de la Corte, resultado de innumerables casos de violencia política masiva, a un caso en que lo que se discutía era la violencia estructural contra mujeres, incorporándolas así claramente a la protección general de la Convención Americana. La inspiración del tratamiento de "*Campo Algodonero*" viene desde *Velásquez Rodríguez*[21] y las sentencias que siguieron a esta en materia de desapariciones forzadas.

El método empleado en *Velásquez Rodríguez* fue el siguiente: se acreditó que en la época de la desaparición de Velásquez habían muchas desapariciones; que estas desapariciones tenían

[18] En los casos de personas indígenas, la Corte ha considerado su especificidad para determinar el modo cómo debe protegérselos. La idea aparece clara en el voto concurrente del juez Sergio García Ramírez en la sentencia de reparaciones del caso *Bámaca Velásquez*. Ver Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, apartado 2.

[19] Ver, por ejemplo, las sentencias en los casos *J. vs. Perú*. Sentencia de 7 de noviembre de 2013. Serie C No. 235 y *Espinoza González vs. Perú*. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289.

[20] Corte IDH. *Caso González y otras vs. México ("Campo Algodonero")*. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

[21] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

un *modus operandi* similar que demostraba un patrón (vehículos usados, tipo de personas hechas desaparecer, actitud de los que secuestraban, generalmente a plena luz del día y sin intervención de la policía que estaba presente en el lugar); que los recursos de amparo invariablemente habían sido rechazados; y finalmente, que Velásquez había desaparecido en esas mismas circunstancias. Esto llevó a la Corte a sostener que, aunque no se hubiera probado que los agentes que llevaron a cabo el secuestro eran agentes del Estado (en el caso se acreditó que sí lo eran), la desaparición de Velásquez —que era solo una instancia en el conjunto de desapariciones— hacía incurrir al Estado en una violación de la Convención, porque era imposible que en un Estado donde imperaba el Estado de derecho pudiera haber habido un número tan significativo de desapariciones en un año.[22]

Este método se siguió en el caso "*Campo Algodonero*": se examinó el contexto, se demostró que hubo muchos secuestros en Ciudad Juárez, que la justicia y la administración no habían respondido, que las víctimas tenían características similares (jóvenes de entre 15 y 25 años, estudiantes o trabajadoras de maquilas o de tiendas u otras empresas locales) y que, por lo tanto, el Estado había violado los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal de las víctimas en relación con la obligación general de garantía que le imponía la Convención Americana. También ejemplo de este cambio en la forma como la Corte comenzaba a establecer este tipo de violaciones se observa en las innumerables veces que la sentencia habla de la impunidad, palabra generalmente reservada para los casos con trasfondo político.

Por otra parte, el caso "*Campo Algodonero*" se inicia por una presentación de la Comisión Interamericana en la que invoca la Convención de Belém do Pará e incluye la denuncia de la falta de prevención de los crímenes de que da cuenta, "pese al pleno conocimiento de la existencia de un patrón de violencia de género que había dejado centenares de mujeres y niñas asesinadas". Esto permitió poner el foco de la sentencia en los derechos humanos de las mujeres en tanto mujeres, e introducir el examen de la perspectiva de género. La Corte expresa que "el fin del sistema

[22] *Ibidem*, párr. 182.

de peticiones consagrado en el artículo 12 de la Convención Belém do Pará es el de fortalecer el derecho de petición individual internacional a partir de ciertas precisiones sobre los alcances del enfoque de género" y agrega que Belém do Pará se adoptó como consecuencia de "una preocupación uniforme en todo el hemisferio sobre la gravedad del problema de la violencia contra la mujer, su relación con la discriminación históricamente sufrida y la necesidad de adoptar estrategias integrales para prevenirla, sancionarla y erradicarla".[23]

El enfoque de género adoptado por la Corte en este caso se expresó en distintas áreas. En términos de prevención, teniendo como trasfondo el hecho de que se trataba de un problema estructural, señala la obligación del Estado de prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que pudiera proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. El acento que pone la Corte en la prevención se advierte en el considerando en que la sentencia señala que la ausencia de una política general de prevención —que debió comenzar en este caso cuando el Estado tuvo conocimiento del patrón de violencia contra las mujeres existente en el lugar— aunque no constituía una violación de derechos "es una falta del Estado en el cumplimiento general de su obligación de prevención".[24] La sentencia continúa con este enfoque declarando que en la base de estos crímenes hay un problema cultural de fondo que dice relación con una preconcepción de "atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente",[25] es decir estereotipos.

Con esto la Corte incorpora al análisis el artículo 5 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), un elemento del *corpus juris* sobre las mujeres, que establece la obligación de modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres para terminar con la discriminación que afecta a estas en todos los as-

23 *Ibidem*, párr. 61.

24 *Ibidem*, párr. 28. Véase en este punto el *Caso Gutiérrez y familia vs. Guatemala*. Sentencia de 24 de agosto de 2017. Serie C No. 339, párr. 139.

25 *Ibidem*, párr. 401.

pectos de su vida. En lo procesal, señala la obligación del Estado de aplicar una estricta debida diligencia tanto en las averiguaciones previas como en el proceso mismo; para ello la Corte señala estándares de investigación para casos individuales que están insertados en un patrón.

La Corte se expande en las garantías de no repetición ordenando al Estado llevar a cabo campañas de educación no solo para los agentes del Estado, sino que a la población misma del país. Las garantías tienen como norte un cambio importante en la cultura; lo que se espera de su cumplimiento no es un mero aprendizaje de normas de derechos humanos, sino el desarrollo de capacidades para reconocer la discriminación que sufren las mujeres en su vida cotidiana. Las decisiones de "*Campo Algodonero*" se reflejaron posteriormente en varios casos,[26] que han dado solidez a este enfoque, sin perjuicio de que el seguimiento de este nuevo enfoque fue, en un principio, débil.[27]

La incursión y avance de la Corte en la integración de las mujeres a una protección más completa de sus derechos humanos ha alcanzado también el tema de los derechos sexuales y reproductivos. El caso *Artavia Murillo*[28] —que examina la prohibición de la fertilización *in vitro* en Costa Rica, fundamentada en ese país por el artículo 4.2 de la Convención Americana— es el que inicia el tratamiento de estos derechos por la Corte.

La invocación por el Estado del artículo 4.2 de esta Convención exigió que la Corte se pronunciara sobre el estatus del feto frente a los derechos humanos. La Corte hizo un detallado análisis de dicho artículo utilizando los distintos métodos de interpreta-

---

26 Véase, por ejemplo, Corte IDH. *Caso Gutiérrez y familia*, nota 18, donde se repiten las decisiones de "*Campo Algodonero*" en el tema de la investigación y procesamiento de la desaparición de una mujer. Más severa fue aún la Corte cuando la víctima de una violación sexual fue una niña que fue particularmente maltratada por la autoridad (Corte IDH. *Caso VPR vs. Nicaragua*. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350).

27 Ver, por ejemplo, reparaciones en *Caso* F*ernández Ortega vs. México*. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párrs. 279 y 280, y *Rosendo Cantú vs. México*. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.

28 Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257.

ción, la jurisprudencia de otros tribunales internacionales, el derecho comparado y el principio de la aplicación de la interpretación más favorable a la persona para concluir que "la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general".[29] Como consecuencia de ello, la Corte niega al feto la calidad de titular de derechos humanos y rechaza la justificación de la prohibición de la fertilización *in vitro* sobre la base del artículo 4.2.

Esta decisión, además, alcanza al tema de la prohibición del aborto, ya que es el *estatus* del feto el que se utiliza para privar a la mujer de la libertad para terminar un embarazo no deseado, que muchas legislaciones nacionales no aceptan porque le asignan al feto el carácter de titular del derecho a la vida.

Habiendo resuelto ese punto, la Corte examina si la prohibición de fertilización *in vitro* implica una violación del derecho a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, la salud sexual y reproductiva; el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación. La Corte liga el derecho a la vida privada con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho.

La decisión de tener hijos por medio de inseminación artificial "es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja". Esta segunda faceta concierne a hombres y mujeres (de hecho, hubo en este caso víctimas de ambos sexos) y es posible examinar la prohibición sin recurrir al análisis de si esto constituye discriminación en contra de la mujer, por la vía de verificar si la restricción a estos derechos cumple con las reglas de la Convención Americana.

La Corte lleva a cabo este análisis para llegar a la conclusión de que la prohibición es incompatible con las normas de la Con-

[29] *Ibidem*, párr. 264.

vención.[30] Sin perjuicio de ello, al utilizar el prisma del género, la Corte percibe diferencias en el impacto que la prohibición de la fertilización *in vitro* tiene para las mujeres. En primer lugar, sin avalar la situación como correcta, la Corte advierte que, en la cultura imperante en la sociedad hasta hoy, hay mujeres que se sienten incompletas, en falta, cuando no tienen la capacidad de fertilización, porque la ven como una parte fundante de su identidad de género. La Corte está consciente de que este es un estereotipo, pero en cuanto está vigente en la sociedad, lo toma en consideración para apreciar el sufrimiento que esta violación de derechos trae consigo. En segundo lugar, son las mujeres las que pueden tener hijos, aun sin tener pareja, por lo que la prohibición de la fertilización *in vitro* tiene el potencial de afectarlas de manera más general.

El tema de los derechos sexuales y reproductivos fue tratado nuevamente en el caso *I. V. vs. Bolivia*.[31] La víctima había sido sometida a una cesárea y a una ligadura de trompas y su queja se refería a que este último procedimiento se había realizado sin su consentimiento. La sentencia recorre la violación de varios derechos a la luz del prisma de la perspectiva de género. Se examina en el artículo 11, el derecho a la dignidad y a la vida privada. El reconocimiento de la dignidad tiene para la Corte un aspecto central: "la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones".[32] La sentencia sostiene que el derecho a la vida privada incluye el "derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior" y cubre la autonomía reproductiva y el acceso a los servicios de salud reproductiva, reafirmando así lo avanzado en el caso *Artavia Murillo*.

30 Un caso similar, *Gómez Murillo y otros vs. Costa Rica*. Sentencia de 29 de noviembre de 2016. Serie C No. 326, terminó con la homologación por la Corte de un arreglo amistoso que siguió las líneas de la sentencia de *Artavia Murillo*.

31 Corte IDH. *Caso I. V. vs. Bolivia*. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329.

32 *Ibidem*, párr. 150.

El artículo 11 está también ligado al derecho a fundar una familia y a procrear.[33] Agrega la Corte que este derecho a la vida privada y el derecho a la integridad personal está íntimamente vinculado al derecho a la salud.

Todo esto lleva a la Corte a afirmar que el Estado tiene no solo la obligación de respetar las decisiones de las personas, sino además debe garantizar el acceso a la información relevante para que las decisiones se puedan tomar de manera informada.[34] Lo interesante de esta sentencia, en términos de la perspectiva de género, es la aplicación de estas obligaciones al derecho a la autonomía de las mujeres para decidir sobre su propio cuerpo, autonomía que a menudo le ha sido negada de derecho o de hecho en el ámbito nacional. La Corte comienza por examinar "los parámetros establecidos en el derecho internacional para este tipo de actos médicos al momento de los hechos", que exige para la realización de estos actos un consentimiento libre e informado, cambiando la noción de un médico paternalista que decide por el paciente a una en que hay una participación de la mujer en todo el proceso de toma de la decisión.[35]

El concepto de conocimiento lleva consigo el derecho a ser informado. La Corte enfatiza este requerimiento al señalar que debe ser "una decisión previa de aceptar o someterse a un acto médico en sentido amplio, obtenida de manera libre, es decir, sin amenazas ni coerción, inducción o alicientes impropios, manifestada con posterioridad a la obtención de información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible, siempre que esta información haya sido realmente comprendida, lo que permitirá el consentimiento pleno del individuo".[36] El contenido de la obligación de informar en este caso, una esterilización, es objeto de varios considerandos, dado el efecto que esta operación tiene para el derecho de la mujer de procrear y la enorme influencia que los estereotipos de género tienen en el actuar del personal médico.[37]

[33] *Ibidem*, párr. 151.

[34] *Ibidem,* párr. 154.

[35] *Idem*.

[36] *Ibidem,* párr. 165.

[37] *Ibidem*, párrs. 188 y ss.

En esta sentencia, la Corte no solo pone límites a los médicos, sino que también al Estado en general y a los terceros.[38] La Corte estima que la obligación de obtener el consentimiento informado implica "el establecimiento de límites a la actuación médica y la garantía de que estos límites sean adecuados y efectivos en la práctica, para que ni el Estado, ni terceros, especialmente la comunidad médica, actúe mediante injerencias arbitrarias en la esfera de la integridad personal o privada de los individuos, especialmente en relación con el acceso a servicios de salud, y para el caso de las mujeres, servicios de planificación familiar u otros relacionados con la salud sexual y reproductiva".[39]

Este punto ha sido ya objeto de otras sentencias, pero el tema del consentimiento es particularmente importante para las mujeres que a menudo son consideradas como incapaces de tomar una decisión sensata, aunque sea respecto de sus propios cuerpos; no es extraño encontrar todavía legislaciones o prácticas que no permiten a una mujer realizarse la operación de ligar las trompas sin que concurra el marido para dar su consentimiento. Los estereotipos de género funcionan en este campo de manera frecuente. La Corte los considera para evitar que en este tipo de situaciones se apliquen a las mujeres los estereotipos de vulnerabilidad, incapacidad de tomar decisiones confiables o consistentes, volubilidad e impulsividad, así como también la idea de que la planificación familiar descansa solo en ellas. Una muestra de esta mirada en el caso *I. V.* es que los médicos trataron de ubicar al marido de la víctima para que él diera su consentimiento a la esterilización.[40] Finalmente, la Corte sostiene que esta esterilización sin consentimiento de la mujer es un acto de violencia y de discriminación contra la víctima que implica una violación de la Convención de Belém do Pará.[41]

La próxima incursión de la Corte en su camino hacia la integración de los derechos humanos de las mujeres al sistema de supervisión general fue el tratamiento de la orientación sexual.

38 *Ibidem*, párrs. 160 y 181.

39 *Ibidem*, párr. 162.

40 *Ibidem*, párrs. 184 y 186, 242.

41 *Ibidem*, párr. 254.

En este tema se observa cómo el tema del género se amplía amparando allí también a los hombres que son discriminados por esta causa.

El primer caso, paradigmático, fue el de *Atala vs. Chile*,[42] que declara que Chile ha violado la Convención Americana por una decisión de su Corte Suprema que no permitió que la señora Atala siguiera a cargo del cuidado de sus hijas por ser lesbiana y vivir con su pareja y ellas en el mismo lugar. La demanda ante los tribunales chilenos fue deducida por el marido de la señora Atala, quien argüía que la señora Atala no estaba capacitada para velar y cuidar de sus hijas porque su opción sexual y su convivencia con otra mujer podrían producir daño a las niñas y, además, porque esta situación alteraba "el sentido natural de la familia".[43] La Corte Suprema chilena estuvo de acuerdo con el demandante invocando el interés superior del niño, que se podría ver perjudicado por la discriminación que la sociedad tenía respecto de la homosexualidad y por la posible confusión de roles que tendrían las niñas. Afirmó que existía un "derecho preferente de las menores [de edad] a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio".[44] La Corte Suprema chilena sostuvo, finalmente, que ser homosexual era legítimo, pero anteponer el ejercicio de esa preferencia al interés superior del niño era inadmisible.[45] En definitiva, el criterio de la Corte Suprema legitimó la discriminación ejercida por el medio social.

La Corte Interamericana expresó que la orientación sexual es una característica innata o inherente a la persona y que, como tal, está protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana bajo la expresión "o cualquiera condición social".[46] Para ello, invoca, entre otras, las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de los Comités de ambos Pactos Universales

[42] Corte IDH. *Caso Atala Riffo vs. Chile*. Sentencia de 24 de enero de 2012. Serie C No. 239.

[43] *Ibidem*, párr. 31.

[44] *Ibidem*, párr. 141.

[45] *Ibidem*, párr. 56.

[46] *Ibidem*, párrs. 87 y 92.

y la Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género de la Asamblea General de las Naciones Unidas de fecha 22 de diciembre de 2008.[47] Siendo esto así, tratar a una persona de manera diferente por esta orientación requería un estricto escrutinio y no era compatible con la Convención dar como razón para la decisión la posible discriminación contra las niñas por el modo en que la sociedad chilena percibía la homosexualidad; una discriminación no podía ser validada acudiendo a otra discriminación histórica y estructural contra los homosexuales. Tampoco era esa una razón adecuada para garantizar la protección del interés superior del niño.[48]

De la misma manera, la Corte Interamericana rechazó el argumento de que la Convención Americana protege una sola forma de familia,[49] como rechazó también el argumento de la Corte chilena de que la señora Atala había antepuesto su preferencia sexual al interés de sus hijas, sosteniendo que "el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de ser homosexual, en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas".[50] Todos estos hechos constituían una violación del artículo 24 de la Convención Americana que asegura la igualdad ante la ley.[51] El modo como los tribunales chilenos manejaron el juicio significó una interferencia ilegítima de la vida privada de la señora Atala, al someter a esta a una "exposición y escrutinio" innecesarios, puesto que "la orientación sexual es parte de la intimidad de una persona y no tiene relevancia para analizar aspectos relacionados con la buena o mala paternidad o maternidad";[52] así, se violó también el artículo 11 de la Convención. Por último, se violó también el artículo 17, ya que separó a las hijas de su madre sin razones justificadas.[53]

47 *Ibidem*, párrs. 83 y ss.

48 *Ibidem*, párrs. 92, 111 y 119.

49 *Ibidem*, párr. 145.

50 *Ibidem*, párr. 133.

51 *Ibidem*, párr. 155.

52 *Ibidem*, párrs. 166 y 167.

53 *Ibidem*, párr. 170.

El concepto de género, desarrollado en la lucha de las mujeres por la igualdad, no ha sido útil solo para ellas. Abrió el mundo de los derechos humanos a otros que, por diversos motivos culturales, estaban también sufriendo el atropello de sus derechos humanos. De este modo, los estereotipos de género con los que se discrimina a los hombres han sido objeto de algunos casos examinados por la Corte.

El caso de Leonardo Fornerón muestra cómo los estereotipos juegan en contra de los deseos de un padre de hacerse cargo de su hija cuando la madre ha manifestado su voluntad de darla en guarda a terceros. El señor Fornerón pidió la entrega de su hija a los cuatro meses de haber nacido esta y la sentencia judicial demoró años para decidir que, como había transcurrido tanto tiempo, era contrario al interés de la menor que cambiara su guarda para irse a vivir con su padre. Poco después de iniciado este primer procedimiento, en el año 2001, el señor Fornerón solicitó un régimen de visitas y recién en 2005 él y su hija pudieron conocerse por una única vez. La Corte Interamericana señaló que "no consta que en más de once años se haya dispuesto judicialmente un régimen de visitas que hubiera permitido la vinculación entre padre e hija".[54]

Las razones de la sentencia de primera instancia, que fue la que en definitiva quedó firme, fueron del siguiente tenor: que no había un "noviazgo formal de más de 12 meses" entre el señor Fornerón y la madre de la niña; que la niña no había sido "resultado del amor ni del deseo de formar una familia"; que la madre de la menor se oponía con fuerza a la entrega de la niña al padre; que había, por lo tanto, una "ausencia de una familia biológica", y que había ocurrido ya demasiado tiempo para separar a la niña del matrimonio que la tenía desde que ella había nacido. La sentencia agregó que, de accederse a entregar la hija a su padre, esta "no contaría con una familia biológica, entendiéndose por tal al padre y a la madre, faltándole en consecuencia [...] la presencia maternal" y que como el padre biológico no conoce a la menor y no está casado "la niña no contaría con una madre, lo cual "[añadiría] un [...] elemento que perjudicaría a su salud mental y seguramente física".[55]

[54] *Ibidem*, párr. 122.

[55] *Ibidem*, párrs. 33 y 91.

La Corte Interamericana rechazó todas estas razones, que consideró que eran producto de los estereotipos, "ideas preconcebidas sobre el rol de un hombre y una mujer en cuanto a determinadas funciones o procesos reproductivos, en relación con una futura maternidad y paternidad".[56] La Corte insistió estimando que esto era una "denegación de un derecho basada en estereotipos sobre la capacidad, cualidades o atributos para ejercer la paternidad de manera individual, ello sin haber considerado las características y circunstancias particulares del progenitor que quiere, en su individualidad, ejercer su función de padre".[57] Tal como lo había hecho en el caso *Atala*, desechó también la idea de un mode lo único de familia y de la posibilidad de determinar cuál era el interés superior del niño a partir de presunciones y estereotipos.[58] Todas estas razones llevaron a la Corte a decidir que hubo una violación de los artículos 17 y 19 de la Convención Americana. Consideración aparte mereció la decisión de declarar la violación del artículo 8.1 de la Convención. La Corte afirmó que "la particularidad de este caso consistía en que el tiempo que estaba transcurriendo podía generar efectos irreparables en la situación jurídica del señor Fornerón y de su hija", y esa demora era atribuible únicamente a los tribunales de justicia argentinos.[59]

El caso *Duque vs. Colombia* tiene una índole distinta, pero también en este se advierte la influencia de los estereotipos en la resolución de un asunto en el ámbito nacional. Al señor Duque le fue negada una pensión de sobrevivencia a la que tenía derecho por haber sido pareja de J.O.J.G., que era un hombre. La Compañía de Fondos de Pensiones había basado su negativa en el hecho de que conforme a la ley colombiana no eran beneficiarios quienes habían vivido en una unión entre dos personas del mismo sexo.[60] Haciendo uso de su jurisprudencia general y de la que contiene la perspectiva de género, la Corte señala que "una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene

56 *Ibidem*, párrs. 93 y 94.

57 *Ibidem*, párr. 96.

58 *Ibidem*, párrs. 98 y 99.

59 *Ibidem*, párr. 124.

60 Corte IDH. *Caso Duque vs. Colombia*. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, párr. 70.

una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido" y que la orientación sexual está protegida contra la discriminación por el artículo 1.1 de la Convención Americana, por lo que el examen de una diferenciación de trato basándose en dicha causal debe ser riguroso.[61] En este caso, se estimó que el Estado no había dado razones que justificaran esta diferenciación, que no es aceptada en la jurisprudencia internacional ni en muchas legislaciones nacionales, incluyendo a Colombia donde por medio de la sentencia de la Corte Constitucional C-336 de 2008 se decidió que la diferencia de trato basada exclusivamente en la orientación sexual "implica la negación de la validez de su opción de vida y la sanción por el ejercicio de una alternativa legítima, que se deriva directamente de su derecho de autodeterminación y de su dignidad humana".[62] Esta sentencia de la Corte Constitucional fue dictada años después de la fecha en que había producido la situación del señor Duque, por lo que la Corte declaró una violación al artículo 24 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 de la misma.

El tema de los estereotipos ha seguido presente en la Corte. En el caso *de los Hermanos Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*,[63] la Corte declaró la violación de varios derechos de la Convención Americana por haber el Estado privado a dos menores de su familia biológica y haberlos dado en adopción internacional, todo basado en estereotipos de género, de orientación sexual y de posición económica. En la época en que sucedieron los hechos había en Guatemala un contexto de adopciones internacionales irregulares —en esa época privatizadas, es decir, sin intervención del Estado— que representaban un negocio lucrativo para los que participaban en ellas.

En esta sentencia, la Corte reitera las consideraciones hechas en otros casos respecto de la discriminación por los estereotipos

61 *Ibidem*, párr. 106.

62 *Ibidem*, párr. 120.

63 Corte IDH. *Caso Hermanos Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351.

mencionados, pero analiza el caso bajo la prohibición general de discriminación, consagrada en el artículo 1.1, y no como una violación del derecho a la igualdad frente a la ley del artículo 24, ya que los estereotipos de género, sobre orientación sexual y posición económica, "así como que las prácticas opatrones asociados al contexto de adopciones irregulares en Guatemala" habían afectado desproporcionalmente a familias como los Ramírez Escobar, que viven en situación de pobreza.[64]

Discriminar por la posición económica de una persona no está permitido por la Convención Americana, a menos que se cumpla con un test riguroso para probar que las razones para hacer una diferencia son compatibles con el tratado. Nada en el juicio en el ámbito nacional demostró que haya habido razones reales para sostener que la señora Escobar estaba incapacitada para cuidar a sus hijos o que el señor Ramírez no estaba en condiciones de hacerlo, aparte de la situación económica, que no podía ser por sí sola suficiente para justificar esta separación.[65]

Por otra parte, la abuela de los menores, que también estaba dispuesta a cuidarlos, había sido rechazada porque era lesbiana. En el caso del padre, este ni siquiera había sido notificado de que el Estado había privado a la madre de sus hijos y de que estos habían sido dados en adopción internacional. La Corte introduce aquí el concepto de interseccionalidad para relevar la discriminación particularmente fuerte para la señora Ramírez Escobar, sosteniendo que ella por ser una "madre soltera en situación de pobreza, formaba parte de los grupos más vulnerables a ser víctima de una separación ilegal o arbitraria de sus hijos, en el marco del contexto de adopciones irregulares en que sucedieron los hechos de este caso".[66]

Los desafíos pendientes

No todas las personas son poseedoras aún de igualdad en el goce y ejercicio de sus derechos humanos. Numerosas razones conspi-

64 *Ibidem*, párr. 299.

65 *Ibidem*, párrs. 279, 290 y 291.

66 *Ibidem*, párr. 204.

ran contra ello: la raza, la etnia, el concepto de género con que se describe a las mujeres y a otros con orientación sexual diferente. Contra un grupo importante de personas en el mundo conspira la pobreza. La introducción de la perspectiva de género en la supervisión internacional de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos, sin ser la panacea que cura todo, es una muy valiosa herramienta para disminuir la discriminación. Es una realidad que la discriminación afecta a las mujeres particularmente, cualquiera que sea el motivo que se esgrima, porque allí pueden agruparse todas las otras causas de discriminación, además de la del sexo.

No hay duda de que la Corte ha realizado avances significativos con el fin de proteger el ejercicio efectivo de los derechos humanos a todas las mujeres. La mayor tarea pendiente es de responsabilidad de los Estados. El cambio cultural que debe necesariamente producirse para que las mujeres puedan tener un goce efectivo de sus derechos humanos debe llevarse a cabo dentro de los Estados. Sin perjuicio de ello, la Corte puede contribuir, y ha contribuido, al mejoramiento de la situación de varias maneras.

Empezando por lo que la Corte puede hacer por sí misma, sin depender de que los Estados cumplan con sus decisiones, está el lenguaje con que se expresa y la forma en que desarrolla sus consideraciones. Me permito esta licencia de manifestar mi opinión en este punto porque fui jueza de esa Corte y, tal como otros jueces, he debido luchar contra la lengua —que tiende a seguir lo que ha sido su hábito.

Creo que es muy importante evitar que se pueda desprender de las palabras de la Corte una imagen de "la mujer" que se parezca a la del estereotipo. Las menciones de su calidad de madre, de sus sufrimientos adicionales pueden no ayudar, porque pueden dar la impresión de que hay que tener consideraciones especiales con ella por estas circunstancias. Las mujeres no son especiales respecto del resto de la humanidad; son seres humanos.

Las normas y prácticas que los Estados deben cumplir y llevar a cabo, y que la Corte puede exigirles, deben diseñarse teniendo

esto como norte que la guíe.[67] Las mujeres en tanto mujeres, no son vulnerables; su "vulnerabilidad" se deriva de la discriminación con que han sido tratadas por tantos siglos. Eso no significa que no se tome en consideración que los estereotipos son una carga adicional al sufrimiento de la mujer y la Corte acierta al sopesarlos.[68]

Otra contribución de importancia de la Corte es ordenar, de manera consistente, que se entreguen garantías de no repetición que ayuden al cambio, enfatizando en cuanto a que los Estados que infringen la Convención en esta materia deben reformar la situación que producía la violación,[69] sea que esta haya procedido de leyes o de prácticas administrativas o judiciales.

La lucha por los derechos humanos es una lucha histórica. Esto implica una tarea larga y consistente. No es realista pretender soluciones inmediatas. Sin embargo, los progresos que se pueden obtener en este empeño se ilustran, en el caso de la Corte, en la evolución de su jurisprudencia y en la influencia que ella ha tenido en los ámbitos nacionales. Crear conciencia en estos ámbitos, en sus instancias jurisdiccionales, administrativas y en la sociedad civil respecto de la importancia de la tarea que llevan a cabo los órganos internacionales de supervisión, y asumir la obligación cívica de fortalecerlos es algo que debe estar presente en los esfuerzos diarios de todos quienes aspiran a garantizar el respeto de los derechos humanos.

---

67 Piénsese, por ejemplo, en el párr. 119 de la sentencia de *Castro Castro*.

68 Un excelente ejemplo de esto es la manera cómo la Corte habló de los estereotipos en el párr. 302 de la sentencia en *Artavia Murillo*: "La Corte resalta que estos estereotipos de género son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y se deben tomar medidas para erradicarlos. El Tribunal no está validando dichos estereotipos y tan solo los reconoce y visibiliza para precisar el impacto desproporcionado de la interferencia generada por la sentencia de la Sala Constitucional".

69 Como se hizo, por ejemplo, en el caso "*Campo Algodonero*".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los desafíos para la vigencia de los derechos humanos de las mujeres en la región

*Mónica Pinto**

Introducción

En los últimos 40 años, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) ha enriquecido el bagaje de derechos de las personas bajo la jurisdicción de los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) y ha ido educando a los poderes públicos de la región para utilizar criterios de derechos humanos en su actuación.

Con relación a los derechos humanos de las mujeres, el SIDH ha logrado interpretaciones enriquecedoras de derechos explícitamente consagrados en los instrumentos del sistema y también ha ensanchado los límites de esos derechos a fin de cubrir nuevas necesidades devenidas en derechos humanos, capitalizando el activo del Sistema Universal.

En las páginas que siguen me propongo subrayar algunos de esos aspectos y, específicamente, señalar el impacto del derecho internacional de los derechos humanos de las mujeres en los debates de la democracia argentina respecto de la legislación que se propone despenalizar el aborto.

* Profesora y ex Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Cuestiones hermenéuticas

Los órganos del SIDH han adoptado una serie de criterios hermenéuticos que han permitido consolidar y acrecentar el patrimonio de derechos protegidos. Estas decisiones fueron adoptadas por la Comisión y por la Corte Interamericanas de Derechos Humanos y han tenido el mérito de formular pautas que, a la luz del principio *pro persona,*[1] han permitido universalizar las adquisiciones regionales y viceversa. Su importancia es clave en el ámbito específico de los derechos humanos de las mujeres y por ello comienzo estas páginas subrayándolos.

La interpretación de los derechos humanos de las mujeres

En el caso *del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú* (2006), la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que "[...] en cuanto a los referidos aspectos específicos de violencia contra la mujer, esta Corte aplicará el artículo 5 de la Convención Americana y fijará sus alcances, tomando en consideración como referencia de interpretación las disposiciones pertinentes de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer, ratificada por el Perú el 4 de junio de 1996, y la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, ratificada por el Perú el 13 de septiembre de 1982, vigente en la época de los hechos, ya que estos instrumentos complementan el *corpus juris* internacional en materia de protección de la integridad personal de las mujeres, del cual forma parte la Convención Americana".[2]

---

1 Hace muchos años ya, y calificándolo en masculino como entonces nos venía dado, trabajé sobre este concepto. Véase "El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales, Abregú, Martín y Courtis, Christian (eds.), Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)/ Editores del Puerto, 1997, pp. 163-171.

2 Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 276.

Con justeza, la interpretación de los derechos humanos de las mujeres debe considerar todo el contexto de los derechos humanos. Así, los sistemas de derechos humanos, el universal y el regional, deben interpretarse a la luz del principio general *pro persona*. La hermenéutica consiste en combinar normas universales y regionales a fin de constituir un único conjunto normativo.

Este es un aporte importante de la Corte Interamericana en este campo, siguiendo el precedente del caso *Villagrán Morales y otros vs. Guatemala,* "*Niños de la Calle"* de 1999,[3] en el que utilizó la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 como criterio para la interpretación del alcance del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Se trata de un inteligente ejercicio hermenéutico que aplicando el criterio *pro persona,* de aplicación general en este campo, permite lograr una clara y mejor lectura de los derechos humanos de las mujeres a través de principios universales, validados por la comunidad de Estados y el trabajo de los expertos y expertas internacionales.

La discriminación contra la mujer es estructural

La discriminación contra la mujer no refiere al caso de una mujer en específico, sino al de todas nosotras. La mujer es discriminada por ser mujer con independencia de sus acciones concretas. Sucede, pues, que no cabe en este campo valerse de la igualdad formal, sino que se hace necesario situarla en contexto. Por los mismos motivos, la no-discriminación, corolario de la igualdad, requiere también de otras lecturas.

Owen Fiss señala que "el principio de no-discriminación supone una concepción muy limitada de igualdad [y por ese motivo propone] delinear otro principio intermedio —el principio de grupo desaventajado— que tenga un buen argumento, si no uno mejor, para representar el ideal de la igualdad, un principio que dé

[3] Corte IDH. *Caso Villagrán Morales y otros ("Niños de la Calle") vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 194, párr. 194.

mejor cuenta de la realidad social, y que focalice más claramente las cuestiones que deben decidirse en los casos de igual protección de la ley".[4] En la misma línea, Catherine MacKinnon sostiene que "la posición social de las mujeres tiene un lugar particular en el análisis de la desigualdad, mientras que no lo tiene en el análisis de la diferenciación arbitraria. Desde esta perspectiva, la prohibición de la discriminación por sexo aspira a eliminar la inferioridad social de un sexo respecto del otro, y a desmantelar la estructura social que sostiene una serie de prácticas que, en términos de Owen Fiss, se acumulan sobre las mujeres 'desaventajadas'".[5]

El enfoque de la discriminación estructural o desigualdad estructural llega al sistema internacional de protección. Señala Víctor Abramovich que "la perspectiva histórica sobre la jurisprudencia del SIDH marca en nuestra opinión una evolución desde un concepto de igualdad formal, elaborado en la etapa de las transiciones a la democracia en los países de América Latina, hacia un concepto de igualdad sustantivo que se comienza a consolidar en la última década, luego del fin de las transiciones, cuando la temática de la discriminación estructural y los derechos de los grupos discriminados se presentan con más fuerza en el tipo de casos y asuntos considerados por el SIDH".[6] Se trata de una igualdad sustantiva que demanda del Estado un rol activo en la protección de los grupos subordinados.

La sentencia de la Corte Interamericana en el caso conocido como "*Campo Algodonero vs. México*" (2009),[7] esto es la sentencia

---

4 Fiss, Owen, "Groups and the Equal Protection Clause", en Philosophy and Public Affairs, Volumen 5, p. 107, 1976, citado por Saba, Roberto, en Más allá de la igualdad formal ante la ley, p. 58.

5 MacKinnon, Catherine, "Sexual Harassment of Working Women", New Heaven, Yale University Press, 1979, p. 103, citado por Saba, Roberto, en Más allá de la igualdad formal ante la ley, pp. 62-63.

6 Abramovich, Víctor, "Responsabilidad estatal por violencia de género: Comentarios sobre el caso *Campo Algodonero* en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Anuario de Derechos Humanos 2010, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, pp. 167-182, en pp. 168-169.

7 Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

por la desaparición y muerte de tres muchachas en Ciudad Juárez, México, que fue considerado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en casos individuales, se ocupa de esto. La situación también mereció tratamiento de situación de violaciones graves y sistemáticas por la misma CIDH y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) que se ocupó bajo el mecanismo de investigaciones.

Así, "el Informe de la Relatora de la CIDH resalta que aunque Ciudad Juárez se ha caracterizado por un pronunciado aumento de los crímenes contra mujeres y hombres, el aumento en lo referente a las mujeres "es anómalo en varios aspectos", ya que: i) en 1993 se incrementaron notablemente los asesinatos de mujeres, ii) los coeficientes de homicidios de mujeres se duplicaron en relación con los de los hombres, y iii) el índice de homicidios correspondiente a mujeres en Ciudad Juárez es desproporcionadamente mayor que el de ciudades fronterizas en circunstancias análogas".[8]

La Corte consideró el alarmante número de mujeres pobres, incluso niñas, víctimas de estos hechos, en su mayoría trabajadoras de las maquilas, pero también migrantes y estudiantes y dio por probado un patrón de violación de derechos según el cual "las mujeres son secuestradas y mantenidas en cautiverio, sus familiares denuncian su desaparición y luego de días o meses sus cadáveres son encontrados en terrenos baldíos con signos de violencia, incluyendo violación u otros tipos de abusos sexuales, tortura y mutilaciones".[9]

La Corte concluye que "las jóvenes González, Ramos y Herrera fueron víctimas de violencia contra la mujer según la Convención Americana y la Convención Belém do Pará. Por los mismos motivos, el Tribunal considera que los homicidios de las víctimas fueron por razones de género y están enmarcados dentro de un reconocido contexto de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez".[10]

La situación se enmarca en una zona con características peculiares. La frontera de México con los Estados Unidos es, por ra-

8 *Ibidem*, párr. 117.

9 *Ibidem,* párr. 125.

10 *Ibidem,* párr. 231.

zones políticas, desde hace años "sensible" en razón de todos los que llegan a ella con la idea de atravesarla en procura de un futuro mejor. Es una zona permeable, en la que el control policial se ocupa de cuestiones más domésticas en tanto que la delincuencia transnacional organizada hace su trabajo. Además, la zona es indicativa de una pobreza importante; no en términos puramente económicos, sino también por la ausencia de horizonte. El Informe del Comité CEDAW la califica de una "puerta abierta" a mejores oportunidades de trabajo, pero también una "puerta abierta" a la inmigración ilegal y el tráfico de droga.[11] En ese contexto, la pobreza deviene femenina y las mujeres, especialmente las más jóvenes, llegan en busca de empleo bien pagado. Las autoridades no son ajenas a esta situación y cuando menos la toleran.

Sostiene Abramovich que "la Corte IDH examinó la situación de las tres víctimas no solo en función de los hechos particulares que rodearon sus desapariciones y los procesos penales en que se investigaron los crímenes, sino como miembros de un colectivo más amplio que se ve afectado por una situación estructural de violencia y desigualdad, lo que permite entender los crímenes particulares en su real dimensión. De allí que la decisión de la Corte en este caso profundiza una línea jurisprudencial sobre igualdad estructural que se asienta ya en varios precedentes de la propia Corte y de la CIDH. Esta tendencia jurisprudencial del SIDH reafirma la existencia de deberes de acción positiva para los Estados en la protección de colectivos expuestos a patrones de discriminación y violencia. En estos precedentes la CIDH y la Corte han considerado especialmente datos del contexto social de las víctimas y su integración a colectivos o grupos sociales discriminados, para definir el alcance de las obligaciones estatales de respeto, garantía y protección".[12]

Del mismo modo, el tratamiento de los casos de discriminación contra la mujer no se detiene ante la solución del caso concreto, sino que exige de la adopción de políticas públicas que abarquen la situación del caso desde el derecho y que motiven comportamientos sociales en consecuencia.

11 CEDAW/C/2005/OP.8/MEXICO, 22.

12 Cfr. Abramovich (N. 6), p. 168.

El deber de debida diligencia es reforzado en los casos de discriminación y violencia estructural

La sentencia de la Corte en "*Campo Algodonero*" responsabiliza al Estado por "la falta de medidas de protección a las víctimas, dos de las cuales eran menores de edad; la falta de prevención de estos crímenes, pese al pleno conocimiento de la existencia de un patrón de violencia de género que había dejado centenares de mujeres y niñas asesinadas; la falta de respuesta de las autoridades frente a la desaparición [...]; la falta de debida diligencia en la investigación de los asesinatos [...], así como la denegación de justicia y la falta de reparación adecuada".

Para decidir sobre estas cuestiones, la Corte analiza los alcances del deber de debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia, en los términos del artículo 7.b Convención de Belém do Pará para Prevenir y Erradicar la Violencia contra la Mujer (CBDP).[13]

La Corte plantea la obligación de los Estados de adoptar medidas integrales para cumplir con el deber de debida diligencia reforzado. En sus palabras, "los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. Particularmente, 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".[14]

---

13 Corte IDH. *Caso "Campo Algodonero", supra* 7, párr. 253.

14 *Ibidem,* párr. 258.

La Comisión planteó a la Corte que México debía haber actuado con eficacia porque conocía del riesgo que corrían esas muchachas, invocando la teoría del riesgo que en su momento desarrolló el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La Corte se hace cargo centrando su enfoque en el contexto, en el riesgo que plantea el contexto, y en el grado de conocimiento que el Estado tuviera de ello para actuar. Así señala que fue la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México la que advirtió públicamente esta problemática a través de una Recomendación No. 44[15] y que "a pesar de que el Estado tenía pleno conocimiento del riesgo que corrían las mujeres de ser objeto de violencia, no demostró haber adoptado medidas efectivas de prevención antes de noviembre de 2001 que redujeran los factores de riesgo para las mujeres".[16]

Manteniendo el carácter de obligación de medio o comportamiento del deber de prevención, la Corte subraya que las medidas adoptadas por México no fueron suficientes y efectivas para prevenir las graves manifestaciones de la violencia contra la mujer que se vivía en Ciudad Juárez en la época del presente caso.[17] Con relación a las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados, la Corte indica que "sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo"[18] y continúa que antes del hallazgo de los cuerpos, México "dado el contexto del caso, tuvo conocimiento de que existía un riesgo real e inmediato de que las víctimas fueran agredidas sexualmente, sometidas a vejámenes y asesinadas.

La Corte considera que ante tal contexto surge un deber de debida diligencia estricta frente a denuncias de desaparición de mujeres, respecto a su búsqueda durante las primeras horas y los pri-

15 *Ibidem*, párr. 274.

16 *Ibidem*, párr. 279.

17 *Idem*.

18 *Ibidem*, párr. 280.

meros días. Esta obligación de medio, al ser más estricta, exige la realización exhaustiva de actividades de búsqueda. En particular, es imprescindible la actuación pronta e inmediata de las autoridades policiales, fiscales y judiciales ordenando medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de las víctimas o el lugar donde puedan encontrarse privadas de libertad. Deben existir procedimientos adecuados para las denuncias y que éstas conlleven una investigación efectiva desde las primeras horas. Las autoridades deben presumir que la persona desaparecida está privada de libertad y sigue con vida hasta que se ponga fin a la incertidumbre sobre la suerte que ha corrido".[19]

Finalmente, sostiene la Corte que "este incumplimiento del deber de garantía es particularmente serio debido al contexto conocido por el Estado —el cual ponía a las mujeres en una situación especial de vulnerabilidad—, y a las obligaciones reforzadas impuestas en casos de violencia contra la mujer por el artículo 7.b de la Convención Belém do Pará".[20]

Derechos sexuales y reproductivos

En términos sociales, tradicionalmente, las mujeres hemos tenido deberes sexuales y reproductivos, ellos han sido consagrados por una asignación de los roles femeninos como esposas y madres, dos estatutos que conservamos y que, con claridad, admiten otras lecturas. El tránsito del discurso de los deberes a los derechos sexuales y reproductivos llevó un tiempo considerable y fue bien asistido por el derecho internacional de los derechos humanos.

En la Plataforma de Acción de Beijing de 1995 se declara que "los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violen-

[19] *Ibidem,* párr. 283.

[20] *Ibidem,* párr. 284.

cia. Las relaciones igualitarias entre la mujer y el hombre respecto de las relaciones sexuales y la reproducción, incluido el pleno respeto de la integridad de la persona, exigen el respeto y el consentimiento recíprocos y la voluntad de asumir conjuntamente la responsabilidad de las consecuencias del comportamiento sexual".[21]

Queda claro para todos que no solo las mujeres tenemos derechos sexuales y reproductivos, pero es igualmente claro que la criminalización de las conductas referidas a la sexualidad y autodeterminación reproductiva generalmente se detienen en las mujeres. Un sino histórico de discriminación llega a los servicios de salud con fórmulas genéricas que evitan los derechos sexuales y reproductivos cuando no llegan a los códigos penales criminalizando conductas como el aborto.

Así, el artículo 10(h) de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Convención CEDAW)[22] obliga a los Estados a asegurar el acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia; el artículo 12 prevé que los Estados parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia. También garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia; el artículo 14(2)(b) consagra el derecho al acceso a servicios adecuados de atención médica, inclusive información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia; en el 16(1)(f) establece para las mujeres los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial.

21 IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 1995, párr. 96.

22 Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, New York, 18 de diciembre de 1979, 1249 UNTS 13.

Todas estas consideraciones y derechos protegidos no han logrado, empero, despejar un panorama en el que resulta difícil, en términos generales, aceptar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. El debate sobre el aborto es, en nuestros países, sumamente ilustrativo de esto.

El debate legislativo por la consagración del aborto en la Argentina

A todo lo largo del extenso debate parlamentario abierto en la Cámara de Diputados de la Nación se oyeron argumentos invocando el derecho internacional de los derechos humanos, en especial el SIDH, tanto para amparar las posiciones favorables a la despenalización del aborto cuanto su opuesto.

En este último sentido, los partidarios de mantener la criminalización del aborto sostienen como premisa que el SIDH protege la vida humana desde la concepción y que abortar es un acto criminal porque pondría fin a la vida. En términos normativos se amparan en el artículo 4(1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la declaración formulada por la República Argentina al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño que expresa que "concerning article 1 of the Convention, the Argentine Republic declares that the article must be interpreted to the effect that a child means every human being from the moment of conception up to the age of eighteen".

Asimismo, se fundan en el artículo 19 del nuevo Código Civil y Comercial que señala que la existencia de la persona humana comienza con la concepción. No parece relevante ocuparse de la ley en sentido formal, ya que el avance legislativo supone en casi todos los casos modificar la ley o derogarla para redactar una nueva. Así sucedió en la Argentina cuando la democracia introdujo el divorcio vincular (ley No. 23.515), la patria potestad compartida y la igualdad de los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio (ley No. 23.264) y el matrimonio igualitario (ley No. 26.618), por no citar sino algunos ejemplos. Del mismo modo, las declaraciones interpretativas e incluso las reservas pueden ser modificadas o retiradas por los Estados. En todo

caso, la tendencia en materia de derechos humanos es la de evitar las reservas.

Además, el debate volvió a cuestionar los abortos no punibles —en caso de violación y cuando exista peligro para la vida de la madre— por parte de quienes se oponen tenazmente a cualquier despenalización, soslayando que ellos están expresamente previstos en el Código Penal desde 1921. Predomina en estas posiciones una lectura extremadamente conservadora de los roles femeninos: el acto sexual es inevitablemente determinación masculina, la mujer pasivamente debe hacerse cargo del fruto de ese acto sexual a como dé lugar, incluso si la vida extrauterina no es viable.

Por cierto, desde el restablecimiento democrático, Argentina ha intentado consolidar una democracia de derechos obligándose por una serie de tratados de derechos humanos y modificando en consecuencia su legislación. El camino no ha estado exento de accidentes, pero hemos avanzado.

El esclarecimiento normativo comenzó hace varios años, en 2012, con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *F.A.L.*,[23] un supuesto de aborto no punible. Allí la Corte se propuso desentrañar "una práctica *contra legem*, fomentada por los profesionales de la salud y convalidada por distintos operadores de los poderes judiciales nacionales como provinciales, que hace caso omiso de aquellos preceptos, exigiendo allí donde la ley nada reclama, requisitos tales como la solicitud de una autorización para practicar la interrupción del embarazo producto de una violación lo que, como en el caso, termina adquiriendo características intolerables a la luz de garantías y principios constitucionales y convencionales que son ley suprema de la Nación".[24] La cita obligada aquí es el principio de reserva del artículo 19 de la Constitución Nacional, según el cual nadie "será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe".

La Corte descarta las lecturas restrictivas que pretenden imponerse al artículo 89 inciso 2, que regula ese supuesto de aborto no punible a partir de la Constitución Nacional y de la Conven-

[23] C.S.J.N., *F. 249, XLVI, F., A.L. s/medida autosatisfactiva.*

[24] *Ibidem*, considerando 9.

ción Americana sobre Derechos Humanos; para ello, el caso *Baby Boy*, decidido por la CIDH en 1981, le es muy útil. En efecto, la CIDH decidió este caso y sostuvo:

> Cuando se enfrenta la cuestión del aborto, hay dos aspectos por destacar en la formulación del derecho a la vida en la Convención. En primer término, la frase "en general".
>
> En las sesiones de preparación del texto en San José se reconoció que esta frase dejaba abierta la posibilidad de que los Estados parte en una futura Convención incluyeran en su legislación nacional "los casos más diversos de aborto"[25]. Segundo, la última expresión enfoca las privaciones arbitrarias de la vida. Al evaluar si la ejecución de un aborto viola la norma del artículo 4, hay que considerar las circunstancias en que se practicó. ¿Fue un acto "arbitrario"? Un aborto practicado sin causa substancial con base a la ley podría ser incompatible con el artículo 4.[26]

La Corte Suprema aborda el análisis de la cuestión a la luz de otras normas de derechos humanos en vigor en el país. De este modo, se ocupa de examinar el alcance de la protección a la luz de la norma consuetudinaria internacional expresada en la Declaración Universal de Derechos Humanos[27] y en las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño,[28] la norma convencional de derechos humanos que ha concitado el mayor número de adhesiones.

Cuando enfoca la primera, el Tribunal se vale de la expresión "y dotados como están de razón y conciencia" para resaltar la diferencia de alcance entre la protección de la persona, como titular de derechos humanos, en las disposiciones sobre el re-

---

25 Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 159.

26 Resolución No. 23/81, Caso 2141, Estados Unidos de América, 6 de marzo de 1981, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1979-1980.

27 Declaración Universal de Derechos Humanos, A.G. res. 217 A (III), ONU Doc. A/RES/ A/777, amended by A/778/Rev.1III, en página 71 (Dic. 10, 1948).

28 Convención sobre los Derechos del Niño, New York, 20 de noviembre de 1989, 1577 UNTS 3.

conocimiento de la personalidad jurídica y todo el catálogo de derechos protegidos y la protección de la persona por nacer, el *nasciturus*, para concluir que, indudablemente, "la Convención no quiso establecer una protección absoluta del derecho a la vida de éste".[29]

Del mismo modo, la Convención de los Derechos del Niño no permite concluir en una interpretación restrictiva del artículo 86, inciso 2, del Código Penal. Por otra parte, el derecho derivado de esta Convención expresado por el Comité de los Derechos del Niño exige la adecuación de la legislación de modo que se incluya un supuesto de aborto no punible para el caso de los embarazos que son la consecuencia de una violación.

De hecho, la Corte analiza toda la normativa internacional con rango constitucional a la luz del principio hermenéutico *pro persona*. Existe consenso en que la aplicación e interpretación de las normas de derechos humanos debe hacerse a la luz del principio *pro homine/pro persona*, del principio de no discriminación y teniendo en cuenta su objeto y fin.

Es esta herramienta la que permite a la Corte Suprema concluir que el derecho internacional de los derechos humanos vigente en el país no restringe la interpretación que deba darse al artículo 86, inciso 2, del Código Penal; por el contrario, "existen otras cláusulas de igual jerarquía así como principios básicos de hermenéutica establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que obligan a interpretar dicha norma con el alcance amplio que de esta efectuara el *a quo*".[30]

La Corte recurre al principio de no discriminación para seguir su análisis. Cabe aquí señalar que este principio, a la vez que un derecho en sí mismo, es un criterio que determina la forma de aplicación de las normas sobre derechos humanos. Por otra parte, la interpretación teleológica de los instrumentos de derechos humanos significa que debe darse prioridad a la consideración del objeto y fin de las normas, esto es la protección de los derechos fundamentales de los derechos humanos.

[29] Cfr. Corte IDH. *Caso F.A.L. cit.* (n. 23), considerando 10.

[30] *Ibidem*, considerando 14.

Luego, la Corte Suprema emplaza el análisis del caso en la situación de la mujer violada y lo hace con una óptica amplia, la de la violencia contra la mujer. Se trata de una violencia institucional, que lesiona el principio de igualdad. En este contexto, el enfoque adoptado por la Corte supone asumir que la mujer que será pasible de aborto ya es víctima de violación de sus derechos humanos. No hace falta que en este ámbito se reitere que la violación es una forma de tortura, eventualmente un crimen de guerra o de lesa humanidad. Así planteadas las cosas, puede entenderse la *ratio* de la no punibilidad del aborto cuando se trata de una mujer víctima de una violación toda vez que la perpetuación del embarazo en tales condiciones, de forma impuesta, supone una doble violación de derechos humanos.

Por otra parte, la Corte Suprema rescata la prohibición de trato utilitario de las personas como violatorio de la dignidad. En este punto, la Corte avanza la única cita de la sentencia, la opinión de Carlos Nino en Ética y Derechos Humanos:[31] "[e]ste principio de inviolabilidad de las personas impone rechazar la exégesis restrictiva de la norma según la cual ésta solo contempla, como un supuesto de aborto no punible, al practicado respecto de un embarazo que es la consecuencia de una violación a una incapaz mental".

La Corte argentina avanza en este campo, planteado en el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará[32] y se propone superar la situación de desinformación por la cual los médicos solicitan autorización judicial para practicar el aborto previsto en el artículo 86, inciso 2, del Código Penal. La crítica es clara y contundente: "la judicialización de esta cuestión, que por su reiteración constituye una verdadera práctica institucional, además de ser innecesaria e ilegal, es cuestionable porque obliga a la víctima del delito a exponer públicamente su vida privada y es también contraproducente porque la demora que apareja en su realización pone en riesgo tanto el derecho a la salud de la solici-

31 Nino, Carlos Santiago, "Ética y Derechos Humanos", Buenos Aires, Astrea, 1984.

32 Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer, Convención de Belém do Pará, 9 de junio de 1994, OEA/Ser.L/V/I.4 rev.9, p. 101.

tante como su derecho al acceso a la interrupción del embarazo en condiciones seguras".[33] Lo que la Corte no dice es que se trata de una exigencia generalizada de las aseguradoras de los profesionales para prevenir litigios y sus consecuentes reparaciones.

En este hacer, el Tribunal esclarece el alcance de la letra del artículo 86, inciso 2 del Código Penal, al señalar la diferencia de vocabulario entre violación y abuso deshonesto según se trate de toda mujer o de mujer "idiota" o "demente".

Luego plantea la judicialización, la práctica institucional, como un obstáculo al acceso a los servicios de salud. Y señala que es el Estado, como garante de la administración de la salud pública, el que tiene la obligación, siempre que concurran las circunstancias que habilitan un aborto no punible, de poner a disposición, de quien solicita la práctica, las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura.

El Tribunal plantea una consideración igualitaria más, garantizando que las víctimas de los delitos sexuales accedan al derecho a la salud. El Tribunal entiende que solo es necesario que la víctima de violación manifieste ante el profesional tratante, declaración jurada mediante, que la violación es la causa del embarazo. Avienta la posibilidad de "casos fabricados" señalando que, aún cuando ello sea posible "no puede ser nunca razón suficiente para imponer a las víctimas de delitos sexuales obstáculos que vulneren el goce efectivo de sus legítimos derechos o que se constituyan en riesgos para su salud".[34]

De allí la propuesta de promover protocolos hospitalarios que hagan efectiva esta visión en todo el país. Con ello, el máximo Tribunal argentino sienta las bases de una política pública que permita el acceso a la salud de las mujeres víctimas de una violación que deciden la interrupción de ese embarazo, a fin de sustraerlas a la práctica institucional de violencia que supone el mecanismo *de facto* instalado y que subsiste hasta hoy. Por cierto, el fallo no omite considerar la eventual objeción de conciencia de

[33] Cfr. Corte IDH. *Caso F.A.L., cit*. (n. 23), considerando 19.

[34] *Ibidem*, considerando 28.

los profesionales de la salud, cuyo ejercicio debe ajustarse —no obstaculizar— al respeto de los derechos de las mujeres violadas.

En este punto, cabe pensar que la reacción de la Corte Suprema argentina se acomoda a los criterios de la teoría del riesgo, aplicada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *"Campo Algodonero"*.[35] Siguiendo a Víctor Abramovich, la doctrina del riesgo requiere, al menos la presencia en un caso de cuatro elementos: (i) que exista una situación de riesgo real o inmediato que amenace derechos y que surja de la acción o las prácticas de particulares; (ii) que la situación de riesgo amenace a un individuo o a un grupo determinado, es decir, que exista un riesgo particularizado; (iii) que el Estado conozca el riesgo o hubiera debido razonablemente conocerlo o preverlo; (iv) finalmente, que el Estado pueda razonablemente prevenir o evitar la materialización del riesgo. Para poder imputar responsabilidad se requiere entonces primero que el riesgo sea por sus características evitable, y que el Estado esté en condiciones de adoptar medidas capaces de paliar la situación y evitar la materialización del riesgo.[36]

En este caso, la Corte tiene conocimiento de que existe un riesgo real e inmediato de que todas las víctimas de violación sean pasibles de la violencia institucional de género y, por ello, cumple al implementar de modo estricto la debida diligencia que consiste en la adopción de medidas razonables de acuerdo con las circunstancias del caso. Se trata, como en *"Campo Algodonero"*, de una violencia estructural con formas de participación estatal por acción o por déficit además de implicar a actores no estatales. El fallo pretende, pues, un mayor equilibrio social ya que casos como el de autos expresaban claras diferencias respecto del tratamiento de la misma situación en clases sociales más acomodadas. Esto es precisamente lo que vuelve con el debate por la despenalización del aborto en Argentina.

La Cámara de Diputados abrió la tribuna a la ciudadanía y muchos pudimos hacer uso de la palabra en ese contexto. En mi

---

35 Cfr. Corte IDH. *Caso "Campo Algodonero"*, *cit*. (n. 7).

36 Cfr. Abramovich, *cit*. (n. 6).

caso fue para sostener precisamente que el derecho internacional de los derechos humanos no es obstáculo para la despenalización que se propone. Tres son las cuestiones centrales en este enfoque: por un lado, esclarecer el alcance y sentido de las normas de derechos humanos a fin de advertir de su uso sesgado; luego, precisar que el feto no es persona en el derecho internacional de los derechos humanos y, finalmente, recordar que las convicciones laicas o religiosas de las personas están exentas del conocimiento de los jueces y también de los legisladores.

Respecto de la primera cuestión, sostener que la protección de la vida en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos es "a partir del momento de la concepción" para cubrir al feto y que ello tornaría a los abortos en ilegales no se adecua a la letra ni a la historia del SIDH. En términos de derecho, no es una interpretación válida de la Convención Americana a la luz de la Regla General de Interpretación del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados[37] ni tampoco teniendo en cuenta los trabajos preparatorios a los que hace referencia el artículo 32, criterios de interpretación que son considerados normas consuetudinarias de derecho internacional.[38]

La letra de la Convención señala que la protección del derecho a la vida será "por ley y, en general, a partir del momento de la concepción". Se trata de una formulación que abre muchas posibilidades a los legisladores nacionales. De hecho, la redacción tuvo en cuenta situaciones como la de la ley penal argentina que contemplaba ya en ese momento supuestos de aborto no punibles.

Esto explica las lecturas de los órganos internacionales de supervisión que entienden que, como mínimo, debe despenalizarse el aborto con el fin de proteger los derechos de las mujeres. Así surge de la práctica pacífica del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[39] y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos desde el caso

[37] Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, 23 de mayo de 1969, 1155 UNTS 331.

[38] Island Kasikili Seduku (Botswana/Namibia), 1999, ICJ Rep, párr. 14.

[39] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, New York, 16 de diciembre de 1966, 999 UNTS 171.

Baby Boy de 1981 que la Corte Suprema argentina recreara al decidir en el caso F.A.L., como se señala más arriba.

Asimismo, las recomendaciones generales del Comité CEDAW señalan expresamente a los Estados la necesidad de derogar las disposiciones legales internas que penalicen el aborto.[40] Esa misma práctica entiende la tipificación como delito del aborto como una violación de la salud y de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, como formas de violencia por razón de género que, según las circunstancias, pueden constituir tortura o trato cruel, inhumano o degradante.[41]

Por su parte, el derecho a la vida, a la salud y a la integridad de la mujer están consagrados en la misma CADH y respecto de la salud en el artículo 10 del Protocolo de San Salvador y en el 12 del PIDESC. El derecho de la mujer a decidir el número de hijos, en igualdad con el hombre, surge del artículo 10(h) y 12(1) de la CEDAW y también su derecho a la privacidad para tomar libremente decisiones sobre su persona tiene amparo en el artículo 11(2) de la CADH y en el artículo 17 del PIDCP.

Si estos derechos están claramente protegidos en esas normas de derecho internacional de los derechos humanos que la Convención Constituyente de 1994 decidió que tuvieran rango constitucional y que los Estados refrendaron en 1995 en la Plataforma de Acción de Beijing, no sucede lo mismo con los argumentos que se han avanzado respecto a que el DIDH protegería los derechos del feto. Señala, con razón, Cecilia Medina, expresidenta de la Corte Interamericana, que, si esto hubiera sido así, es decir si hubiera sido considerado "persona", no hubiera sido posible sostener la redacción del artículo 4(1). La Corte Interamericana en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica* ha convalidado esta postura.

Por otra parte, esta norma protege claramente a la mujer y es respecto a ella que le impone obligaciones al Estado no solo en este texto, sino también en otros instrumentos como el artículo 15(3) del Protocolo de San Salvador relativo a la protección es-

[40] CEDAW/C/GC/35 (2017), párr. 29(c)(i), CEDAW/C/GC/24 (1999), párr. 31(c).

[41] CEDAW/C/GC/35 (2017), párr. 18.

pecial a la madre antes y después del parto y el artículo VII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 en el mismo sentido. Así las cosas, los terceros no están legitimados para reclamar respecto de las acciones de la mujer embarazada, se trata de su embarazo y de su cuerpo. En rigor, el Comité CEDAW considera que es un estereotipo que la protección del feto deba prevalecer sobre la salud de la madre.[42] Una situación distinta es la del feto que verosímilmente sobreviviría al ser sacado del vientre materno, de allí los límites temporales vigentes en la mayoría de las legislaciones que habilitan el aborto.

Más allá de lo que pueda enunciar la letra de la ley sobre la protección del derecho a la vida desde la concepción, varias precisiones deben sumarse a lo anterior, y consisten en señalar que la protección del derecho a la vida es incremental y gradual, como lo ha sostenido la Corte Interamericana en el caso mencionado.

Legislar sobre aborto en Argentina en 2018 no supone legitimación para ahondar en argumentos religiosos o en convicciones, ambos pertenecen a la zona de reserva que el artículo 19 de la Constitución Nacional sustrae al conocimiento de los magistrados y, por ende, de los legisladores. Todos tomamos decisiones a la luz de nuestras creencias o convicciones.

Legislar sobre aborto en Argentina en 2018 supone generar política pública igualitaria, sustraer del campo de la discriminación a las muchachas jóvenes y pobres que son aquellas que han protagonizado la jurisprudencia más o menos progresista de nuestros tribunales. Son las únicas protagonistas de esas decisiones.Las mujeres de clase media y alta resuelven este tema tan clandestinamente como ellas, pero con más seguridades para su cuerpo y su salud.

Tener un hijo es algo maravilloso cuando lo buscamos y lo queremos, cuando lo engendramos con quien amamos. Cuando esto no es así, llevar a término un embarazo tiene consecuencias muy duras para la mujer, de hecho, se lo considera trato cruel, inhumano o degradante.[43] La decisión de abortar es personal. Se

[42] CEDAW/C/50/D/22/2009, párr. 8.15.

[43] CCPR/C/85/D/1153/2003 párr. 6.3, CCPR/C/101/D/1608/2007 párr. 9.2.

trata de una decisión lo suficientemente importante como para no tener que considerar, además, que se está cometiendo delito.

En la era que se inicia el 10 de diciembre de 1983 en Argentina, el régimen democrático es un régimen de derechos. Y ello, inevitablemente plantea la cuestión de la igualdad. Una igualdad establecida por la ley —la Constitución y las normas de derechos humanos— y que se asume como el punto de partida de la titularidad de derechos humanos.

Respetar los derechos de las mujeres en la vida real torna más igualitaria y más plena a la democracia. Ejercer imperialismo moral imponiendo estándares de conducta que solo cada uno tiene el derecho de definir es violar los derechos humanos de las mujeres.

A modo de conclusión

Estos apuntes sobre las contribuciones del SIDH y en especial de la Corte Interamericana respecto de los derechos humanos de las mujeres y en especial sus derechos sexuales y reproductivos conducen a señalar la importancia de los derechos humanos como criterio de interpretación del derecho y de las relaciones entre las personas y entre ellas y el poder público.

El criterio hermenéutico es aquí fundamental. Con enfoque de derechos humanos se superan las relaciones de subordinación históricamente presentes en el mundo de las mujeres.

Las mujeres somos sujetos plenos de derechos humanos y, como tales tenemos que tener la posibilidad de decidir. A esto, que no es poco, ha hecho su contribución el SIDH y la Corte Interamericana con sus sentencias. El camino sigue.[44]

[44] Al momento de presentar este trabajo la Cámara de Diputados había aprobado el proyecto de despenalización del aborto. Lamentablemente, el 8 de agosto de 2018 el Senado no lo aprobó, solo con fundamento en las convicciones personales de varios de sus miembros. Este desconocimiento de los derechos de las mujeres fue una fuerte señal de que el camino sigue.

PANEL III.
DESAFÍOS GLOBALES CONTEMPORÁNEOS PARA LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS



Authority and legitimacy of the regional courts: Impact, resistance, difficulties and challenges

*Manfred Nowak**

Introduction

On the occasion of the 40th Anniversary of the entry into force of the American Convention on Human Rights and the creation of the Inter-American Court of Human Rights, the Inter-American Court, with the support of the German Development Cooperation Agency GIZ, invited the Presidents and judges from the three regional human rights courts in the Americas, Africa and Europe and organized a remarkable high-level conference that took place in San José from 16 to 19 July 2018. Part of this conference was a dialogue between the three regional human rights courts and invited experts, which took place on 17 July at the seat of the Inter-American Court. The experts were requested to address certain questions in a comparative perspective.

The following contribution addresses the authority and legitimacy of the three regional courts by assessing their impact, but also existing resistances, difficulties and challenges. It will first provide a short overview of the legal basis and foundations of the three courts, followed by a comparative statistical analysis, the major challenges to the authority and legitimacy of the courts and the way these challenges have been addressed by the respective courts and the regional organizations concerned. In the final

* Professor at the University of Vienna.

conclusions, the specific challenges will be put into the context of the current global crisis of human rights, democracy and the rule of law. This article will close by assessing the remarkable achievements of the three regional human rights courts.

Legal basis and foundation of the three regional courts

The oldest of the three regional courts is the European Court of Human Rights (ECtHR). It was established in the framework of the Council of Europe (CoE) by the European Convention of Human Rights (ECHR) in 1950, which entered into force in 1953. At that time, access to the Court was severely restricted. Individual applications were optional, i.e. dependent on a special declaration by the respective States parties, and only inter-State complaints were compulsory. Both types of applications needed first to be submitted to the European Commission of Human Rights, which decided on the admissibility and, in fact, declared most individual applications inadmissible. If declared admissible, the Commission adopted an opinion which was submitted to the Committee of Ministers, the highest political body of the Council of Europe, consisting of the Ministers of Foreign Affairs of the member States of the CoE or their diplomatic representatives, in Strasbourg, the seat of the CoE and the Court. Only the States concerned, or the Commission, could refer an application to the Court, on the condition that the respective State party had made another optional declaration accepting its jurisdiction. If the case was not or could not be referred to the Court, the Committee of Ministers decided by a two-thirds majority whether or not the respective State party had violated the ECHR. Even if 60% of the CoE member States were in favour of a violation, the official decision was "non-violation"!

In other words, States could become a party to the ECHR without accepting the right to individual application and/or the jurisdiction of the Court. Turkey, for example, became a State party in the early 1950s without making either of the two optional declarations. The only possibility of subjecting the human rights situation in Turkey to supervision by the Strasbourg monitoring bodies was an inter-State complaint, which, in fact, was

lodged by Denmark, France, the Netherlands, Norway and Sweden in 1982 at the time of a military dictatorship involving gross and systematic human rights violations. It was only as a result of a friendly settlement before the Commission that Turkey finally accepted the right to individual applications and the jurisdiction of the Court.

The "European model", which illustrated the fear of States to lose sovereignty if their domestic human rights situation was subjected to scrutiny by independent monitoring bodies or even to a legally binding judgment of a regional human rights court, was later followed by other regions. In 1969, the American Convention on Human Rights (ACHR) was adopted by the Organization of American States (OAS), and entered into force in 1978.

It followed the "two track system" of the ECHR and entrusted the already existing Inter-American Commission on Human Rights with dealing with mandatory individual complaints and optional inter-State complaints. As with the European model, cases can only be referred to the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) by the respective States or by the Commission on condition that the State concerned has submitted a declaration accepting its jurisdiction under Article 62 of the ACHR. There is thus no direct access by individuals to the Inter-American Court.

The African Charter on Human and Peoples' Rights (AfChHPR or Banjul Charter), which was adopted in 1981 by the Organization of African Unity (OAU), the predecessor of the African Union (AU), and entered into force in 1986, was even weaker, as it did not establish an African Court. In addition to inter-State communications, the African Commission on Human and Peoples' Rights may deal, however, with a variety of "other communications" under Article 55, which may be lodged by individuals or NGOs.

The Protocol to the Banjul Charter was adopted in 1998 and entered into force in 2004. It established the African Court on Human and Peoples' Rights (AfCtHPR) and provides that cases can be submitted to the Court by the Commission, the respective States and African intergovernmental organizations. In addition, Articles 5(3) and 34(6) of the Protocol entitle States to make an

optional declaration to the effect that individuals and NGOs have direct access to the Court. In 2008, the AU adopted another Protocol which foresees the merger of the AfCtHPR and the African Court of Justice, but this Protocol has not yet entered into force.

With the entry into force of the 11th Additional Protocol (AP) to the ECHR in 1998, the "two track system" was abolished in Europe in favour of a permanent and full-time European Court of Human Rights. The former European Commission of Human Rights was abolished, as were all optional clauses and the role of the Committee of Ministers to decide on complaints. This meant that the new European Court decides on both the admissibility and merits of inter-State and individual complaints, and the Committee of Ministers supervises the execution of the Court's judgments. Usually, the Court hears cases in Chambers of seven judges, only highly important cases are dealt with in the Grand Chamber of 17 judges. Clear inadmissibility decisions can also be decided by a committee of three judges. With the entry into force of the 14th AP, the procedure was streamlined and the competence of single judges was introduced.[1] So far, this "new European model" has not yet been followed in any other region.

In practice, the (part-time) European Court of Human Rights was established in 1959 in Strasbourg, the full-time European Court in 1998, while the Inter-American Court was established in 1979 in San José and the African Court in 2006 in Arusha. Of the three regional organizations, the AU is the largest one and currently has 55 Member States, followed by the CoE with 47 and the OAS with 35 Member States. 54 of the 55 AU Member States (all but Morocco) have ratified the African Charter, but only 30 ratified the Protocol establishing the African Court, and only 8 States have accepted the direct access of individuals and NGOs to the Court (Burkina Faso, Malawi, Mali, Tanzania, Ghana, Côte d'Ivoire, Benin and Tunisia). Rwanda even withdrew its earlier acceptance of this possibility in 2016. Of the 35 member States of the OAS, only 23 are currently parties to the ACHR. The United States, Canada and a number of Caribbean States never ratified the ACHR, while Trinidad and Tobago and Venezuela later with-

[1] See below under 6.

drew. Of these 23 States parties, only 20 have accepted the binding jurisdiction of the Court under Article 62 of the ACHR. On the other hand, all 47 member States of the CoE, including Turkey and the Russian Federation, are parties to the ECHR, and the CoE even requests new member States to ratify the ECHR as an entry requirement. This means that roughly 800 million human beings living in the 47 member States of the CoE have a right to submit individual applications directly to the ECtHR.

While the Inter-American Court consists of only 7 and the African Court of 11 judges, each of the currently 47 member States of the CoE is "represented" by one judge in the full-time European Court. As a matter of principle, Article 26(4) of the ECHR requires the national judge elected in respect of a State against which an application has been lodged to sit *ex officio* in the respective Chamber which deals with this case, as well as in the Grand Chamber. On the contrary, Article 22 of the Protocol to the AfChHPR explicitly prevents judges from hearing a case against a State of which they are nationals. Article 55 of the ACHR is somewhat ambiguous on this controversial question, but in 2009 the Inter-American Court, in an Advisory Opi nion, interpreted this provision in the sense that national judges shall also be prevented from participating in the deliberation of cases against a State of which they are nationals.[2]

Jurisdiction of the three regional courts

The main task of regional human rights courts is their contentious jurisdiction, i.e. to decide in a final and legally binding manner on individual and inter-State applications, in the case of the African Court also on communications submitted by NGOs as a kind of *actio popularis*.

This is what distinguishes regional human rights courts from non-judicial or quasi-judicial bodies, such as all the treaty monitoring bodies of the United Nations or the Inter-American and

[2] See IACtHR, Advisory Opinion 20/09 of 29 September 2009. For an assessment of the different solutions to this question, see below under 7.

African Commissions on Human Rights. While Articles 32 of the ECHR and 62 of the ACHR restrict the contentious jurisdiction of these two Courts to all matters relating to the interpretation or application of the respective conventions (ECHR and ACHR), Article 3 of the Protocol to the Banjul Charter is broader and empowers the African Court to decide on "all cases and disputes submitted to it concerning the interpretation and application of the Charter, this Protocol and any other relevant human rights instrument ratified by the States concerned".

In addition, all three regional courts have advisory jurisdiction. According to Article 64 of the ACHR, all OAS Member States and certain OAS organs may consult the Inter-American Court regarding the interpretation of the ACHR "or of other treaties concerning the protection of human rights in the American States". In addition, the Court may provide OAS Member States with advisory opinions regarding the compatibility of any of their domestic laws with the ACHR and "other treaties".[3] Similarly, Article 4 of the Protocol to the Banjul Charter empowers the African Court to provide an advisory opinion relating to the Charter or any other relevant human rights instruments at the request of an AU member State, any AU organ or any African organization recognized by the AU. By comparison, Article 47 of the ECHR is much more restrictive: only the Committee of Ministers of the CoE may request the European Court to give advisory opinions on legal questions concerning the interpretation of the ECHR and its Additional Protocols, but not of "other treaties". However, Article 1 of the 16th AP to the ECHR, of 2013, which entered into force on 1 August 2018, empowers the highest courts and tribunals of States parties, in the context of a case pending before them, to request the European Court to give advisory opinions on questions of principle relating to the interpretation or application of the rights and freedoms defined in the ECHR and its Additional Protocols.

While the supervision of execution of judgments of the European and African Court is entrusted to the highest political

[3] On the meaning of "other treaties", see IACtHR, Advisory Opinion OC-1/82 of 24 September, 1982.

bodies, namely the Committee of Ministers of the CoE and the Assembly and Council of Ministers of the AU, the Inter-American Court must itself supervise the execution of its judgments by the OAS Member States.

Statistics on cases, judgments and violations found

The following comparative statistical table is based on the most recent figures provided by the three regional courts on their respective websites and, in addition, by representatives of the three courts to the author during the San José Conference in July 2018.

	Inter-American Court of Human Rights	African Court on Human and Peoples´Rights	European Court of Human Rights
Total number of applications	276 (1979 - July 2018)	178 (2006 - June 2018)	816,150 (1959 - June 2018)
Total number of cases decided	237 cases decided with 354 judgments (1979 - July 2018)	58 (2006 - June 2018)	780,151 (1959 - June 2018)
Total number of cases decided on the merits	233	19 (2006 - June 2018), of which 17 on the basis of direct access	21,662 judgments (1959 - June 2018)
Total number of judgments where at least 1 violation was found	229 (96,5% of all cases)	18 (2006 - June 2018) 95% of all judgments	17,304 judgments (1959 - 2017) 80% of all jugments
Total number of advisory opinions	25	12	3 (16th AP foresees the possibility of highest domestic courts to request advisory opinions)

These statistics show considerable discrepancies. During the roughly 60 years of its existence, more than 800,000 applications have been submitted to the European Court, which has decided over 780,000 of them and delivered more than 21,000 judgements. In more than 17,000 of these judgements (roughly 80%) the European Court found at least one violation of the ECHR. Some 40% of all judgments concerned three States parties, namely Turkey (3,386 judgments until the end of 2017), Italy (2,382 judgments) and the Russian Federation (2,253 judg-

ments). In 2017, most judgments concerned the Russian Federation (305), followed by Turkey (116), the Ukraine (87) and Romania (69).

While the "old" European Court delivered a total of 837 judgments during the 40 years of its existence until 1998, the "new" European Court delivers more than 1,000 judgments annually, which in fact deal with thousands of individual applications. More than 50% of all judgments of the European Court found violations of Articles 6 (right to a fair trial) and 5 (right to personal liberty), followed by the right to property in Article 1 of the 1st AP (almost 12%), the prohibition of torture, inhuman or degrading treatment or punishment in Article 3 (more than 11%) and the right to an effective domestic remedy in Article 13 (almost 9%). In recent years, serious violations of the rights to life (Article 2) and personal integrity (Article 3) have increased significantly, above all in relation to the Russian Federation and Turkey.

In 2016, more than a quarter of all judgments concerned violations of these two important provisions! A large number of judgements against countries like Croatia, Greece, Hungary, Poland, Russia or Ukraine deal with deplorable prison conditions. More than half the currently pending cases have been brought against four States, namely Ukraine, Turkey, Hungary and the Russian Federation, followed by Romania and Italy. In recent years, a growing number of individual and inter-State applications have related to armed conflicts (e.g. between Russia and Georgia and between Russia and Ukraine), and to terrorism and human rights violations in the context of states of emergency in Europe. Finally, the economic crisis and the current crisis of the European migration and refugee policies has led to an influx of individual applications.[4]

In comparison to these impressive figures, the relevant statistics of the two other regional courts look very modest. In the

[4] See, for a more detailed analysis of these trends, Binder, Christina, "Challenges to Access to Justice before the European and the Inter-American Courts of Human Rights", in Ahrens, Helen, Fischer, Horst, Gomez, Veronica, Nowak, Manfred, Equal Access to Justice for All and Goal 16 of the Sustainable Development Goals: Challenges for Latin American and Europe, Münster, LIT Verlag, 2019.

roughly 40 years of its existence, the Inter-American Court has received a total of 276 applications and decided 237 cases with 354 judgments (on preliminary objections, on the merits, and in relation to reparations). Of the 233 cases decided on the merits, in 229 cases (96,5%) at least one violation of the ACHR was found. In recent years, the number of applications received per year amounted to between 9 in 2008 and 23 in 2011.

Until the end of 2017, the highest number of cases decided by the Inter-American Court concerned Peru (42), followed by Guatemala (24), Ecuador (21), Venezuela (20), Colombia (18), Argentina (17) and Honduras (13). Many of these judgments established gross and systematic violations of human rights during the Latin American military dictatorships, such as enforced disappearances, torture and arbitrary executions. Other important judgments have dealt with amnesty laws and with the rights of indigenous peoples.[5]

During the 12 years of its existence, a total of 178 applications were submitted to the African Court, which has so far decided 58 cases. Of these, 19 cases were decided on the merits, and of these only 2 were referred by the African Commission whereas 17 were directly submitted by the applicants; 3 cases were declared inadmissible, all other decisions were based on the lack of jurisdiction of the Court.[6] The clear majority of all cases have been submitted directly by death row prisoners against Tanzania.

Statistics on the number of advisory opinions provide the opposite picture. While the Inter-American Court has so far rendered 25 advisory opinions, many of which were of high importance for the interpretation of the ACHR, and the African Court has already published 12 advisory opinions within 12 years, the European Court has only rendered 3 advisory opinions in the 60 years of its practice! This situation will, however, change as the highest domestic courts in the European States will soon start to

---

5 *Ibidem*, 13 ff. See also IACourtHR/GIZ, "40 years protecting rights — Some facts and figures", San José, 2018.

6 See Viljoen, Frans, "Understanding and Overcoming Challenges in Accessing the African Court on Human and Peoples' Rights", in 67 ICLQ 2018, 63 (67 ff).

request advisory opinions from the Strasbourg Court in accordance with the 16th AP to the ECHR.

Challenges to the authority and legitimacy of the three courts

The above statistics show already that the major challenge to the European Court is the high number of applications which results in a considerable backlog of currently some 80,000 cases[7] and pressure on the Court to be more effective. There are various reasons for this impressive number of more than 800,000 applications and more than 20,000 judgments.

First, all roughly 800 million inhabitants of the 47 member States of the CoE, including the Russian Federation and Turkey, have the right to directly submit applications to the Court after having exhausted all relevant domestic remedies. Secondly, during the roughly 60 years of its existence, the European Court has built up a reputation of being a highly professional court which provides an effective remedy to individual victims of human rights violations with judgments that are usually complied with by the respective States parties. Often, the European Court is seen, therefore, as a "victim of its own success". Thirdly, the ECHR is directly applicable in most CoE member States, well known by victims and lawyers and rightly regarded as the "Magna Carta of Europe". At the same time, domestic remedies in many member States, above all the Russian Federation, Turkey, Ukraine, Moldova, Romania, Hungary and other Central and Eastern European States, are not functioning effectively and are, therefore, not providing an effective remedy to many victims of human rights violations. Finally, with the recent backlash to human rights, the actual human rights situation in Europe is deteriorating and even gross and systematic violations of human rights seem to be on the rise.

Although the human rights situation in the Americas and Africa is certainly not better than in Europe, the total number of applications submitted to the other two regional courts is still

[7] Binder, Christina, *op. cit.*, 5.

very low and certainly not representative of the actual situation. Again, there are various reasons for this low turn-out.

First of all, only little more than half of all OAS and AU member States have ratified the respective treaties and accepted the jurisdiction of the Inter-American and African Courts. Secondly, there is no direct access of victims to the Inter-American Court, and even after it amended its Rules of Procedure in 2001,[8] the Inter-American Commission is very reluctant to refer cases to the Court.[9] In Africa, the situation is not much better: the African Commission has submitted very few cases to the Court and only 8 of the 30 States parties to the Protocol to the Banjul Charter (Burkina Faso, Malawi, Mali, Tanzania, Ghana, Cote d'Ivoire, Benin and Tunisia) have accepted the right of direct access to the Court in accordance with Article 34(6) of the Protocol. Rwanda even withdrew its respective declaration in 2016.

While the number of applications shows significant discrepancies between the European Court on the one hand, and the other two courts on the other hand, there are other challenges which apply similarly to all three courts. One is the limited State compliance with judgments. The Inter-American Court is well-known for its detailed and far-reaching reparation orders, which, in principle, is one of the assets of the Court, as they have a strong impact even with only partial compliance. It is, therefore, fairly difficult to provide reliable statistics on State compliance. Nevertheless, full compliance is reported in only about 10% of all cases, and partial compliance in 83% of cases. With respect to specific remedies, the compliance rate is about 34%.[10] Looking at the African Court, the number of judgments is still so small that the compliance rate is not very conclusive. Of the 19 judgments delivered so far, full compliance is only reported with respect to two cases against Burkina Faso, while Tanzania com-

8 The amended Rules of Procedure of the Inter-American Commission state that, in principle, cases should be referred to the Court if the State concerned has accepted its jurisdiction and does not comply with the recommendations of the Commission.

9 Binder, Christina, *op cit*. (at 17), speaks in this respect of a "certain rivalry between Commission and Court".

10 See *ibidem*, 18 with further references.

plied partially in one case. As regards the other 16 judgments (84%), there is still no compliance. While the European Court has long been famous for its highly satisfactory compliance rate, this is unfortunately on the decrease. While States paid compensation to the victims in some 65% of all cases (2016 statistics), compliance with more specific orders by the Court have only been reported in 37% of all cases.[11] More than 10,000 cases are still awaiting supervision by the Committee of Ministers.

Another challenge, above all for the Inter-American Court, is its limited budget. While the European Court had a budget of US$71,670,500 (in 2018) and the African Court had US$10,386,101 (in 2016), the Inter-American Court had no more than US$4,412,793 (in 2017) as its disposal. Only 62,4% of this overall budget is provided by the OAS, the remaining part of more than one third is made available by voluntary contributions from States and international donors.

This extremely limited funding shows a significant lack of respect by American States for the work of the Inter-American Court.[12] This situation is exacerbated by a growing political opposition of certain States to the practice of the Court, which is regarded as unduly restricting State sovereignty. For example, Trinidad and Tobago and Venezuela, in reaction to certain judgments of the Court, even withdrew from the ACHR. Peru and Dominican Republic have also contested the jurisdiction of the Court. However, the situation is not much better in the two other regions. Tanzania, for instance, openly refused to implement orders for provisional measures, namely not to execute prisoners on death row while their cases are pending before the African Court, and Rwanda recently withdrew its declaration, which had provided victims direct access to the Court.[13]

Even in Europe, certain governments are openly refusing to implement judgments of the European Court they disagree with.

---

11 *Ibidem*, 7 with further references.

12 *Ibidem*, 17 ff.

13 For a detailed discussion of the cases before the African Court and the compliance of African States with the Court's judgments see Viljoen, Frans, *op. cit.*, 65 ff.

For example, the United Kingdom and Russia strongly criticised judgments which had found violations of the right to vote (Article 3 of the 1st AP to the ECHR) of convicted prisoners. The British Government even threatened to withdraw from the ECHR, while the Russian Federation has recently decided to stop paying its financial contributions to the CoE,[14] which also has serious consequences for the Court. However, political opposition to the "dynamic interpretation" of the ECHR by the Court has also been voiced by some of the "old" member States of the CoE. During their respective years of chairing the CoE, the United Kingdom and Denmark have shown a strong opposition to the Court and pushed for significant restrictions of its freedom and competences.[15] One result of these initiatives was the adoption of the 15th AP to the ECHR in 2013 which explicitly added the "margin of appreciation" doctrine, which had been developed by the jurisprudence of the Court over decades, as a "right" of States parties.

Finally, the three regional courts are also confronted with a certain competition with sub-regional courts. In Africa, certain sub-regional courts, such as the ECOWAS Court, the SADC Tribunal and the EA Court of Justice, have been entrusted with a specific human rights mandate, which might prompt certain AU member States not to ratify the Protocol to the Banjul Charter or at least not to accept direct access of victims to the African Court. Together, these three sub-regional courts have dealt in recent years with 56 human rights cases resulting in 25 judgments finding human rights violations.[16]

Although there are also a number of sub-regional courts in the American hemisphere, such as the Mercosur Court, the Andean Community Court, the Central American Court or the Caribbean Court, they do not seem to have a specific human rights

14 See Engel, Norbert Paul, "Russland testet das Rückgrat des Europarates / Einstellung der Beitragszahlungen zum Haushalt des Europarates als politisches Druckmittel", Europaeische Grundrechte Zeitschrift (EuGRZ), 2017, 720-722.

15 See Binder, Christina, *op. cit.*, 8 ff.

16 See the detailed analysis by Abebe, Daniel, "Does International Human Rights Law in African Courts Make a Difference?", 56 Virginia Journal of International Law, 2017, 527-555.

jurisdiction. Although the Court of Justice of the European Union has the power to apply the ECHR and the EU Charter of Fundamental Rights which, to a large extent, is modelled after the ECHR, there does not seem to be much competition between the Strasbourg and Luxembourg Courts.[17] However, in its recent Advisory Opinion on the access of the EU to the ECHR, the EU Court has blocked the EU's accession, which was seen partly as an attempt to avoid a situation where the Strasbourg Court might be in a position to overrule a respective judgment of the Luxembourg Court.[18]

Reactions to these challenges

In Europe, much has been done to address the problem of the huge caseload and backlog of cases before the Strasbourg Court. Most importantly, the 14th AP to the ECHR was adopted in 2004 but, due to Russian obstruction, only entered into force in 2010. It introduced the possibility of single judges to declare inadmissible or strike out individual applications in accordance with Arti-

[17] See, e.g., Lehtinen, Emma, "The European Court of Justice and European Court of Human Rights: A complex interaction and coexistence between the two courts", Blog post Workshop on the ECtHR Tampere 2015 of 7 March 2016, *https://blogs.uta.fi/ecthrworkshop/2016/03/07/lehtinen/* (last visited 27 August 2018); Fabbrini, Federico and Larik, Joris, "The Past, Present and Future of the Relation between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights", Yearbook of European Law, Volume 35, Issue 1, 1 December 2016, 145-179; De Vries, Sybe A., "EU and ECHR: Conflict or Harmony?", Utrecht Law Review, Volume 9, Issue 1 (January) 2013, 78-79; Spielmann, Dean, "The Judicial Dialogue between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights Or how to remain good neighbours after the Opinion 2/13", FRAME Lecture, Brussels, 27 March 2017, *http://www.fp7-frame.eu/wp-content/uploads/2017/03 /ECHRCJUEdialog.BRUSSELS.final_.pdf* (last visited 27 August 2018).

[18] Court of Justice of the European Union, Advisory opinion 2/13 of December 18, 2014; Steiner, Elisabeth and Ratescu, Ioana, "The Long Way to Strasbourg — The Impact of the CJEU's Opinion on the EU's Accession to the ECHR", 15 European Yearbook on Human Rights, 51-60; Berger, Maria and Rauchegger, Clara, "Opinion 2/13: Multiple Obstacles to the Accession of the EU to the ECHR", 15 European Yearbook on Human Rights, 61-76.

cle 27 of the ECHR "where such a decision can be taken without further examination". Today, the clear majority of all applications is dealt with by single judges in this streamlined procedure. According to Article 26(3) of the ECHR, national judges are excluded from dealing with applications against their own State as single judges. Secondly, the Committees of three judges, which were originally only competent to declare cases inadmissible, also gained competence under Article 28(1)(b) of the ECHR to render, by a unanimous vote, a judgment on the merits if the underlying question in the case was already the "subject of well-established case-law by the Court". Thirdly, a new inadmissibility ground was added in Article 35(3)(b) of the ECHR to the effect that applications can be declared inadmissible if the applicant has not suffered a "significant disadvantage". Finally, the procedure for the supervision of the execution of judgments has been improved by strengthening the interaction between the Committee of Ministers and the Court. According to Article 46 of the ECHR, the Committee of Ministers, by a two thirds majority, may refer problems of interpretation of a judgment back to the Court for a ruling on this question of interpretation, and may bring infringement proceedings before the Court against States which do not abide by the Court's judgments. Such infringement proceedings have, e.g., been lodged against Azerbaijan.[19]

In addition to the 14th AP, the Strasbourg Court itself has initiated in 2004 a highly successful pilot judgment procedure in case of structural problems in a particular country. The Court indicates to the respective States what measures it should take to address such structural problems, and at the same time it puts all similar cases on hold. Pilot judgments are prioritized by the Committee of Ministers together with other leading cases in the supervision of the execution of judgments, and this enhanced supervision procedure seems to lead to a better compliance rate.[20] The pilot judgment procedure and the increased attention paid to the domestic execution of judgments aims at addressing the root causes of the high number of applications, i.e. the non-functioning of the domestic systems for the protection of

[19] See Binder, Christina, *op. cit*., 23.

[20] *Ibidem,* 21.

human rights. This is also illustrated by the growing number of cases in which the European Court found a violation of the right to an effective domestic remedy in Article 13 ECHR. The Court, therefore, engages in increased dialogues with domestic courts.[21] This positive trend will certainly be strengthened by the possibility of the highest domestic courts to request advisory opinions from the Strasbourg Court in accordance with the 16th AP to the ECHR, which entered into force on 1 August 2018.

This increased interaction between regional and domestic courts can also be observed in the two other regions. Most importantly, the Inter-American Court has developed since 2001 two procedures which require domestic courts to directly apply the ACHR and its own binding jurisprudence.[22] In a number of leading cases against Peru and Chile it declared that domestic amnesty laws violated the ACHR and were, therefore, null and void. By giving direct effect to these judgments, the Court forced the domestic courts no longer to apply such amnesty laws. This jurisprudence was accepted by the domestic courts and triggered a new wave of criminal prosecutions against some of the main perpetrators of gross and systematic human rights violations during the period of the military dictatorships. In addition, the San José Court asked domestic courts to exercise a "conventionality control" in situations where the domestic legislator failed to amend deficient national laws violating the ACHR.

Both forms of norm control entrust the domestic courts and judges to give direct effect to the ACHR and to exercise a kind of constitutional control over domestic laws. In addition, by requesting States to report about compliance and by conducting private hearings with domestic courts and other national stakeholders, the Inter-American Court has increased its interaction with domestic courts and strengthened its role in the supervision of the execution of its judgments and far-reaching reparation orders in accordance with Article 63 ACHR.[23] The African Court has started a similar dialogue with domestic and

21 *Ibidem,* 23.

22 *Ibidem,* 29 ff.

23 *Ibidem,* 28.

sub-regional courts every two years aimed at delegating the implementation of its judgments at the domestic and regional levels.

The other structural problems and challenges outlined above, such as the low number of cases before the Inter-American and African Courts, the severe budgetary constraints and the growing opposition by States against supervision by regional human rights courts are much more difficult to address as they are symptoms of a more general backlash against democracy, the rule of law and human rights in all world regions.

Conclusions

The current crisis of multilateralism and the growing opposition of authoritarian and populist governments in all world regions to the fundamental and interrelated values of pluralist democracy, the rule of law and human rights have a profound impact on the authority, legitimacy, acceptance, funding and well- functioning of regional human rights courts in the Americas, Africa and Europe. In order to deal effectively with these alarming problems, difficulties and challenges, world leaders would have to address the root causes of the current global and financial crises, climate change, armed conflicts, failed and fragile States, rising economic inequality, poverty, global migration and refugee flows, organized crime, terrorism, radicalisation, extremism, populism and new authoritarianism.

In my opinion, there is no doubt that globalisation driven by neoliberal economic policies and its effects on an extremely unjust economic and social world order is one of the major root causes for all these interrelated crises symptoms.[24] However, political leaders seem to be more concerned to provide a vigorous response to the symptoms of these crises, such as terror-

[24] Cfr., e.g. Nowak, Manfred, Menschenrechte - Eine Antwort auf die wachsende ökonomische Ungleichheit (Human Rights — An Answer to the Growing Economic Inequality), Hamburg/Wien 2015; Nowak, Manfred, Human Rights or Global Capitalism — The Limits of Privatization, Philadelphia, 2017.

ism and global migration and refugee flows, rather than addressing the root causes. This leads to a dangerous vicious cycle that strengthens nationalistic tendencies and bilateral power politics, although it should be evident that these global crises can only be solved by strengthening, rather than weakening, international organizations and multilateralism in general. As long as these short-sighted and dangerous policies are not reversed and joint efforts are not undertaken at the international level to address the root causes of such multiple crises, human rights, democracy and the rule of law will remain under attack.

Needless to say, under these conditions, it is extremely difficult to improve the functioning of regional human rights protection systems and regional human rights courts. If nationalist leaders in the United Kingdom have forced the Brexit from the European Union on the British people and threaten to withdraw from the ECHR, it is difficult to enhance the acceptance of judgments of the European Court by the people and nationalist media in this country, which was once the cradle of democracy and human rights in the world. The same holds true if nationalist leaders in the Russian Federation, Turkey, Hungary or Poland openly attack the Strasbourg Court and Russia suspends its financial contributions to the CoE. In the face of "America First" policies in another country that was once seen as a pioneer of democracy and human rights in the world, it will be difficult to advocate for a quick ratification of the ACHR and recognition of the jurisdiction of the Inter-American Court. After nationalistic leaders in Venezuela decided to withdraw from the ACHR, little can be done to strengthen the impact of the San José Court on the deplorable human rights situation in that country. The same applies for Rwanda after nationalistic policies led to the withdrawal of the right of victims of human rights violations to directly access the African Court.

Despite this general backlash, we can also observe certain positive developments and actions that were undertaken to address some of the other challenges to the well-functioning of regional human rights courts. In Europe, the biggest challenge remains the huge caseload and backlog of cases. However, as was described in the last chapter, much has been achieved by

streamlining the procedure in accordance with the reforms introduced by the 14th AP to the ECHR in 2010, by introducing the pilot judgments procedure and by enhancing the dialogue with national courts in order to strengthen the domestic execution of the judgments of the European Court. Similar positive trends have been developed by the jurisprudence of the Inter-American Court regarding "conventionality control" and declaring domestic amnesty laws null and void. On the same lines of delegating the implementation of its judgments, the African Court has started regular dialogues with sub-regional and domestic courts.

Less has been achieved by addressing the comparatively low number of cases that have reached the Inter-American and African Court so far. One would need to launch a campaign in both regions to convince governments to ratify the respective human rights treaties, to accept the jurisdiction of the regional courts as well as direct access by individuals. The policy of the CoE to require ratification of the ECHR as a condition for entry into the organization might be seen as a model to be followed in other regions. In this respect, the Inter-American system is the most restrictive, as individuals still lack any direct access to the Court.

Experience shows that the "two track system" with a Commission as a first instance and the power to decide whether cases are referred to the Court simply does not work and leads to a certain rivalry between the two bodies. The solution would either be to abolish the "two track system", as was the case in Europe with the entry into force of the 11th AP to the ECHR in 1998, or to permit direct access to the Court in addition to referrals by the Commission, as provided for in the Protocol to the Banjul Charter. Of course, more States will have to make this optional declaration under Article 34(6) of the Protocol in order to significantly increase the number of cases.

One controversial, though not necessarily the most important, question that I was explicitly asked to address, is whether judges, who are nationals of a State against which a case is brought, should be involved in the respective decisions by regional courts. Although judges are, by definition, independent from the governments that have nominated them, such involvement may lead to a conflict of interest which might put the im-

partiality of the respective national judge in question. This is the reason why all relevant UN human rights treaties and Article 22 of the Protocol to the Banjul Charter explicitly exclude national judges from hearing a case against their "own" government. Article 55 of the ACHR is more ambiguous in this respect but the Inter-American Court, in an Advisory Opinion of 2009, ruled that national judges shall be excluded.

The ECHR and the European Court, which consists of a number of judges equal to the number of States parties to the ECHR, follow a different philosophy. According to Article 26(4), in cases before a Chamber or the Grand Chamber, the judge elected in respect of a State against which a case has been lodged, shall sit as an *ex officio* member. This provision goes back to the early days of the European Court and has always been defended by the argument that the national judge is needed as only he or she knows the domestic legal situation well enough to explain it to the other judges.

With the introduction of committees of three judges by the 11th AP and, even more, by single judges in accordance with the 14th AP, this philosophy is difficult to maintain. Article 28(3) provides for a "compromise solution" to the effect that if the national judge is not a member of the committee (in other words, the national judge is no longer required to participate), the committee may at any stage of the proceedings invite that judge to replace another committee member. However, for single judges, Article 26(3) opted for the opposite philosophy, namely, to exclude the national judge. Even for the member States of the CoE it obviously would have been odd to entrust all decisions of single judges to nationals of States against which these applications were directed! In my opinion, the argument that national judges are needed for their specific knowledge of the domestic legal situation is not very strong, as there are enough highly skilled members of the staff in the Registry of the European Court who are very familiar with the legal system in their countries of origin. On the other hand, even in Europe, where the judges are highly independent as they are elected for a period of nine years without the possibility of re-election according to Article 23(1) as amended by the 14th AP, and where

every State is "represented" by a national judge, participation in cases against one's "own" government may raise a conflict of interest, feelings of loyalty or a certain bias (in favour or against one's "own" government) which should be avoided in order to guarantee the impartiality of decisions. However, as I said at the outset, this is not one of the most important questions as, in practice, this European philosophy of involving national judges seems not to have led to major problems with respect to the impartiality of judges.

Despite the fact that, in times of a global crisis of human rights, democracy and the rule of law, the three regional courts of human rights are, of course, affected by such crisis in their acceptance, legitimacy, authority and well-functioning, as the many problems and challenges I have outlined above illustrate, I wish to conclude this short comparative analysis with a positive note. All three courts have made a remarkable contribution to the development, awareness, implementation and enjoyment of human rights in their respective regions.

The European Court, as the oldest one, has dealt with almost a million cases during its 60 years of existence, has provided justice to many thousands of victims of human rights violations, has contributed by its dynamic interpretation and application of the ECHR to many constitutional, legal and policy changes in Europe, has raised the awareness of Europeans about the importance of human rights tremendously, and can rightly be considered a "victim of its own success" by attracting tens of thousands of individual applications from its 47 States parties each year. It has also shown a remarkable flexibility by successfully addressing its enormous caseload and backlog in difficult times, when under attack from different quarters and for different reasons. The Inter-American Court, which was established at a time when many Latin American countries were ruled by ruthless military dictatorships, gained a remarkable reputation by fearlessly ruling on gross and systematic human rights violations, such as enforced disappearances, torture, arbitrary detention and extrajudicial executions and by ordering far-reaching and innovative measures of reparation to the governments concerned. Although the total number of its judgments during its 40 years' practice is

very limited, many decisions, such as on the rights of indigenous peoples, have a strong impact which goes far beyond the individual cases in question. Its recent tendency to force domestic courts to directly apply the ACHR and to ignore or invalidate domestic laws, which were found to violate the ACHR, is a remarkable achievement. Although the African Court is still in its early stage of developing its jurisprudence and its proper place in the legal landscape of Africa, having to compete with a number of sub-regional courts, it has already built a solid reputation and authority as the most important human rights court in a continent where massive human rights violations take place on a daily basis. This positive experience with the three regional human rights courts certainly justifies repeating the long-standing call upon the United Nations to establish a World Court of Human Rights.[25]

The *Declaration of San José*, which was adopted by the three regional courts on the occasion of the celebration of the 40th Anniversary of the creation of the Inter-American Court of Human Rights in July 2018, is a welcome initiative to enhance the dialogue and cooperation between the three regional courts and to join forces in standing up to defend human rights in difficult times.

[25] See, e.g., Nowak, Manfred, "It´s Time for a World Court of Human Rights", in Bassiouni, M. Cherif and Schabas, William (eds.), New Challenges to the UN Human Rights Machinery. What Future for the UN Treaty Body System and the Human Rights Council Procedures? Mortsel (Belgium) 2012, 17-34; Kozma, Julia, Nowak, Manfred, Scheinin, Martin, A World Court of Human Rights — Consolidated Statute and Commentary, BIM Studienreihe Bd.2, Wien/Graz, 2011.

Desafíos globales contemporáneos para los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos

*Felipe González Morales**

Agradezco la invitación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para participar en esta conferencia en la que se celebra su 40 aniversario, así como el 40 aniversario de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Aprecio la enorme tarea llevada a cabo por la Corte Interamericana durante este período, que ha sido crucial para la protección de los derechos humanos en el hemisferio americano.

Basado en mi experiencia como Comisionado y Relator sobre Migrantes de la Comisión Interamericana durante ocho años y siendo en la actualidad Relator Especial de Naciones Unidas sobre derechos humanos de los migrantes, es decir, habiendo formado parte del Sistema Regional y del Sistema Universal, procuraré en esta ponencia resaltar aquellos aspectos que me parecen más relevantes en relación con el tema planteado. Lo haré primeramente en un abordaje general y luego, más específicamente, acerca de los derechos humanos de los migrantes.

Los sistemas internacionales de protección y promoción de los derechos humanos han crecido en forma paralela. Observando en este sentido la evolución del Sistema Universal y del Sistema Interamericano, se aprecia que en ambos ha existido en

* Relator Especial sobre Derechos Humanos de los Migrantes de Naciones Unidas.

los últimos 40 años un fortalecimiento significativo. En Naciones Unidas, ello se refleja en el desarrollo del sistema de procedimientos especiales (Relatores, Expertos Independientes, Grupos de Trabajo) a partir de mediados de la década de los setenta, en el sistema de órganos de tratados y en la creación de la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos, entre otros. En el Sistema Interamericano, en estos 40 años, la Corte ha desarrollado una jurisprudencia paradigmática a través de sus sentencias en casos contenciosos y de sus opiniones consultivas, con amplio impacto en los Estados del continente. La Comisión Interamericana, que ya existía desde antes, ha visto, a su vez, consolidado su trabajo en materia de informes sobre países, trabajo temático, visitas *in loco* y su sistema de casos, entre otras funciones. Además, tanto la Corte como la Comisión han desarrollado un importante sistema de medidas urgentes, provisionales en el caso de la primera, y cautelares en el de la segunda.

Tanto a nivel de Naciones Unidas como en el Sistema Interamericano ha tenido lugar un interesante desarrollo normativo, a través de la adopción de tratados y declaraciones sobre diversos temas de derechos humanos. A este respecto, el desarrollo en la ONU ha sido de más amplio alcance, al incluirse temas en los que todavía no existen instrumentos interamericanos de derechos humanos, como en materia de personas en situación de movilidad o de discriminación contra la mujer. Por otra parte, hay temas, como la protección de los derechos de las personas LGBTI, que no han sido reconocidos en tratados dedicados específicamente a ellas en ninguno de los sistemas internacionales. Estas carencias, no obstante, han sido suplidas en una medida importante por medio de la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección, universales y regionales, al derivar de normas generales —especialmente el principio de no discriminación— los derechos humanos de los colectivos antes mencionados.

Un desafío pendiente, entonces, consiste en continuar la labor de *standard setting* en materia de instrumentos internacionales de derechos humanos, con especial atención a aquellos colectivos cuya protección normativa específica es aún insuficiente.

Asimismo, en relación con los mencionados instrumentos internacionales existe una característica común al Sistema Univer-

sal y al Sistema Interamericano: la asimetría en su ratificación. En efecto, en ambos sistemas internacionales puede observarse una gran disparidad entre los Estados en sus niveles de adhesión a los tratados de derechos humanos. Esto trae consigo obligaciones jurídicas de alcance muy diverso que, además, suelen implicar que la competencia de determinados órganos se vea total o parcialmente limitada. El desafío, entonces, consiste en reducir significativamente las asimetrías, tarea en la cual, si bien el rol principal corresponde a los propios Estados y a los órganos políticos de las organizaciones internacionales, resulta relevante el involucramiento de los órganos de protección con los Estados.

En conexión con los mismos instrumentos, otro desafío mayor —y común a los distintos sistemas internacionales— es el de dotarlos de mayor eficacia. Claramente el nivel de eficacia de dichos instrumentos ha ido a la zaga del desarrollo normativo reflejado en ellos. Es evidente que si se compara el grado de eficacia actual es muy superior al de hace 40 años, pero este continúa siendo claramente insuficiente.

En este sentido, los órganos internacionales de derechos humanos han llevado a cabo distintas iniciativas para procurar dotar de mayor eficacia a los instrumentos internacionales sobre tales derechos. El problema, claro, es que, además de la cuestión de la voluntad muy variable y volátil de muchos Estados para implementar las decisiones de dichos órganos, estos poseen un amplio rango de atribuciones y usualmente recursos muy limitados, lo que les impide poner mayor énfasis en esta tarea.

De allí que por distintas vías los órganos internacionales, con apoyo de algunos Estados y de la sociedad civil, busquen extender el impacto de sus decisiones. De este modo, por así decirlo, las decisiones tendrán una "caja de resonancia", produciendo un efecto que vaya más allá del caso particular de que se trate. La experiencia de la Corte Interamericana es muy ilustrativa en este sentido: numerosas decisiones del Tribunal han conducido a reformas legislativas o a la adopción de otras medidas internas, incluyendo la formulación de políticas públicas, incluso en países que no eran partes en el caso respectivo. De allí que continuamente se subraye el carácter paradigmático de la jurisprudencia de la Corte.

La otra gran vía se refiere a la implementación de las normas contenidas en los instrumentos internacionales. Este es un desafío de gran alcance que posee la doble virtud de dotar de imperio a las normas internacionales —al pasar estas a formar parte del derecho interno— y de descargar en alguna medida el trabajo de los órganos internacionales de derechos humanos. Efectivamente puede constatarse cómo un proceso de tales características ha tenido lugar en muchos Estados, tanto a nivel regional como extrarregional, sin perjuicio de que también se observen retrocesos.

En numerosos Estados, nuevas Constituciones o antiguas Constituciones reformadas han incorporado en lugar preponderante los tratados de derechos humanos. Además, se han incrementado las iniciativas dirigidas a emprender reformas legislativas o de políticas públicas para que el derecho interno sea coherente con los compromisos internacionales contraídos. Las medidas de reparación de amplio alcance que suelen incluir las sentencias de la Corte Interamericana, aquellas formuladas en informes temáticos y de países de la Comisión Interamericana, las recomendaciones formuladas por los órganos de tratados de la ONU en ocasión de la revisión de los informes presentados por los países, así como las realizadas por los procedimientos especiales de la ONU y otros mecanismos internacionales de derechos humanos, contribuyen de manera determinante a este respecto, monitoreando de manera permanente los avances y retrocesos de los Estados en su derecho interno, tanto a nivel de leyes, de jurisprudencia como de políticas públicas.

Otro gran desafío se refiere a los vínculos y relaciones de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos con los órganos de composición política de las organizaciones internacionales, lo cual es muy relevante para el buen desarrollo de sus labores. En lo que a esto se refiere, la institucionalidad es muy diferente en la OEA y la ONU. En el caso de la OEA, sus órganos políticos —la Asamblea General y el Consejo Permanente— no son órganos de derechos humanos, sin perjuicio de que posean atribuciones relevantes al respecto, incluyendo la iniciativa para la elaboración de instrumentos en la materia, la elección de jueces y comisionados, la determinación de los presupuestos de la Corte y de la Comisión, entre otras.

En cuanto a la ONU, en cambio, el principal órgano en materia de derechos humanos tiene una integración política. Es así como el Consejo de Derechos Humanos está compuesto por Estados, como lo estuvo asimismo el organismo al cual el Consejo reemplazó: la Comisión de Derechos Humanos. Esto implica un involucramiento de carácter permanente y de mucho mayor alcance en la materia.

En la OEA, si bien la Corte y la Comisión Interamericana deben presentar anualmente un informe ante la Asamblea General y el Consejo Permanente, es infrecuente que presenten otros informes —por ejemplo, temáticos o de países en el caso de la Comisión— o efectúen intervenciones adicionales ante dichos órganos. De hecho, en las últimas décadas los períodos de interacción más intensos se han referido a eventuales reformas a la Corte y especialmente a la Comisión, y no a temas sustantivos de derechos humanos.

En Naciones Unidas, el Consejo emprende su propio mecanismo de monitoreo de la situación de los derechos humanos en los Estados, la revisión entre pares o *peer review*. Además, cabe hacer notar que mientras el Consejo posee un carácter permanente, los procedimientos especiales, designados por aquel, poseen un plazo limitado de duración, que pueden o no ser renovados por el Consejo. Todos los procedimientos especiales deben presentar informes ante el Consejo y ante la Asamblea General. El *status* de los órganos de tratados —los comités—, en cambio, es diferente al de los procedimientos especiales, al haber sido creados por tales instrumentos, de modo que no dependen del Consejo.

De allí que el tipo de relación sea diferente en uno y otro sistema: más intenso y regular en el caso de la ONU, pero, al mismo tiempo, con un mayor grado de control. Esto último se refleja, entre otros, en el carácter contingente de los procedimientos especiales —cuyos mandatos se hallan sujetos a plazos determinados— y en la existencia de un Código de Conducta. Un documento análogo no pudo ser adoptado en la OEA —como pretendían algunos Estados a comienzos de la presente década— debido a las críticas de que fue objeto por parte de otros Estados y por la sociedad civil.

En cualquiera de los dos sistemas, y con las diferencias del caso, el desafío consiste en que la relación entre órganos políticos y órganos de derechos humanos de composición no política favorezca la protección de estos derechos. Esto puede lograrse, por ejemplo, a través de un mayor involucramiento de aquellos para dotar de eficacia a las decisiones e informes de los segundos, así como promoviendo instancias de diálogo institucionalizadas.

También es importante continuar avanzando en la apertura de los Estados para que los órganos internacionales de derechos humanos efectúen visitas oficiales, a fin de asegurar que las labores de monitoreo se lleven a cabo de manera adecuada. A este respecto, tanto en la ONU como en la OEA se han producido progresos. Prácticas como las *standing invitations* en Naciones Unidas y una declaración de "puertas abiertas" en la OEA han contribuido en este sentido. Sin embargo, cabe hacer notar que unas y otras no siempre aseguran que las visitas se concreten, aun cuando como regla general tienden a facilitarlas. Además, existen retrocesos en una serie de países en su grado de apertura a las visitas, al mostrarse renuentes a invitar a los órganos internacionales de derechos humanos.

Para concluir el abordaje de la parte general de mi presentación, quisiera referirme a la relevancia crucial del papel desempeñado por los defensores y defensoras de derechos humanos y de la sociedad civil en general, y al desafío de asegurar que puedan participar de manera significativa en los sistemas internacionales de protección, así como a desarrollar su trabajo de forma libre y sin trabas tanto a nivel internacional como doméstico.

En los distintos sistemas internacionales de protección la sociedad civil juega un rol muy importante. En Naciones Unidas, esto se manifestó incluso antes de la creación de la organización, ya que organismos de la sociedad civil participaron en la gestación de la Carta de la ONU. Muy pronto adquirieron *status* consultivo, al establecerse la Comisión de Derechos Humanos. En la OEA, la Comisión Interamericana, en respuesta a consultas de la sociedad civil, dispuso desde los inicios de sus funciones que ellas no necesitarían de *status* consultivo para participar. La Corte Interamericana, por su parte, desde un comienzo reconoció

un amplio derecho de participación para la sociedad civil en el ámbito de su jurisdicción consultiva y paulatinamente lo fue incrementando en el ámbito de su jurisdicción contenciosa. A nivel de los órganos políticos de la OEA hace casi 20 años se estableció un sistema de *status* consultivo.

Las contribuciones de la sociedad civil se manifiestan de múltiples maneras, tales como a través de la presentación de la mayoría de los casos ante los órganos internacionales de protección, incluyendo muchos de carácter paradigmático, informando a dichos órganos acerca de la situación de los derechos humanos en los Estados, ofreciendo un contrapunto a la visión de estos y fortaleciendo así el monitoreo internacional, resaltando temas nuevos de derechos humanos o relevando nuevos alcances de temas antiguos, llevando a cabo iniciativas de promoción, participando en foros convocados por los órganos internacionales o por los Estados u organizando los suyos propios, y un largo etcétera.

En muchos Estados, sin embargo, los organismos de la sociedad civil, especialmente los defensores y las defensoras de derechos humanos, se ven enfrentados a serias restricciones a su trabajo. En algunos Estados estas restricciones se manifiestan de la manera más brutal, con atentados contra la vida de defensores y defensoras. Otras veces son detenidos arbitrariamente y torturados. A veces ello ocurre como represalia por denuncias que han realizado a nivel internacional. También existen legislaciones que imponen limitaciones contrarias al derecho internacional, que impiden un trabajo eficaz de dichos organismos. Es muy importante garantizar el trabajo tanto de los organismos nacionales como internacionales de la sociedad civil, cuyos roles son complementarios. Se trata claramente de un desafío pendiente de gran envergadura.

Me referiré ahora a los desafíos de los sistemas internacionales de protección en el ámbito de las migraciones. Si bien la migración no es en absoluto un fenómeno nuevo y ha acompañado a la humanidad desde sus albores —como lo señalan los propios borradores del Pacto Global—, históricamente ha vivido períodos de mayor o menor intensidad. En los últimos años la intensidad de la migración se ha incrementado. A ello hay que agregar, como otro aspecto relevante de la situación actual, el que los procesos

migratorios han alcanzado escala global, desarrollándose de manera simultánea en los cinco continentes.

En este sentido, a los flujos migratorios tradicionales en dirección norte-sur, es decir, de países subdesarrollados a desarrollados, se han añadido procesos de migración significativos sur-sur en todos los continentes. La migración además se ha diversificado, en términos de que el porcentaje representado por las mujeres migrantes ha aumentado en forma muy importante. Lo mismo ocurre con la niñez migrante. También se ha producido una diversificación de la situación de las personas en situación de movilidad, volviéndose más fluida la situación de migrantes, solicitantes de refugio, apátridas, desplazados, víctimas de trata, víctimas de tráfico, y otros colectivos.

Junto con la migración regular coexiste, en volúmenes muy importantes de personas, la migración irregular. Aunque las violaciones a sus derechos humanos afectan tanto a migrantes regulares como irregulares, los órganos internacionales de derechos humanos suelen poner énfasis en la situación de estos últimos, que son con mayor frecuencia las víctimas de las violaciones más graves, debido a su mayor vulnerabilidad y a su invisibilidad. Además, debido al temor a represalias, las violaciones de que son objeto los migrantes irregulares tienen mayores probabilidades de quedar en la impunidad, tanto por la dificultad para denunciarlas como por la inacción o negligencia de las instituciones estatales encargadas de su investigación y sanción.

Un fenómeno grave que se aprecia en las distintas regiones del mundo es el de la criminalización de los migrantes, que se produce en distintos niveles. A nivel general, éste tiene lugar mediante la asimilación de la migración con la delincuencia en el imaginario social y el discurso de las autoridades, así como mediante otras formas de discurso xenófobo. En un nivel específico, aunque en diversas regiones del mundo se observan progresos en materia de despenalización de la migración irregular, al eliminarse dicha conducta del catálogo de figuras sancionadas penalmente, ello no siempre trae consigo un decrecimiento de la detención migratoria. Al contrario, ésta se ha incrementado en una cantidad importante de Estados predominantemente receptores.

Ello nos conduce de manera más general a la cuestión del acceso a la justicia y a la relevancia de que los Estados eliminen los obstáculos a dicho acceso, garantizando que los migrantes puedan acceder a los recursos judiciales y administrativos para el ejercicio de sus derechos humanos de forma efectiva, y disponer de representación legal cuando resulte necesario.

En el caso de los migrantes indocumentados, a los aspectos mencionados se añade el temor de denunciar delitos y abusos por el peligro de ser detenidos y expulsados. En este sentido, son de suma importancia las "barreras cortafuegos" (*firewalls*) entre las autoridades de control de la inmigración y los servicios públicos, a fin de permitir el acceso a la justicia, la vivienda, la atención sanitaria, la educación y los servicios sociales y laborales para los migrantes, cualquiera sea su situación migratoria, sin temor a la detección, la detención y la deportación.

Una de las cuestiones más polémicas en el debate internacional actual sobre migraciones es la referida a las deportaciones, que se han incrementado en gran escala en los últimos años. A este respecto, uno de los aspectos más debatidos es la diferenciación entre retornos forzados y retornos voluntarios, ya que existen cuestionamientos desde los organismos internacionales de derechos humanos acerca de lo genuino de la calificación como voluntarios de muchos retornos. De acuerdo con el Derecho Internacional, existen numerosas limitaciones al poder de los Estados para deportar personas, que a menudo son vulneradas.

Debido a las características comunes anotadas, muchos de los desafíos de los sistemas internacionales de protección son también similares. Tanto los órganos de derechos humanos de Naciones Unidas como del Sistema Interamericano los han abordado reiteradamente a través de casos, informes y otras iniciativas. Dado que el impacto de estas ha sido limitado, resulta imprescindible que los sistemas internacionales de derechos humanos redoblen sus esfuerzos con miras a que los Estados respeten y garanticen adecuadamente los derechos humanos de todos los migrantes, ya sea que estos se encuentren en situación regular o irregular.

En cuanto al diseño institucional de Naciones Unidas, a diferencia de lo que ocurre en materia de refugiados, en que se creó a poco andar del establecimiento de la ONU y en el contexto post Segunda Guerra Mundial en Europa, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), hasta fecha reciente la ONU ha carecido de una institucionalidad en materia de migraciones. La complejidad de la situación actual, sin embargo, ha llevado a adoptar pasos hacia la creación de una institucionalidad, siendo uno relevante al respecto la incorporación de la Organización Internacional sobre Migraciones (OIM) a Naciones Unidas y, más recientemente la creación de una Red de Migración de la ONU, que dará seguimiento al Pacto Mundial sobre Migración. Un desafío central es que a los órganos internacionales de derechos humanos se les garantice un rol relevante en estas iniciativas.

También es importante constatar el fortalecimiento del trabajo de la sociedad civil en materia de migraciones y los desafíos que ello conlleva. En la ONU, esto se manifestó especialmente durante la preparación del Pacto Mundial sobre Migración. Por una parte, en diversos países —aunque esté lejos todavía de haberse convertido en una práctica generalizada— los migrantes han podido crear sus propias organizaciones. Por otra parte, muchas ONG de derechos humanos han incorporado en su mandato la protección de los derechos de los migrantes, materia que hasta hace un tiempo escasamente trataban o solo lo hacían en un lugar secundario de su agenda. Estas características también se reproducen en los Estados de la OEA.

Los rasgos señalados a propósito de la situación de la sociedad civil en su trabajo en materia de derechos humanos en general se reproducen en relación con su labor en defensa de los migrantes. Así, los defensores a menudo ponen en riesgo su vida o su integridad personal debido a las tareas que llevan a cabo y enfrentan muchas limitaciones y obstáculos a su trabajo, en transgresión a la normativa internacional. Al respecto, es muy importante que los sistemas internacionales de derechos humanos mantengan este asunto en lugar central en sus agendas, con miras a producir un mayor impacto en las prácticas de los Estados.

The African Human Rights System

*Michelo Hansungule**

The term African human rights system has broader reach encompassing as it does the African Court of Human and Peoples' Rights, the main focus of this event here, but also the African Commission on Human and Peoples' Rights as well as the Committee of Experts on the Rights of the Child. Below these first layers, we also find a regionally limited layer: the sub-regional human rights systems including the East African Court of Human Rights (EAC), the Economic Community of West African states (ECOWAS) and the Southern African Development Community (SADC).

Therefore, though the African human rights system is the newest and the youngest of the three regional human rights systems globally, by no means it is the smallest. Since the past decade to today, there is growing jurisprudence from the Committee of Experts on the Rights of the Child; specifically about the rights of the child we hardly find in the Inter-American or even in the European systems, important sources.

Similarly, while the European system abandoned the European Commission, the African human rights system, like its counterpart the Inter-American Human Rights, continue to operate the continental human rights commissions. In the case of the African system of human rights, the African Commission on Hu-

* Professor at the University of Pretoria.

man and Peoples' Rights —in fact— preceded the African Court of Human and Peoples' Rights, and it is teleologically linked to the former.

In terms of the legislative frameworks, the Committee of Experts on the Rights of the Child has its own legislation: the African Charter on the Rights and Welfare of the Child. Ironically, this 'child specific international legislation' was mooted by the Organisation of African Unity (OAU) simultaneously as the African Charter on Human and Peoples' Rights, which, apart from establishing the African Commission on Human and Peoples' Rights, provides the 'bill of rights' for both the African Court and the African Commission.

Based on article 66 of the African Charter, supplementary legislation has been developed by the African Commission through the African Union in the form of protocols aimed at supplementing the Charter. Principal among these is the 1998 Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of the African Court of Human and Peoples' Rights. As you have heard from this commemorative event here in Costa Rica, this Protocol is the one establishing the African Court of Human and Peoples' Rights and, therefore, adds substantially to the institutional architecture of the African human rights system. I must also mention the 2003 Protocol on the Rights of Women in Africa, which builds substantially towards efforts to ensure women's rights in Africa. Because the president of the African Court and other speakers have spoken at length on the African Court, suffice it for me to say one or two words on the normative framework of the African Charter on Human and Peoples' Rights.

Compared to its counterparts, the European and Inter-American Conventions on Human Rights, the African Charter is a unique instrument in that, while safeguarding keeping to the format of international human rights standards, in a number of respects it simultaneously departs substantially from these standards. For example, the African Charter encapsulates the mainstream human rights standards by guaranteeing a comprehensive list of civil and political rights simultaneously as it guarantees a very attractive list of socio-economic rights. Alongside these

two groups of rights, the Charter breaks new ground completely and guarantees a list of solidarity rights, otherwise known as 'peoples' rights', which both the Inter-American and European systems have loudly ignored.

Guaranteeing socio-economic rights in the Charter no doubt made the Charter a living instrument, which is not only sensitive to the principle of indivisibility of human rights but also to the practical realities and conditions of people in African countries. Given this reality in international human rights law, and also in view of the situation in Africa, it was automatic that the founders of the African Charter on Human and Peoples' Rights would come up with an instrument that reflected the idea of international human rights simultaneously as it gave practical expression to the African situation.

Relatedly, the African Charter on Human and Peoples' Rights, in keeping with the principle of indivisibility of human rights, decided to afford all the three types or categories of human rights in its instrument, the same means of protection. Consequently, the protection mechanism for the civil and political rights in the Charter applies with equal force to the economic, social and cultural rights. In other words, the drafters of the African Charter disagreed with the drafters of the UN Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, who originally denied these rights, the individual right of complaint on the ground they don't respond to the same means of protection as the civil and political rights.

Regarding measures of safeguard, the African Charter and the protocol establishing the African Court provide for the appointment of Commissioners and Judges respectively in each case by the Assembly of Heads of State and Government. This particular issue is controversial in that appointments, particularly selections of candidates in national jurisdictions, are far from transparency.

Some of the Commissioners and Judges appointed have been of questionable character but are nevertheless found suitable by political authorities. There is no citizenry involvement in the identification and selection of candidates, which undermines the confidence of the systems in the eyes of the ordinary public.

Finally, peoples' rights or solidarity rights are slowly being claimed by victims in Africa, as seen in the cases of the Ogiek indigenous peoples of Kenya, which case was brought to the African Court by the African Commission due to the systematic and serious nature of the violations complained of. The Court has pronounced on this case thereby introducing the earliest jurisprudence on peoples' rights which is likely to have great impact in Africa as a whole. Earlier, the Endorois people, again in Kenya, obtained a landmark ruling in their quest for their ancestral land and resources previously expropriated by Kenya during colonial times. In the case, the African Commission went out of its way to state the law on the right to development hitherto unstated and to find that Kenya was in breach of article 22 of the African Charter by not including the Endorois in the making of decisions which affect them.

In conclusion, the African human rights system though the youngest and therefore the weakest of the three systems, nevertheless, has been steadily growing. The president of the African Court has recounted the many challenges facing the Court, especially institutional such as due to the impact of article 34(5) of the Court protocol requiring State Parties to accept the jurisdiction of the African Court. To entertain individual complaints, nevertheless, the Court is slowly but steadily developing jurisprudence with far reaching implications on the rights of African people. With time, the African Human Rights System is bound to grow into a practical instrument for the application of African victims of human rights violation.

Global contemporary challenges to regional human rights protection systems: the case of the African Court

*Tujilane Rose Chizumila**

Introduction

Undoubtedly, the establishment of the African Court is a significant advance in the institutionalization of human rights in Africa. Its creation marked the beginning of a new era for the judicial protection of human rights in the region.

Since it first became operational in November 2006, the Court has done a remarkable job in protecting human rights. Starting from asserting its existence by establishing the Office of the Registry, recruiting its staff, and preparing its rules of procedure to receiving and disposing of several cases,[1] which have shaped the normative terrain of human rights in Africa, and currently positioning itself as the only continental judicial human rights body that African citizens could have recourse for remedy to violations of their rights, are all things that the Court could be proud of.

* Judge of the African Court on Human and Peoples´ Rights.

1 From 2010 (the year it received its first case) to date, the Court received a total of 178 applications (contentious), 13 requests for advisory opinions, 3 applications for review and 4 applications for interpretation of Judgment. Of these, the Court has disposed of a total of 64 cases.

However, the Court faces many challenges of which some are specific to the Court, and some others are also shared by other regional human rights courts. In this paper, an attempt is made to briefly highlight these challenges which have in one way or the other affected the operation of the Court.

Jurisdictional limits

One of the main challenges affecting the function of the African Court is the limits placed upon its jurisdiction by the Protocol establishing the Court. Article 5(3) of the Protocol envisages the possibility where individuals and NGOs may have direct access to the Court. This is, perhaps unsurprisingly, a good thing only if this access was not curtailed by unnecessary preconditions. Persuant to the same article, individuals and NGOs can only file cases against a State which, first, have ratified the Protocol accepting the competence of the Court and, second, deposited a special declaration to this effect in accordance with article 34 (6) of the Protocol, which provides:

> At the time of the ratification of this Protocol or any time thereafter, the State shall make a declaration accepting the competence of the Court to receive cases under article 5 (3) of this Protocol. The Court shall not receive any petition under article 5 (3) involving a State Party which has not made such a declaration.

In addition, the NGOs which seek to file cases before the Court should have an observer status before the African Commission on Human and Peoples' Rights. Even having fulfilled this, the Court still retains the discretion (see the term 'may' in Article 5(3)) to "entitle the relevant NGOs to institute cases directly before it''.

The fact that direct access to the Court by individuals and NGOs is contingent upon an opt-in system of depositing a special declaration by a State is very unfortunate. Given that the Court is established to protect victims of human rights violations, while allowing an unfettered access to States and other entities,[2]

[2] See article 5 (1) of the Protocol. It reads as follows: "The following are entitled to submit cases to the Court: a) The Commission. b) The State

the restrictive access to individuals, who are the primary targets of such violations, and NGOs, which might advance their (individuals') cause before the Court, somehow defeats the very purpose of establishing the Court.

The problem is quite troublesome when one sees the number of countries which have so far ratified the Protocol and deposited the declaration allowing individuals and NGOs to have direct access to the Court. As at July 2018, only 30 out of 55 African countries have ratified the Protocol and, of these, only eight countries, namely, Benin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Ghana, Mali, Malawi, Tanzania and Republic of Tunisia have deposited the said declaration. This precisely means that only individuals and NGOs can lodge their grievances against these eight countries directly in the Court. In this situation, where most of the African citizens are unable to seek judicial redress, the Court cannot fully discharge its statutory mandates of protecting human and peoples' rights in Africa.

Limited awareness of its existence among ordinary Africans

For the effective operation of any court, awareness of its existence and function by its users is an indispensable factor. This is significant because awareness as to the existence or function of a court has a direct bearing on its accessibility, i.e., the users cannot access and be beneficiaries of the works of the Court unless they know what it does, where it is located, how it functions and who can appear before it.

When it comes to the African Court, partly because of its relatively young age, only 10 years since it came into being, and partly, as a result of the limited awareness-creating efforts made, most ordinary citizens do not know its existence or functions. A random assessment even among the people in the legal profes-

Party which had lodged a complaint to the Commission. c) The State Party against which the complaint has been lodged at the Commission. d) The State Party whose citizen is a victim of human rights violation. e) African Intergovernmental Organizations".

sion may reveal a very shocking result that very few know and understand the functions of the Court. This lack of awareness has prevented victims of human rights violations, even those who have the opportunity to access and directly institute cases pursuant to article 5(3) and article 34 (6) of the Protocol, from approaching the Court to seek remedies for the violations they have suffered.

In order to fill the awareness gap, the Court has been undertaking several sensitization visits to different African countries, thus far in 32 countries. During such visits, the Court meets and discusses with different government institutions, the academia, NGOs, and other stakeholders concerning its works. The Court uses sensitization visits as important occasions to not only familiarize its functions among ordinary people, but also to nudge States to ratify the Protocol and deposit the declaration that allows individuals and NGOs to have direct access to it. As a result of these visits, in the past, some States have ratified the Protocol and deposited the declaration.

However, sensitization visits are not activities that a judicial institution should normally undertake. Promotional activities neither fall within the mandate of the Court nor are congruent with its inherent institutional (judicial) nature. It is a job that should be ordinarily done by civil societies, the academia and other national and inter-governmental institutions vested with promotional functions. The Court also does not have adequate resources to carry out more frequent similar visits to reach out all African countries and the ordinary citizens.

Besides, despite the encouraging number of States which ratified the Protocol and deposited the necessary declaration for individuals and NGOs to file cases before the Court, the sensitization visits that the Court has undertaken so far have not yielded the desired result both in terms of getting more ratifications and also increasing the awareness of ordinary African citizens with respect to the functions of the Court. The issue of awareness creation therefore remains an outstanding problem in need of different strategies and the involvement of multiple stakeholders.

The absence of human rights-friendly operational environment: low political commitment, social, economic, and cultural problems

It is important to note that the existence of a human rights—friendly environment is crucial for the effective performance of a human rights court. By operational environment, we refer to the availability of learned lawyers, pro-human rights diplomats who negotiate good and comprehensive human rights instruments, strong civil societies, media and citizens who are aware of basic rights and freedoms. In addition, the overall economic and cultural milieus of the society and its members in which a human rights court operates significantly impact its effectiveness.

In terms of operational environment, the African Court has its fair-share challenges relating to the limited number of human rights experts, weak or few number of civil societies, absence or limited number of free and independent media, and less 'a more than a rhetoric' enthusiasm exhibited by politicians to the human rights agenda. In many parts of the continent, there is still a massive disregard to human rights that human rights violations are seen as parts of 'business as usual' and left with impunity. In most cases, let alone reaching the Courtroom, a large part of cases of gross violations simply go unnoticed.

Most of the African citizens also lack the relevant legal knowledge and the economic capacity to recruit lawyers to bring cases before the Court, even if they wish to. In order to alleviate this problem, the Court has been giving trainings to African legal counsel who have registered in the Court's roster to provide *pro bono* service representing individuals who do not have the capacity to litigate before the Court. This is producing a promising result and the Court is planning to carry out this activity on a more regular level to a larger number of lawyers in Africa, who are willing to advance the cause of human rights.

On some occasions, the Court has also encountered some problems relating to cultural issues. In one of its recent judgments, in the matter of APDF & IHRDA v Republic of Mali, the Court had, for example, to grapple with the issues of the age of

marriage and the celebration of marriage without verifying the presence of consent of future spouses, something that is alleged to have been entrenched as a cultural practice in religious marriages that are common in some sections of the Malian society.

Although the Court upheld the applicable standards of international human rights law to resolve these issues, it was an important occasion for the Court to realize how the cultural realities and traditional values of the African societies may pose a serious challenge to ensure that human rights are respected in the continent. The Court expects to have more similar cases in the future that involve a tussle between modern human rights and some religious and traditional values of the African society.

Execution of its Judgments – Low compliance rate, a global challenge

One of the reasons that led to the establishment of the Court was the low level of implementation of the decisions of the African Commission on Human and Peoples' Rights, because they are considered not binding by the States, among other factors. In the case of the Court, the binding nature of its decisions can be hailed as a triumph. However, this triumph can turn into frustration if the enforcement obligation is not translated from paper to become reality. Under the Protocol, the responsibility for implementing the Court's decisions is entrusted to the AU Executive Council (the Council), a political body. This is understandable. At the international level, political bodies have greater capacity to exert pressure on States than a Court.

The Court has, however, taken the view that the Council's responsibility to enforce compliance does not call into question its inherent powers to monitor the enforcement of its decisions. In the context of such monitoring, the Court may find that its decisions have not been complied with and report to the Council, if necessary. In its decisions, the Court has systematically set a deadline for States to submit a report on the measures taken to implement the decisions.

Notwithstanding what the Protocol says and despite the monitoring efforts that the Court has undertaken, the current

reality reveals that much is still expected from States in terms of complying with the decisions of the Court. Proper enforcement of the Court's decisions requires not only enforcement in relation to the particular case but also its support for similar cases in the country concerned and the continent as a whole. And, in this regard, the political commitment again is lacking.

This being a general global challenge that cuts across many regional human rights courts in the world, it is by no means peculiar to the African Court. Additionally, when it comes to compliance with its decisions, albeit quite few, there are some cases where the decisions of the Court were fully implemented. In the matter of *Zongo and others v. Burkina Faso*, the Republic of Burkina Faso fully complied with the judgment of the Court, including by paying compensation to victims. In order to magnify such good practices, the Court has used different occasions to 'name and acclaim' States which have partly or fully implemented its decisions. Moving away from the traditional 'naming and shaming' approach and exploring the naming and praising strategy may somehow have some positive ripple effects.

Material and human resource

The other challenge affecting the works of the African Court is limited human and material resources. Despite the increasing workload of the Court, judges are still part-time, and the number of the registry staff is quite small. As at 11 July 2018, there are 130 pending cases but the number of legal staff including the Registrar and the Deputy Registrar is only 9, each legal staff on average managing more than 15 cases in addition to other administrative assignments.

The number of staff in other very important departments, including the language unit, is quite small making sometimes difficult to get documents ready in time in the four working languages of the Court.

In addition, the Court is in a temporary premises, having a severe shortage of office space to accommodate even its small number of staff. The problem is expected to persist in the foreseeable near future, as the construction of the permanent prem-

ises is not progressing well. These above-mentioned problems are perhaps unique to the African court.

Conclusions

Just over a decade ago, the African Court was established to complement the protective mandate of the African Commission on Human and Peoples' Rights through judicial decisions binding upon concerned States. Its establishment was a momentous juncture in that it opened a new chapter in the African human rights system by creating an additional source of optimism for African citizens that they can now get judicial redress to the violations of their human rights not only at national level, but also at regional level at the Court where the national system fails to give them adequate remedies.

To live up to this expectation, the Court has since its creation been trying its best level to ensure that human rights are observed and protected, and when violations occurred, victims are compensated. However, the task of discharging this lofty mandate has not been a walk in a park. The Court has had to grapple with many institution-specific challenges such as shortage of human power, material resources, judges working only part-time, and some other problems pertaining to its operational environment, such as limited political commitment to human rights, lack of widespread awareness of its existence and function among ordinary African citizens, economic, social and cultural realities of the African societies, and most importantly, the limits placed upon its jurisdiction in receiving cases from individuals and NGOs.

Furthermore, the Court faces other problems that are shared by most other regional human rights bodies, the major one being low compliance rate/execution of its decisions.

These problems notwithstanding, the Court foresees a bright future for itself and the state of human rights on the continent. It hopes that most of its problems will diminish or perish as new generations of leaders come to power, the economic, social and cultural realities improve and change, and its institutional capacity is ultimately strengthened. What it has been able to achieve in the past is a testament to this bright prospect.

Global contemporary challenges to the regional human rights protection systems

*Ganna Yudkivska**

Let me start with thanking wholeheartedly the organisers of this unique event. The mere fact that three regional human rights courts, despite all differences in our respective mandates, procedures and guaranteed rights, came together and speak in one voice, demonstrates our solidarity in the face of a current regrettable trend of opposition to human rights all over the world.

We are speaking today about global challenges as we find ourselves at the crossroads of different crises that are interconnected, an economic crisis, a migration crisis, territorial armed conflict in Europe and terrorism. And those crises have resulted, on the one hand, in new waves of cases being brought before international judicial institutions but on the other hand, in a wave of populism which is very far from our perception of democracy.

Our respective international human rights courts are now invited to address the consequences of these crises for people in our continents. As a result, do we feel a pushback against the international courts? Undoubtedly, yes. It is important to note that today academia differentiates between a "backlash" that means resistance to the authority of a court (withdrawal from the system being the most extreme form of it), and pushback —resistance to

* Judge of the European Court of Human Rights 2010-2022.

directions of a court's jurisprudence).[1] There are instances of resistance to the way of jurisprudential developments in the ECtHR from a number of states, Russia, Turkey and United Kingdom.

Past two years showed that in Europe, unfortunately, we cannot anymore take for granted that European States are democratic by definition; and when we consider our role as international judges "business as usual" will not suffice. We cannot ignore a dramatic u-turn to authoritarian tendencies in some States, and simply address any legal problem in isolation; in other words, we should see the forest behind the trees and assess consequences of our decisions in a given society.

Let me give you just one example, the case of *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*,[2] on the right to access to information for an NGO. It might be argued that the Court's finding that the denial of access to information constituted an interference with an applicant NGO's freedom of expression was evolutive interpretation of the Convention, since drafters of the Convention deliberately excluded access to information from the guarantees of Article 10. However, the Court made it clear that "the manner in which public watchdogs carry out their activities may have a significant impact on the proper functioning of a democratic society. It is in the interest of democratic society to enable them to impart information on matters of public concern...", as a lack of transparency is a key feature of totalitarian regimes, this was precisely "seeing forest behind the trees" and fulfilling the mission of the Convention.

"Founding fathers" of human rights treaties saw them more as inter-State pacts against totalitarianism than anything else, with the international system of control unlikely to be invoked other than in extreme cases.[3] However, for example, the Europe-

1 See Çali, Başak, "Coping with Crisis: Whither the Variable Geomety in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", Wisconsin International Law Journal, Vol. 35, No. 2, 2018.

2 *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary* [GC], no. 18030/11, § 165, 8 November 2016, ECHR 2016.

3 Greer, Steven M., "The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights", Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2000.

an Convention with its right to individual petition quickly turned from being a "paper tiger" to a real mechanism of protection of individual rights. Today it guarantees so many rights, which the "fathers" of the Convention could not even think about. But has it remained "a pact against totalitarianism"? Erik Posner had recently sarcastically written: "the European Court of Human Rights has presided over the return of authoritarianism to Russia, Poland, and Hungary".[4]

Unfortunately, some other States demonstrated a move toward this direction, still remaining a part of the Council of Europe human rights system. Whilst the drafters "hoped that a supra-national human rights system would safeguard liberal democratic institutions", that, in fact, has not materialized. Nowadays, we can see that being under the jurisdiction of the ECtHR does not prevent liberal democracies from producing far-right regimes, and from legitimizing xenophobic discourse and practices.[5]

Does that mean uselessness of the human rights system nowadays? A couple of years ago a Harvard professor Beth Simmons published a wonderful body of research called "Mobilizing For Human Rights".[6] She had investigated why States ratify human rights treaties and why they then comply with them. As a result of her study, she suggested that "Governments are more likely to ratify rights treaties with which they can comply at a reasonable cost", but political benefits obviously should exceed the costs.

We have a perfect example of that in Eastern and Central European States: the Convention was ratified by these States in the 90's, after a fall of the Berlin wall, at the moment when they des-

[4] Posner, E., "Martti Koskenniemi on Human Rights", in W. Werner, M. De Hoon, & A. Galán (eds.), The Law of International Lawyers: Reading Martti Koskenniemi, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 121-136.

[5] See Nanopoulos, Eva, "Will human rights law actually protect us from fascism?", Open Global Rights, 14 March 2017.

[6] Simmons, Beth, "Mobilizing for Human Rights: International Law in Domestic Politics", New York, Cambridge University Press, 2009, pp. 468.

perately needed the European family and wanted to be accepted into it with all subsequent political and economic benefits. And they received those benefits.

Applying Simmons' theory to today's pushbacks and backlashes against human rights courts, we can say that a regional human rights system will be successful only when it is clear for the national authorities that the costs they would bear by changing relevant legislation and practice according to the relevant treaties' standards is less than costs of non-compliance with the Court's judgments. It does not mean that making their legislation and practice compatible with the Convention should always be cheap; it means that non-compliance should be always costly.

Obviously, the pushback against the Court often takes form of non-compliance with its judgments. However, the very fact of non-compliance does not reflect a complete ineffectiveness of the human rights system. Human rights law —as with any other legal system— remains effective not when its decisions are always complied with, but when it is truly needed by its beneficiaries.

The biggest threat for human rights nowadays, enhanced by populism, is an acceptance of trade-offs as the only possible solution. Post-9/11 society has become conditioned by a fear. Security and safety became our new religion. Some are now widely convinced that security can only be achieved through making those trade-offs, shrinking civil rights, including freedom of movement, privacy, liberty. And in the absence of generally presented studies about any causal link (indeed, in the absence of a causal link) between these limitations and security, the general public is persuaded that these trade-offs are unavoidable.

Far-right and populist politicians, who play on sovereignty, national interests, national pride, national values, provoke this hostility against human rights courts trying to present them as 'foreign' or external interference with their "domestic affairs".

Human rights bodies are also presented to the general public as protecting only marginalized and oppressed individuals, convicts, 'asylum seekers', different minority groups. Some seek to present institutions like human rights courts as undermining se-

curity and actively promoting the interests of those who seek to do harm, like terrorist suspects.

Civil society is responsible for changing this focus. We should always remember that law develops together with society. "No legal system can be better than a society, which it serves", as the distinguished ICJ Judge Sir Christopher Greenwood used to say.

Our role, role of judges is "to bridge the gap between law and society".[7] Especially when we see some worrying tendencies that we observe now, we must stick to our principles. According to the late Justice of the US Supreme Court Louis Brandeis "experience teaches us to be most on our guard to protect liberty when the government's purposes are beneficent".

If we depart from a paradigm of threats and challenges, we might find ourselves in a paradigm of opportunities, we have a unique opportunity to protect human rights in the most difficult circumstances. For the European Court of Human Rights, it was an opportunity to strengthen human rights protection across Europe: without displaying activism, it has adopted a wise approach to the economic crisis, bringing the principle of subsidiarity into play as regards major economic decisions. At the same time, it strongly preserved the essence of the Convention. The Court's case-law has provided guidance for the States when it comes to migration in a number of cases concerning conditions of detention, conditions of subsistence of asylum seekers, lawfulness of detention and collective expulsions.[8]

When it comes to terrorism, the Court, while not ignoring the difficulties of a struggle against terrorism, clearly refused to enter into the false dilemma of choice between liberty and security.[9]

---

7 See Barak, Aharon, "The Judge in a Democracy", Princeton University Press, 2006, at p. 11.

8 See more on that in Sicilianos, Linos-Alexandre, "The European Court of Human Rights at a Time of Crisis in Europe", SEDI/ESIL Lecture, European Court of Human Rights, 16 October 2015, *http://esil-sedi.eu/wp-content/uploads/2018/04/Sicilianos_speech_Translation.pdf*

9 *Idem.*

Let me finish with a personal remark. Last year, together with the European Society of International Law, we have organised a big international conference on post-conflict justice in Kyiv, Ukraine. One of the invited speakers was Professor Cherif Bassiouni, "the father of international criminal law" who played a key role in the drafting of almost all major international criminal law instruments developed in the last fifty years, including the Torture Convention, the Rome Statute and the Apartheid Convention.

By the time the conference took place he was already terminally ill. Nevertheless, he undertook incredible efforts to appear before the audience via videoconference; and this was one of his last public appearances if not the last one, he passed away shortly after. He has addressed the audience, explaining to us why he overcame his terrible health condition and constant pain to talk to us: "we lawyers should stay together in these challenging times of transition, we have to group, likeminded persons together, likeminded institutions developing a policy of common actions, we should not allow to be split, we must learn how to come together and be a joint force".

It sounded like his last will. Today's historic event —three international courts sitting together and discussing current challenges with representatives of the academia— is precisely an enforcement of his will: he would be particularly happy to get to know about the "San Jose Declaration", which is exactly our "joint force" in the face of all those who tend to undermine achievements of the human rights system.

Finally, this morning, as all of you, I was privileged to listen to the core of wisdom of the Central American continent —nine Presidents of the Inter-American Court of Human Rights, who shared with us their vision and sagacity, and let me express my sincere admiration and gratitude to President Eduardo Mac-Gregor for this most inspiring and unique panel. They were clear enough precisely in this difficult time, we must preserve our integrity. If we act in the name of integrity, we are stronger than any populist government in the world and any group of irresponsible politicians.

Desafíos globales contemporáneos para los sistemas de protección de derechos humanos. Una mirada desde América Latina

*Eugenio Raúl Zaffaroni**

Hemos escuchado hace pocos días al Secretario General de las Naciones Unidas afirmando que estamos pasando por un momento de regresión en materia de derechos humanos en el mundo, aseveración que, por otra parte, ha sido confirmada por varios de quienes han intervenido en estos eventos conmemorativos. Hemos escuchado también las dificultades que tienen nuestras cortes regionales de derechos humanos.

El Secretario General manifestó que esta resistencia regresiva invoca como argumento la soberanía de los Estados. Estimo que esta regresión, en general, es el principal desafío global que tenemos en los próximos años. Para enfrentarlo, creo que es menester, ante todo, comprender su naturaleza, que no puede ser otra que una cuestión de poder, dado que siempre el respeto de los derechos es una cuestión de limitación al poder.

Una regresión en materia de derechos humanos implica que hay un poder que no se aviene a ser restringido, que quiere ejercerse en forma ilimitada, descontrolada, arbitraria. Si esto antes no había sucedido o, por lo menos, no sucedía en la misma me-

* Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 2016-2022.

dida y ahora sucede, es porque algo ha cambiado en el marco del poder mundial.

Efectivamente, se está operando un cambio profundo, nuevo en el poder. Para sintetizarlo diría, aunque parezca paradojal, que es nada menos que los Estados están perdiendo poder al superarse el tradicional capitalismo productivo por el capitalismo financiero. Este se concentra en corporaciones transnacionales cuyas dimensiones económicas astronómicas superan las economías de los Estados; no solo de los pequeños, sino incluso medianos, y tanto en países sede como en países periféricos, van ocupando el lugar de la política, van tomando como rehenes a los políticos o, directamente, asumen la conducción de los Estados.

Dada la naturaleza de este poder, no podemos comprender qué es lo que condiciona la regresión de los derechos humanos si no incorporamos la dimensión económica del fenómeno del poder actual en el mundo. No nos va a resultar fácil hacerlo, en principio, porque tenemos una formación, un entrenamiento que proviene del iluminismo, y estamos habituados a lidiar por los derechos humanos contra Estados dirigidos por políticos. Sin embargo, hoy las agresiones no tienen raíz en los Estados, son ajenas a ellos, aunque los usen como medios para agredir.

En segundo término, tenemos una experiencia negativa que nos condiciona un cierto prejuicio. Es un prejuicio contra el reduccionismo economicista que, naturalmente, es un vicio que deforma la realidad como todo reduccionismo. Sin embargo, se debe tener cuidado: rechazar el reduccionismo economicista es una cosa sensata, pero ignorar la dimensión económica de un fenómeno de poder es una insensatez y no es lo mismo.

El avance del poder corporativo financiero se cierne como un nuevo totalitarismo que intenta reemplazar a la política, ocupar el lugar de la política y, por lo tanto, se ha empeñado en debilitar a los Estados en cada región a su manera. El enemigo declarado de este totalitarismo financiero es, nada más ni nada menos, la soberanía de los Estados, que en todo Estado democrático es del pueblo, porque soberano en una democracia no puede ser otro que el pueblo mismo.

Por cierto, no es igual el debilitamiento de los Estados europeos que el de los latinoamericanos. Sin embargo, el proceso que vive Europa con las tentativas de desarticulación de la Unión Europea y el de América Latina, con el endeudamiento de sus economías, el desbaratamiento del UNASUR y el debilitamiento del MERCOSUR, responden al mismo propósito: minar el poder político de los Estados nacionales, impedir que mediante la regionalización fortalezcan su autonomía política y económica, es decir, su soberanía.

Es paradojal, pero no se considera violatorio de la soberanía el astronómico endeudamiento de los Estados de nuestra región, que compromete la renta nacional por décadas en pagos de servicios de deuda en lugar de invertirla en desarrollo humano. Cuando las condiciones de pago de esos servicios de deuda obligan a violar derechos sociales y a reprimir salvajemente protestas y disidencias, entonces se invoca la soberanía nacional para resistir las decisiones de las cortes regionales de derechos humanos.

Mientras las soberanías se aniquilan por efecto de un nuevo colonialismo en versión financiera, las ruinas de estas soberanías se usan como pretexto para impedir que alguien perturbe los trabajos de demolición. Lo cierto es que esta empresa asume caracteres de criminalidad organizada de dimensiones macro delictivas. La Corte Interamericana, cuyo 40 aniversario conmemoramos, surgió ante la intolerable impunidad de crímenes de lesa humanidad propia de los años setenta del siglo pasado.

Hoy hay nuevos crímenes impunes sobre los que es menester llamar la atención. La dimensión económica de los crímenes de lesa humanidad se tuvo en cuenta en Núremberg, pero después se olvidó durante décadas. Sin embargo, vivimos hoy macro criminalidades económicas que afectan los derechos humanos de millones y millones de personas.

No puedo detenerme en detalles, pero basta mirar la historia reciente y, por ejemplo, la burbuja financiera del año 2008, que costó a los contribuyentes norteamericanos medio billón de dólares y a los contribuyentes europeos otro tanto de euros para salvar a los bancos que habían sido los autores de esa macro estafa. Si pensamos en la explotación a distancia con salarios miserables,

esto no es otra cosa que el crimen de explotación de trabajo esclavo. Si tomamos en cuenta los endeudamientos atroces, el apoderamiento del aparato estatal para proceder a endeudamientos veloces y atroces, esto no es nada más y nada menos que administraciones fraudulentas. Si se piden créditos de último momento para lanzarlos al mercado para que se los lleve el capital financiero esto es, nada más y nada menos, que una enorme defraudación masiva. Si se tiene en cuenta que nadie reprime los refugios fiscales a donde van a dar las inmensas y astronómicas evasiones fiscales esto no es nada más que crimen de encubrimiento y de reciclaje de dinero. Si se tiene en cuenta el enorme poder, el infinito poder de corrupción que tienen estas entidades por su capacidad económica, pero de lo cual resultan impunes, porque se olvida que el cohecho tiene dos formas: cohecho activo que es el que ofrece y cohecho pasivo que es el que recibe. Todo esto son crímenes, código penal en la mano.

Debo manifestar que no me estoy apoderando de ideas ajenas para presentarlas como propias, sino simplemente deseo advertir desde el penalismo, desde un humilde profesor de derecho penal, a todos los especialistas y doctrinarios de derechos humanos, lo que estamos viendo los penalistas, y no solo los penalistas de América Latina porque dirían que somos los que llevamos la peor parte, sino incluso también los europeos. Es decir, desde el penalismo, deseamos advertir a los estudiosos y partícipes en la tarea de impulsar los derechos humanos acerca de la existencia de un nuevo ámbito de impunidad diferente al de hace 40 años; esta vez, de nuevos crímenes de lesa humanidad, pero que también exigen, urgentemente, un nunca más.

La raíz profunda de la regresión que vivimos no se halla en un enfrentamiento real con la soberanía de los Estados, sino con la misma fuerza que destruye esas soberanías y que es el poder corporativo financiero transnacional. No puedo dejar de puntualizar la forma en que esto se manifiesta en nuestra región: en forma de monopolios mediáticos que imponen creaciones de realidades, censuras y discursos únicos, monopolios que sirven también para eso que se llama *lawfare,* es decir, el método de estigmatización mediática y posterior criminalización de opositores y disidentes por medio de sectores judiciales manipulados; en la persecución

de jueces no manipulables por el contenido de sus sentencias; en el endeudamiento acelerado de nuestros países en administraciones caóticas; en el favorecimiento de un festival de privatizaciones y regalos del patrimonio estatal en educación, salud y previsión social; en cárceles reducidas a campos de concentración; en policías con altísimos índices de letalidad con marcado acento racista, y, en síntesis, en una acelerada regresión.

Es indispensable que pongamos los ojos en esta dimensión para comprender la verdadera naturaleza y la verdadera raíz del fenómeno regresivo sobre el que nos ilustra el Secretario General de Naciones Unidas. Va a ser difícil porque tenemos que comprender la dimensión económica del fenómeno, para lo cual, como dije hace un momento, quizá no estamos convenientemente entrenados. Eso es natural: todos tenemos un entrenamiento, debido a la necesaria parcialización del conocimiento, que nos va acercando al mayor conocimiento acerca de un objeto y al mismo tiempo nos entrena para desconocer el resto. Pero es indispensable que, a corto plazo, superemos esto para comprender la naturaleza de lo que está detrás del fenómeno que nos afecta a todos.

PANEL IV.
LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y SU INTERACCIÓN CON LAS ALTAS CORTES NACIONALES



El diálogo jurisprudencial y la experiencia de Costa Rica

*Carmenmaría Escoto Fernández**

Agradezco que se me permita, en primer término, dirigirme a ustedes de una manera breve, precisa, porque para mí es esencial este panel y es un orgullo compartir una mesa con quienes aquí se encuentran. Los deberes a mi cargo me obligan a asistir inmediatamente al Consejo Superior del Poder Judicial de Costa Rica.

Como Presidenta en ejercicio de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica, significa un enorme gusto y un honor participar de esta histórica conmemoración del cuadragésimo aniversario de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, un Tribunal con el cual el Poder Judicial ha tenido históricos lazos de cooperación interinstitucional y relación profesional. Me permito recordar que una de las primeras sesiones de la Corte Interamericana fue, precisamente, en la Sala de Trámite de Vistas de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, lo cual evidencia la estrecha cooperación y el excelente diálogo que, desde un inicio, ha existido entre ambas instituciones y sus autoridades.

Además, no podemos dejar de mencionar que uno de los magistrados, y expresidente de la Sala Constitucional, ocupó previamente el cargo de juez de la Corte Interamericana de la cual fue su presidente, don Rodolfo Piza Escalante, quien desarrolló un bagaje de experiencias y conocimientos como juez interame-

* Presidenta en ejercicio de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica.

ricano, lo cual se visualizó no solo en la redacción de la ley de la jurisdicción constitucional, sino también en su trayectoria como juez de la Sala Constitucional en sus sentencias. Ejemplo de ello es el histórico voto 3435 del año 1992, donde la Sala Constitucional determinó que los instrumentos de derechos humanos vigentes en Costa Rica tienen no solamente un valor similar al de la propia Constitución, sino que, en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a la persona, prevalecen sobre la Constitución Política.

Puedo recordar con orgullo y agradecimiento a la exmagistrada y expresidenta de la Sala Constitucional, Ana Virginia Calzada, quien una vez, cerca de los años noventa, me encomendó dirigirme a un grupo de estudiantes en un panel para hablar sobre los derechos que nos rigen en los convenios internacionales acorde a la legislación ambiental para lo cual la Corte de Costa Rica, la Sala Constitucional, estimó que aunque no estén ratificados por Costa Rica son parte del ordenamiento jurídico y prevalecen en tanto y cuanto tutelen el ambiente a la Constitución Política misma. Estas lecciones de vida las llevo en el alma, como muchos y muchas juzgadores quienes las aplican a diario en nuestra institución y a nivel americano. Asimismo, recuerdo la sentencia 1739 del año 1992, donde la Sala Constitucional desarrolló los elementos del debido proceso.

Es por ello que debemos conmemorar este cuadragésimo aniversario y el legado de don Rodolfo Piza como juez interamericano para el Poder Judicial de Costa Rica y la Sala Constitucional en la consolidación de una importante jurisprudencia nacional en materia de derechos humanos. Nos enorgullece que esta Corte haya sido y sea integrada por insignes juristas costarricenses defensores de los derechos humanos. Expreso un saludo muy especial a don Manuel Ventura Robles y a doña Elizabeth Odio Benito, exjuez y jueza, respectivamente, de la Corte Interamericana.

Siempre ha habido una gran voluntad de relación cordial y cooperación, así como de respeto dentro de la tradición pacifista que ha caracterizado a la sociedad costarricense y a sus instituciones hacia los derechos humanos, lo cual ha sido un baluarte para el Estado y nuestra democracia, en procura de garantizar el funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Seguidamente, en el tema que nos convoca, me parece importante destacar que a partir del caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, en el cual la jurisdicción interamericana formalizó el control difuso de convencionalidad y en posteriores sentencias donde ha perfeccionado este instituto jurídico, se ha utilizado su jurisprudencia en la Sala Constitucional de Costa Rica, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que la Sala Constitucional ha efectuado un adecuado control de convencionalidad. Por ejemplo, la Sala ha dado un carácter vinculante a las Opiniones Consultivas, un valor supraconstitucional a los tratados internacionales de derechos humanos en la medida en que otorguen un mayor nivel de protección que la Constitución Política y ha afirmado que los tratados internacionales de derechos humanos son vinculantes en nuestro país con la suscripción por parte del Estado. Lo anterior evidencia el respeto por los derechos humanos de Costa Rica, que se ve reforzado con la actuación de la Constitución, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de los criterios interpretativos de la Corte.

Por otra parte, una de las características del control de convencionalidad es que convierte al juez nacional ordinario en juez interamericano con fundamento en el principio de subsidiariedad y complementariedad de la jurisdicción interamericana. En ese sentido, el Poder Judicial, a través de las capacitaciones que ofrece la Escuela Judicial, ha incorporado los estándares interamericanos y capacita funcionarios y funcionarias judiciales, así como jueces y juezas del país en derechos humanos y en la aplicación de los convenios internacionales, así como en las Reglas de Brasilia, que vienen a ser un compendio de esta normativa a nivel iberoamericano.

Asimismo, es necesario hacer hincapié en que, si bien es cierto que la relación entre la Corte Interamericana y la Corte Suprema de Justicia ha tenido sus diferencias interpretativas, ello en modo alguno llevó a que no exista un diálogo jurisprudencial en materia de derechos humanos, indispensable para la construcción de un *ius commune* interamericano. La Corte Suprema de Justicia resalta los criterios interpretativos que la Corte de San José ha realizado en temas como las garantías del debido proceso y el derecho de defensa en los procesos judiciales, el acceso a la justi-

cia, la protección de las minorías y, recientemente, la protección de las personas adultas mayores.

Para mí es un orgullo coordinar la Comisión de Acceso a la Justicia del Poder Judicial, donde se aplican acciones y políticas fundamentadas tanto en convenios internacionales como en la jurisprudencia de estas dos Cortes. Es un honor como Presidenta en ejercicio de la Corte Suprema de Justicia participar de esta conmemoración del cuadragésimo aniversario de una de las jurisdicciones más importantes y pioneras en la defensa de los derechos humanos a nivel mundial. Este prestigio se ve reflejado en cómo, incluso en recientes sentencias, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cita la jurisprudencia de la Corte Interamericana; lo mismo hacen los Tribunales de Justicia americanos y la jurisprudencia de la Sala Constitucional. Con esto les doy la bienvenida, agradezco la participación y les deseo éxitos en tan importante evento.

El diálogo jurisprudencial y la experiencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala

*Dina Josefina Ochoa Escribá**

En 1987, el Estado de Guatemala reconoció la competencia de la Corte Interamericana de Derechos y, a partir de ese momento, ha existido una evolución progresiva en la incorporación de sus criterios jurisprudenciales para la salvaguarda de los Derechos Humanos.

Aun y cuando el Estado de Guatemala ha sido condenado en algunas oportunidades por incumplir los preceptos del Pacto de San José, es indiscutible la preocupación por incorporar sus cánones en la generación de un verdadero control de convencionalidad en la resolución de los casos puestos en conocimiento y decisión de la totalidad del conglomerado judicial guatemalteco.

Al referirse al concepto "diálogo", es necesario hacer alusión a un constante intercambio coherente de ideas y de experiencias comparadas. Trasladando ese concepto al ámbito jurisdiccional, considero de suma importancia el ejercicio de compartir experiencias jurisprudenciales no solo de la corte regional que hoy nos convoca, sino también de los demás tribunales constitucionales y ordinarios de nuestra región y, por qué no, incluso de otros ordenamientos jurídicos existentes.

* Presidenta de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

En un mundo globalizado, que evoluciona cada día con mayor rapidez, se hace imprescindible este tipo de ejercicios para lograr aproximaciones, teóricas y prácticas, para alcanzar auténticos estados constitucionales y democráticos de derecho.

Sobre esa base, no existe mejor foro para discutir los avances en la jurisprudencia de las altas cortes para el debido reconocimiento y protección de los derechos humanos que la sede que hoy nos ocupa, especialmente, en las vísperas de tan anhelada fecha. La celebración de los 40 años de existencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos me parece que es un momento oportuno no solo para elogiar este hito histórico, sino también un espacio de profunda reflexión para advertir los avances que se han emprendido y, por qué no, los desafíos que aún tenemos por delante.

Con dicho propósito se organiza este panel integrado por distinguidos y distinguidas juristas que tiene el objetivo de desglosar la experiencia comparada de diferentes países, para proyectar la confluencia de su jurisprudencia con los estándares en materia de derechos humanos que han quedado plasmados con nitidez en la amplia gama de importantes fallos emitidos por esta corte regional a lo largo de su existencia. En ese sentido se me ha designado para ejemplificar el esfuerzo que la Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha realizado para hacer positivo y patente ese ejercicio de intercambio jurisprudencial y en cumplimiento de las obligaciones convencionales del Estado de Guatemala.

Para ese efecto y para abonar al tema que nos ocupa, me permitiré hacer alusión a determinados fallos de la Corte Interamericana invocados en nuestras sentencias nacionales como un mecanismo de motivación judicial para la resolución de los casos que oportunamente se han conocido en el pleno de magistrados y magistradas de nuestro Tribunal Constitucional. Estos fallos servirán como un marco referencial para advertir el grado de evolución que ha sufrido nuestra jurisprudencia como consecuencia de la ratificación de los tratados y convenios internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad.

En ese orden de ideas, quiero enfatizar que la Constitución Política de la República de Guatemala se caracteriza por su conte-

nido progresista y altamente humanista, propia del movimiento del neoconstitucionalismo que ha alcanzado a la gran mayoría de Estados latinoamericanos. En ese contexto, resalto los artículos 44 y 46 constitucionales que garantizan el más alto estándar de protección y respeto a los Derechos Humanos, pues reconoce, aunque tácitamente, la existencia de una constitución material y el respeto al bloque de constitucionalidad en la observancia de las convenciones y tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Luego de una gran discusión sobre la interpretación de los artículos que mencioné (44 y 46 constitucionales), el 17 de julio de 2012, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala expresamente reconoció la necesidad de ampliar la tutela de los derechos humanos, a través del denominado "bloque de constitucionalidad" que incluye, en un inicio, los Convenios y Tratados Internacionales en materia de derechos humanos, como el Pacto de San José, para la resolución de los casos sometidos a conocimiento de los órganos jurisdiccionales.

En una sentencia posterior, dictada el 3 de marzo de 2014, la Corte de Constitucionalidad, dentro del expediente 2295-2013, expresamente consideró que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es de observancia obligatoria para el circuito judicial guatemalteco, por formar parte, también, de su bloque de constitucionalidad. De ahí que toda decisión judicial deba ser congruente con los criterios previamente sentados por la Corte Interamericana, ya que son parámetro de constitucionalidad y de convencionalidad de los actos de autoridad. Es a partir de este último fallo que se inicia un "diálogo" más frecuente entre la Corte de Constitucionalidad de Guatemala y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para que las motivaciones jurídicas de nuestras sentencias contengan un sustento más sólido y congruente con los altos modelos de protección de los derechos humanos.

Frecuentemente, al momento de resolver los casos sometidos al conocimiento y decisión del Tribunal Constitucional en Guatemala, quienes integramos el pleno de magistradas y magistrados realizamos un ejercicio intelectivo para acoplar cada una de nuestras decisiones con los criterios que, para el efecto, se

encuentran plasmados en el acervo jurisprudencial de esta corte regional.

En materia de niñez, la Corte de Constitucionalidad se ha tomado la tarea de instruir, por vía de sus sentencias, a la totalidad del circuito judicial guatemalteco para que en los casos en los que se ven involucrados niños, niñas y adolescentes, su tratamiento procesal sea adecuado a su edad y madurez y, específicamente, ha sido enfática en garantizar que su voluntad, tomada por los mecanismos procesales adecuados, sea considerada en la toma de decisiones que les afecten. De manera que para el efecto, la Corte de Constitucionalidad en la sentencia dictada dentro del expediente 5024-2017, hizo alusión a la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Familia Pacheco vs. el Estado Plurinacional de Bolivia* para fundamentar que, de conformidad con el control de convencionalidad, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o una niña, debe tomar en cuenta el principio del interés superior del niño/a y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia. A ese respecto, indicó que el interés superior del niño/a se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de las niñas y los niños, así como en la necesidad de propiciar su desarrollo con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. Aunado a ello, y específicamente en cuanto a la toma en consideración de la voluntad del niño o de la niña para la decisión judicial, la Corte de Constitucionalidad, tomando como base el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y la sentencia dictada dentro del caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, estimó que una resolución judicial que afecte el derecho de un niño o de una niña, emitida sin su intervención, afecta directamente los derechos que le son propios a su dignidad humana.

Por otro lado, en cuanto a los derechos de los pueblos indígenas, específicamente lo relativo al derecho de consulta previa, reconocido en el Convenio 169 de la OIT, el Tribunal Constitucional ha desarrollado importantes avances en su acervo jurisprudencial. Resulta necesario mencionar que, en Guatemala, al igual que en otras latitudes del conteniente, este tema ha adquirido especial relevancia en el quehacer de los órganos jurisdiccionales

y de la justicia constitucional, reconociendo que aún persisten grandes brechas para la plena observancia de los estándares internacionales en la materia.

Parece que, ante la ausencia de políticas adecuadas que promuevan la materialización del derecho a la consulta previa, libre e informada, son las Cortes Constitucionales quienes deben generar pautas mínimas para tutelar un derecho fundamental que históricamente se ha visto vulnerado. Es indiscutible que nos encontramos ya en la era de la preponderancia judicial en la toma de decisiones estatales.

De esa cuenta, hace aproximadamente un año, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala resolvió un caso sumamente controversial y cuya sentencia ha sido objeto de estudio no solo para el foro jurídico guatemalteco, sino para otros juristas de la región. Me refiero al denominado caso *Oxec*, cuya controversia surgió como consecuencia de la instalación de una central hidroeléctrica sin haber llevado a cabo los procedimientos para la consulta previa a las comunidades indígenas afectadas. La sentencia emitida en los expedientes acumulados 90, 91 y 92-2017, de fecha 26 de mayo de 2017, desarrolla una serie de elementos innovadores en la jurisprudencia nacional, que pretenden dar cumplimiento a las obligaciones del Estado de Guatemala y a los instrumentos internacionales en la materia.

En primer lugar, la sentencia reconoce el derecho de consulta a los pueblos indígenas como un derecho fundamental en el marco del control de convencionalidad, del derecho internacional de los derechos humanos, ambos, como parte del bloque de constitucionalidad. En ese marco, la Corte cita la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros instrumentos internacionales relevantes para la materia objeto de estudio, por cuanto su preceptiva obliga al Estado de Guatemala a consultar a las comunidades indígenas y tribales sobre cualquier medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos reconocidos a nivel nacional e internacional, así como de asegurar su participación en las decisiones de los asuntos que conciernan sus intereses. De esa cuenta, la Corte hizo acopio a los fallos en los casos de *Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* y el caso *Pueblo de Saramaka vs. Surinam*, estableciendo, con precisión, los están-

dares que el Estado de Guatemala debe tomar en cuenta para la realización de aquella consulta.

Resulta importante destacar que con el fallo del caso *Oxec*, la Corte se suma a la línea jurisprudencial concerniente a reconocer la justiciabilidad de la consulta a los pueblos indígenas, considerando su naturaleza colectiva y prestacional, en virtud de la batería de instrumentos internacionales de los cuales el Estado de Guatemala es parte y de las interpretaciones que la Corte Interamericana ha realizado en cuanto a la obligación estatal —en el contexto del control de convencionalidad y de la incorporación al bloque de constitucionalidad— de consultar a los pueblos indígenas respecto de aquellas medidas susceptibles de causarles afectación a la esfera de sus derechos. Por otro lado, el fallo de mérito define los elementos de la consulta en atención a aquellos estándares internacionales que ha definido la Corte Interamericana y que, en cierta medida, se han venido plasmando en la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad.

Un elemento interesante del fallo relacionado es que la decisión se enmarca en la modalidad de una sentencia atípica con alcances nomogenéticos, pues pretende vincular a diferentes actores (aunque no figuren expresamente como sujetos procesales en el amparo), a efecto de que la decisión emitida supere una situación inconstitucional advertida por la evidente omisión reiterada de parte del Estado de Guatemala de realizar la consulta que corresponde cuando se lleven a cabo proyectos que puedan afectar a las comunidades, persiguiendo de esa manera prevenir la repetición de esa conducta omisiva, que implica contravenir la normativa convencional y, por ende, la Constitución Política de la República de Guatemala.

En conclusión, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aludidas en fallos de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala que mencioné, son algunos ejemplos del ejercicio que la actual magistratura se ha comprometido a realizar para hacer efectivo el control de convencionalidad en los pronunciamientos que se emitan. Por ello, puedo afirmar, sin lugar a duda, que los esfuerzos de quienes actualmente conformamos la Corte de Constitucionalidad de Guatemala van encaminados a darle cumplimiento a los estándares a los que está obligado

el Estado de Guatemala, ante la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la totalidad de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que conforman el bloque de constitucionalidad.

Por último, en materia de género —que es una de las ramas con las que he tenido mayor identificación—, la Corte de Constitucionalidad ha sido especialmente cuidadosa para garantizar a las niñas y mujeres víctimas de violencia física, sexual, económica y psicológica, un acceso certero a la justicia constitucional y, en general, a la justicia impartida por los órganos jurisdiccionales ordinarios. A modo de ejemplo, puedo citar la sentencia dictada dentro del expediente 88-2017 en la que la Corte de Constitucionalidad, en respeto de una niña víctima de violación sexual, citó dos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el primero, el Caso *Véliz Franco vs. Guatemala* y, el segundo el Caso *J. vs. Perú*, ambos de conocimiento generalizado dentro del contexto guatemalteco y latinoamericano.

A partir de esos dos pronunciamientos se otorgó amparo al Ministerio Público, bajo el entendido de que el testimonio de una niña víctima de violación sexual debe entenderse desde una óptica propia de su edad y madurez, por lo que las inconsistencias en su testimonio no pueden ser un argumento suficiente para restarle credibilidad al hecho denunciado. Las tesituras elaboradas por la Corte Interamericana en los casos antes citados fueron la base de la decisión del Tribunal Constitucional, haciendo referencia a los estándares internacionales que todo órgano jurisdiccional debe tomar en consideración para garantizar los derechos de las niñas por estar en una condición de doble vulnerabilidad (el de ser mujeres y niñas, a la vez).

No obstante lo anterior, en una sentencia de reciente data, la Corte de Constitucionalidad declaró la inconstitucionalidad de la frase que regulaba que "*no podrá concedérsele la reducción de la pena por ningún motivo",* contenida en el artículo 6 de la Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer pues, en esencia, la mayoría de quienes integraron el Tribunal estimaron la pretensión de quienes plantearon la acción de inconstitucionalidad; específicamente, en cuanto a que el precepto normativo que indiqué transgredía los artículos 4 y 19 constitucionales,

que garantizan la libertad e igualdad, y la readaptación social del recluso, respectivamente.

En el ejercicio de la democracia que debe imperar en las decisiones judiciales, presenté un voto razonado disidente, precisamente, haciendo alusión a que, de conformidad con los postulados jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en el ejercicio del control de convencionalidad, se debió advertir que la frase declarada inconstitucional respondía a las acciones afirmativas que el Estado de Guatemala debía adoptar, en observancia de las Convenciones CEDAW y Belém do Pará, para erradicar cualquier acto de violencia contra la mujer víctima y demás víctimas colaterales. En esa disidencia, expresamente aludí a la sentencia del Caso *Espinoza González vs. Perú*, en la que este Tribunal Regional consideró que "[e]n el ámbito interamericano, la Convención Belém do Pará, en su preámbulo, señala que la violencia contra la mujer es "una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres" y reconoce que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye el derecho a ser libre de toda forma de discriminación...".

Realizo la anterior consideración pues estimo que la jurisprudencia sentada por la Corte Interamericana no solo resulta de suma utilidad para que las Cortes nacionales motiven debidamente sus decisiones, sino que, además, son una importante herramienta para que cada uno de los jueces y de las juezas, constitucionales o de la justicia ordinaria, tengamos los insumos jurídicos necesarios para fundar nuestras decisiones proyectadas a través de los votos salvados, que son, como dije, instrumentos académicos y pedagógicos importantes que revelan la riqueza en la discusión interna de cada uno de los tribunales de justicia.

No puedo hablar de votos salvados sin recordar al ilustrado jurista y exjuez de la Corte Interamericana, Antônio Cançado Trindade, cuyos importantes aportes fueron proyectados por vía de sus votos razonados. Esta corte regional, sin duda alguna, es un ejemplo de la participación libre e independiente en la toma de decisiones judiciales, pues aun cuando sus decisiones no fueren unánimes, tanto sus fallos como los votos salvados enriquecen la

discusión jurídica y revelan de mejor manera el pluralismo judicial, que es un ingrediente enriquecedor para el desarrollo del Sistema de Protección de los Derechos Humanos.

Por ello, no quiero dejar de mencionar que aunque existen avances significativos en la salvaguarda de los derechos humanos, los desafíos por delante son considerables; pero a medida que internalicemos la necesidad de corresponder a las obligaciones internacionales adoptadas por el Estado de Guatemala ante la ratificación de convenios y tratados internacionales en materia de derechos humanos, podremos avanzar en una agenda más amplia y protectora de la convencionalidad pero, sobre todo, de la dignidad de las personas.

El diálogo jurisprudencial y la experiencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile

*Haroldo Brito Cruz**

Sin duda, Chile es otro país desde la primera sentencia dictada en su contra por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) en el año 2001. La Corte IDH se pronunció respecto de la censura previa de la película "La Última Tentación de Cristo"[1] y su decisión, no solo incidió en la protección del derecho a la libertad de expresión en nuestro país: también marcó un hito respecto de muchos otros cambios culturales, sociales y legales que se desarrollaron a partir de esa fecha.

La mayor difusión y aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y en especial de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la Convención, Convención Americana, Pacto de San José), y la labor de la Corte Interamericana han influido de manera significativa en la mayor protección y efectivización de los derechos que estos instrumentos consagran, en un contexto histórico de transición hacia la construcción de un Estado más democrático y respetuoso de las dignidades y los derechos humanos de todos sus habitantes.

---

* Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Chile 2018-2020.

1 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.

La aplicación del principio de convencionalidad por parte de los tribunales nacionales y el diálogo jurisprudencial promovido por la Corte IDH a nivel regional, ha llevado a que sea replanteada la forma en la que se administra justicia y se protegen los derechos de las personas que habitan el país. También, por cierto, y de manera muy significativa, se advierte una notable sujeción espontánea a esta clase de contenidos.

La Corte Suprema chilena ha experimentado una interesante evolución, con una tendencia creciente a aplicar directamente normas del derecho internacional de los derechos humanos, en línea con lo que dispone nuestra Constitución en su artículo 5°, inciso 2°. En particular, esta tendencia deriva de nuestra Carta Fundamental que previene que el ejercicio de la soberanía "reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana" y obliga a todos los órganos del Estado a "respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes", entre los que se encuentra la Convención Americana.

Como consecuencia de todo ello, intentaré revelar el impacto que han tenido el derecho de las convenciones y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. También abordaré diversas medidas que han contribuido a promover y resguardar efectivamente estos derechos.

En primer lugar, no es posible omitir las primeras sentencias condenatorias de la Corte IDH con relación a nuestro país adoptadas en los casos "*La Última Tentación de Cristo*" (2001),[2] *Palamara* (2005)[3] y *Claude Reyes* (2006),[4] en las que la Corte IDH se pronunció constatando la violación del derecho a la libertad de expresión y acceso a la información que consagran el artículo 13

[2] 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.

[3] Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

[4] Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.

de la Convención, identificando, además, distintas limitaciones constitucionales, legales y judiciales que impedían su adecuada protección.

El reconocimiento de estas limitaciones contribuyó a que nuestro país adoptara importantes reformas constitucionales y legales tendientes a garantizar este derecho, incluyendo la derogación de la norma constitucional que permitía la censura previa, la derogación de las disposiciones que establecían los tipos penales de desacato, así como la promulgación de la Ley Nro. 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, promulgada en agosto de 2008, que regula el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información que mantienen los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y las excepciones a la publicidad de la información.

Estos cambios fueron destacados también por el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), quien, en 2016, tras su visita a nuestro país, señaló que "a 13 años de la primera visita oficial [...], los avances para garantizar el derecho a la libertad de expresión son notables. Chile forma parte de un conjunto de países de la región que se precian de tener un debate público robusto, desinhibido. Luego de recuperada la democracia, el país ha adoptado en forma progresiva medidas para construir un marco jurídico e institucionalidad pública respetuosa a los principios y estándares internacionales en materia de derecho a la libertad de expresión y acceso a la información pública".[5]

En línea con estas reformas, nuestras Cortes han incorporado los criterios jurisprudenciales de la Corte IDH para interpretar el alcance de la protección del derecho a la libertad de expresión y, también, los límites y restricciones que podrían aplicarse a su respecto cuando el resguardo de este derecho colisiona con la

[5] Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. "Informe Especial Sobre la Libertad de Expresión en Chile 2016", 2016, disponible en *http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/informe_pais_chile.pdf* (último acceso: 20 de junio de 2018).

protección de otros derechos.[6] Asimismo, en el ámbito de la protección y respeto del derecho de acceso a información, la Corte Suprema de Chile ha adoptado distintas medidas para facilitar el acceso a toda la información pública disponible en su esfera de competencia. Gracias a estos esfuerzos desplegados, el Poder Judicial chileno ha sido reconocido como uno de los más accesibles a través de canales electrónicos, obteniendo el primer lugar entre

[6] Así por ejemplo, al pronunciarse respecto de un recurso de protección que buscaba impedir la transmisión de un programa de televisión en tanto podría afectar el derecho a la honra de los recurrentes (Rol 6889-2016), la Corte Suprema estableció: "Noveno: Que mediante la presente acción lo que se pretende es, precisamente, censurar un segmento que forma parte de un programa de televisión, por contener supuestas referencias que se estiman contrarias a la honra y dignidad de aquellas personas que padecen el Síndrome de Tourette, a partir de la creación de un personaje ficticio dentro de un contexto humorístico. Sin embargo, de aceptarse tal planteamiento mediante la sentencia que se pronuncie respecto a esta acción, se estaría limitando la libertad de expresión, contraviniendo el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumento internacional ratificado por Chile y vigente, el que garantiza que el ejercicio de este derecho no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por ley y que deben ser resueltas mediante la decisión del tribunal competente. [...] Undécimo: Que las razones expresadas impiden a esta Corte adoptar cualquier medida que pudiere conducir a impedir, obstaculizar o incluso interferir en la difusión en el futuro del programa o segmento cuya difusión teme la recurrente, ya que ello implicaría afectar una garantía constitucional por parte de un órgano del Estado justamente llamado a salvaguardar la plena vigencia de las garantías constitucionales". También la Corte Suprema se ha referido a la jurisprudencia de la Corte IDH para precisar las limitaciones que podrían aplicarse a este derecho, particularmente cuando su ejercicio se encuentra en tensión con el derecho a la honra. Así, en sentencia de 22 de mayo de 2018 (Rol 450-2018), señaló: "Décimo: Que, no obstante la reconocida preferencia de que goza la libertad de expresión en virtud de su relevancia social, se ha dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que "el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto; éste puede ser objeto de restricciones" (*Palamara vs. Chile*, 2005), pero deben reunirse los siguientes requisitos: 1) debe existir algún mecanismo de sanción *ex post* en los casos de ejercicio abusivo; 2) deben establecerse por ley; 3) solo pueden estar destinadas a la protección de los derechos o la reputación de otras personas, o de la seguridad nacional, el orden público, o de la salud y la moral públicas; y 4) deben ser restricciones necesarias en una sociedad democrática" (*Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, 2004).

los países miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en el Índice de Accesibilidad a la Información en Internet 2017, elaborado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA).[7]

En segundo lugar, quisiera referirme a los avances encaminados a garantizar el derecho de acceso a la justicia y el respeto de las garantías judiciales que la Convención consagra. Respecto de este tema, la Corte IDH se pronunció constatando la responsabilidad del Estado de Chile como consecuencia de la aplicación de normativa interna y la adopción de prácticas contrarias a las disposiciones de la Convención y de otros tratados internacionales de derechos humanos.

En particular, en las sentencias de los casos *Almonacid Arellano* (2006),[8] *García Lucero* (2013)[9] y *Maldonado Vargas* (2015)[10], relacionados con graves crímenes de derechos humanos ocurridos en dictadura, cuyas víctimas se vieron limitadas para acceder a la justicia y reparación por parte del Estado, la Corte IDH se pronunció señalando que la aplicación de leyes de autoamnistía[11]

---

7 Información disponible en *http://www.cejamericas.org/areas-de-trabajo/tecnologia-de-la-informacion-y-transparencia/transparencia-rendicion-de-cuentas-y-acceso-a-la-informacion-judicial/indice-de-accesibilidad-a-la-informacion-judicial-en-internet-2017*. Fecha de consulta: 4 de julio de 2018.

8 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. 1544.

9 Corte IDH. *Caso García Lucero y otras vs. Chile.* Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 267.

10 Corte IDH. *Caso Maldonado Vargas y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Serie C No. 300.

11 Particularmente, en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, la Corte precisó que "a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados parte tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados parte en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctí-

y sobre la declaración de prescripción de crímenes de lesa humanidad vulneran la garantía de protección judicial consagrada en los artículos 8 y 25 del Pacto de San José.[12]

Respondiendo a este criterio jurisprudencial, los tribunales han asumido una posición sostenida y uniforme en cuanto a dejar de aplicar el Decreto Ley 2.191 de amnistía declarando en sus sentencias la imprescriptibilidad penal y —aunque no de manera íntegramente generalizada— la de la responsabilidad civil derivada de los crímenes de lesa humanidad ocurridos en dictadura,[13]

---

mas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. En opinión de la Corte "(e)ste tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a Derechos Humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente". *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, *supra*, párrs. 127 y 128. También en el caso *García Lucero,* la Corte señaló que "dada su naturaleza, el Decreto-Ley No. 2.191 carece de efectos jurídicos y no puede seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos [...], ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puede tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en Chile". *Caso García Lucero y otras vs. Chile*, *supra*, párr. 150.

12 La Corte IDH se pronunció respecto de esta materia en el caso *Almonacid*, señalando que "los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda. El daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables. En este sentido, la Convención, sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, claramente afirmó que tales ilícitos internacionales "son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido". Asimismo, precisa que "(a)un cuando Chile no ha ratificado dicha Convención, esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (*ius cogens*), que no nace con tal Convención, sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa". *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, *supra*, párr. 153.

13 Así, la Corte Suprema, siguiendo el criterio aplicado en el caso *Almonacid y otros vs. Chile* por la Corte IDH en 2006, señaló en una sentencia de diciembre

lo que ha contribuido a extender la sanción de los responsables de estos graves delitos y a la reparación de las víctimas.

Adicionalmente, el Poder Judicial chileno ha adoptado otras acciones para evitar que estas violaciones de derechos humanos queden impunes. Entre estas medidas se destaca la designación de ministros integrantes de tribunales de alzada para abocarse a investigar y fallar en este tipo de causas. Además, en 2014, se creó la Unidad de Coordinación Nacional de Causas sobre Violaciones a Derechos Humanos, que se ocupa del registro, estadísticas y sistematización de estos casos. Esta unidad se encuentra a cargo de un Ministro de la Corte Suprema de Justicia y ha generado todas las decisiones de gestión determinantes de los avances en estos procesos.

Estas medidas, a su vez, han repercutido en un aumento en el número de condenas efectivas de estos delitos. En este sentido,

---

de 2016 que "como ha resuelto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 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, bastando "un solo acto cometido por un perpetrador" en tal contexto, sin que sea necesario que éste cometa "numerosas ofensas para ser considerado responsable". Posteriormente, agrega que la prohibición de cometer estos crímenes "es una norma de *ius cogens*, y la penalización de estos crímenes es obligatoria, conforme al derecho internacional general". Corte Suprema, causa rol 559-2004 (sentencia de 13 de diciembre de 2006), considerando 26. Por su parte, en una sentencia de 8 de julio de 2010, respecto a la aplicación del Decreto Ley de amnistía y la prescripción de los crímenes de lesa humanidad, la Corte precisó que "los principios de acuerdo a los cuales se consagran la imprescriptibilidad de tales delitos, la imposibilidad de amnistiarlos y el establecimiento de circunstancias excluyentes de responsabilidad, que pretenden impedir la investigación y sanción de los responsables, determinan que los convenios, pactos y tratados en que se reconocen los derechos humanos y las garantías a nivel de tribunales nacionales, gozan de primacía constitucional; de este postulado se sigue que de acuerdo con una interpretación progresiva y finalista de la Carta Fundamental, prevalecen sobre el orden jurídico interno, puesto que se entiende que la prefieren, perfeccionan y complementan, siendo, por tanto, una normativa invocable por todos los individuos, atendido el compromiso moral y jurídico del Estado ante la comunidad internacional de respetar, promover y garantizar los derechos fundamentales del individuo". Corte Suprema, causa rol 2596-2009 (sentencia de 8 de julio de 2010), considerando 14.

el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, en su Informe Anual de 2017, precisó que la Corte Suprema, entre julio de 2016 y junio de 2017, dictó 59 sentencias y 212 condenas respecto de estos crímenes. Conforme a este informe, 179 de las penas aplicadas fueron sanciones efectivas de cárcel, lo que produjo un aumento en el porcentaje de penas efectivas en comparación con el Informe de 2016 (66%), lo que, a juicio de este centro de estudios, constituye un avance "hacia una mayor proporcionalidad entre la gravedad del delito y la pena".[14] Adicionalmente, el estudio informa que "el número de absoluciones bajó de manera significativa, desde 26 (periodo Informe 2015) a 10 (periodo Informe 2016)", y que "el total de 155 exagentes afectados por los procesos es lejos el mayor número de individuos con causas resueltas en el tribunal superior" desde el año 2011.[15]

También, en el ámbito de las garantías judiciales, en los casos *Palamara* (2006) y *Almonacid* (2006), la Corte IDH se pronunció recomendando a nuestro país limitar la competencia de los tribunales militares con el objeto de garantizar adecuadamente el derecho a un tribunal independiente e imparcial, conforme lo exige el artículo octavo de la Convención. Estos pronunciamientos repercutieron en importantes reformas legales que excluyeron de la competencia de la justicia militar a civiles y menores de edad como imputados o víctimas.[16] En este sentido, la Corte Suprema, en reiterados informes a los proyectos de ley solicitados por el Congreso Nacional, ha sostenido que la jurisdicción militar en

[14] *Ibidem,* p. 85.

[15] *Ibidem,* p. 86.

[16] En este sentido, se destaca la promulgación de la Ley Nro. 20.477, que modifica la competencia de los Tribunales Militares, publicada el 30 de diciembre de 2010, que modifica el sistema de Justicia Militar, disponiendo en su artículo 1° la exclusión de los civiles de su ámbito de jurisdicción y competencia. Posteriormente, la Ley Nro. 20.968, que tipifica delitos de tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes (artículo 5°), modificó el inciso primero del artículo 1 de la ley Nro. 20.477, precisando que "[e]n ningún caso, los civiles y los menores de edad, que revistan la calidad de víctimas o de imputados, estarán sujetos a la competencia de los tribunales militares. Ésta siempre se radicará en los tribunales ordinarios con competencia en materia penal".

tiempos de paz no se condice con el funcionamiento del Estado de derecho.[17]

Además, en línea con lo sostenido por la Corte IDH y la normativa reformada, la Corte Suprema chilena, al resolver contiendas de competencia, ha ordenado sustraer de la justicia militar aquellos casos que debieron haber sido conocidos por la justicia civil, conforme a la normativa reformada. Así ocurrió, por ejemplo, en el caso del homicidio del joven mapuche Alex Lemun, presuntamente asesinado por un funcionario de Carabineros,[18] y, en junio de 2018, en el caso referido a la desaparición de José Huenante, se ordenó derivar los antecedentes a la justicia civil para establecer las responsabilidades correspondientes.[19]

También, en el ámbito de la protección del derecho de acceso a la justicia y garantías judiciales, debe destacarse la sentencia condenatoria de la Corte IDH en el caso *Maldonado* (2015).[20] Esta resolución permitió a Chile seguir avanzando en garantizar el derecho a un recurso efectivo, consagrado en el artículo 25 del Pacto de San José.

En particular, para dar pleno cumplimiento a esta sentencia, el Fiscal Judicial de la Corte Suprema presentó un recurso de revisión de las sentencias dictadas por los Consejos de Guerra durante la dictadura militar, con la finalidad de que dichas sentencias fueran anuladas por haberse basado en declaraciones obtenidas mediante torturas aplicadas a los imputados. La Corte Suprema acogió el recurso y anuló estas sentencias precisando, además, que este mecanismo de revisión "debe ser puesto a disposición de las demás personas que fueron condenadas por los

17 Ver Oficio Nro. 276, de 7 de diciembre de 2009, Boletín 6739-02; Oficio Nro. 134, de 13 de septiembre de 2010, Boletín 7112-07; Oficio Nro. 142, de 23 de septiembre de 2010, Boletín 7203-02; Oficio Nro. 144-2011, de 28 de septiembre de 2011, Boletín Nro. 7887-07 y Oficio Nro.142-2012, de 23 de septiembre de 2010, Boletín Nro. 7203-02.

18 AD-1488-2017 de 2 de octubre de 2017.

19 AD-1571-2017 de 12 de junio de 2018.

20 Corte IDH. *Caso Maldonado Vargas y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Serie C No. 300.

Consejos de Guerra durante la dictadura militar", conforme fuera dispuesto por la Corte IDH.

Finalmente, quisiera referirme a las sentencias de los casos *Atala*[21] y *Norín Catrimán*,[22] en las que la Corte IDH se pronunció constatando la violación por parte de nuestro Estado de las disposiciones de la Convención que establecen las obligaciones de respetar y garantizar el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación. En particular, la Corte IDH identificó en el caso *Norín Catrimán* la utilización de estereotipos y prejuicios sociales[23] por parte de nuestros tribunales en sus resoluciones, lo que habría repercutido en la afectación del derecho a la igualdad y al principio de no discriminación de las víctimas y peticionarios.

Como respuesta a estos hechos y en cumplimiento de las sentencias ya referidas, la Corte Suprema ha adoptado distintas medidas para garantizar que este tipo de vulneraciones no vuelvan a ocurrir. Entre estas medidas se destaca la creación de la Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación,[24] oficina creada por el Pleno de la Corte Suprema en 2016 (AD-566-2016) e implementada en el mes de julio de 2017, la que quedó a cargo de la Ministra Señora Andrea Muñoz. Esta oficina tiene por finalidad "impulsar el desarrollo de políticas y acciones dirigidas a garantizar la igualdad y la no discriminación de todas las personas en el acceso a la justicia",[25] mediante la sensibilización y formación en estas materias de los funcionarios del Poder Judicial, la realización de estudios e investigación, y el desarrollo de mecanismos de evaluación y seguimiento de las acciones y actividades realizadas, entre otras funciones.

---

21 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

22 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.

23 Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros*, *supra*, párrs. 222 a 230.

24 Información disponible en *http://secretariadegenero.pjud.cl/index.php*. Fecha de consulta: 4 de julio de 2018.

25 *Idem*.

A su vez, el Pleno de la Corte Suprema aprobó una "Política de Igualdad de Género y No Discriminación del Poder Judicial"[26] en febrero de 2018, con el objeto de incorporar la perspectiva de género y derechos humanos en todo el quehacer de este poder del Estado, ciertamente también en lo jurisdiccional. Esta política fue construida a partir de un proceso participativo interno de amplia cobertura, contemplando entre sus ejes estratégicos el "enfoque de género en el acceso a la justicia" y la "capacitación" de sus funcionarios.[27]

Por su parte, los tribunales de alzada, en su jurisprudencia reciente, han incorporado los criterios jurisprudenciales de la Corte IDH en esta materia para resguardar los derechos de personas transgénero[28] y precisar la interpretación del concepto de

---

26 Información disponible en *http://secretariadegenero.pjud.cl/images/documentos/PIGND_02022018C.pdf*. Fecha de consulta: 4 de julio de 2018.

27 *Idem*.

28 En este sentido, la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en sentencia de 6 de febrero de 2017 (Rol 31-2017) señaló en su considerando cuarto que "[...] sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte IDH ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que si se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación. La jurisprudencia de la Corte IDH también ha indicado que, en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*, descansando sobre él el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico. En el párrafo 92 de la sentencia en comento, indicó que, además, el Tribunal ha establecido que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias, señalando expresamente en el caso *Atala Riffo y niñas vs Chile*, que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención".

interés superior de los niños y niñas,[29] conforme a lo resuelto por la Corte IDH.

Me complace señalar, además, que los esfuerzos desplegados para avanzar en estas materias han sido reconocidos también por la sociedad civil organizada. En este sentido, el Informe Anual de Derechos Humanos de 2017, publicado por el Movimiento de Liberación Homosexual (MOVILH), destacó la dictación de fallos que protegen los derechos de las internas e internos LGBTI recluidos en centros penitenciarios, la resolución favorable para el cambio de nombre y sexo legal de 89 personas, la aplicación de la Ley Antidiscriminación ante actos homofóbicos y la entrega de la tuición de sus dos hijos a una pareja homosexual. Ante estas actuaciones de la judicatura chilena, esta organización civil expresó en su informe que "nunca antes algún ente experimentó tal nivel de cambio en torno a los derechos LGBTI, aspecto que merece todos los aplausos y convierte al Poder Judicial en el poder del Estado más progresista en la materia [...]".[30]

También, en cuanto a la protección del derecho a la igualdad y no discriminación de personas pertenecientes a pueblos indígenas, se destaca la realización de distintas actividades de investigación, formación y extensión tendientes a promover los

[29] En este sentido, se pronunció la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, en sentencia de 22 de diciembre de 2014 (Rol 435-2014) señalando en su considerando noveno y décimo que "a la vez que el principio de no discriminación tiene su base en la prohibición de exclusión de ninguno de la especie en razón de cualquier condición, entre otras, sexo u opinión de alguna índole [...]. Se alinea esta opinión con el dictamen de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que, al resolver la admisibilidad de ese caso (Atala) adujo, en el numeral 64, que "la Comisión estima que los alegatos asimismo pueden configurar violaciones del derecho a la vida privada y familiar de las presuntas víctimas. Los peticionarios sostienen que el Estado alegadamente interfirió arbitraria y abusivamente en la vida privada y familiar de la Sra. Karen Atala y sus hijas, al revocar la custodia exclusivamente con base en prejuicios discriminatorios basados en la orientación sexual de la Sra. Atala".

[30] MOVILH, 2018. XVI. Informe Anual de Derechos Humanos de la Diversidad Sexual y de Género en Chile (Hechos 2017). Santiago: MOVILH, p. 14.

derechos de las personas indígenas,[31] junto con el reconocimiento del derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en diversos fallos.[32]

Para finalizar, quiero decir que, pese a los importantes avances a los que he hecho referencia, el objetivo de cumplir plenamente con las disposiciones de la Convención e incorporar los criterios adoptados por la Corte IDH en su abundante jurisprudencia nos sigue planteando grandes desafíos. Entre estos retos se encuentran la formación y capacitación permanente en derechos humanos de los funcionarios judiciales y de los distintos actores que colaboran en la administración de justicia, la creación de un mecanismo formal para el cumplimiento de las sentencias condenatorias de la Corte IDH, el establecimiento de recursos judiciales que permitan la revisión de resoluciones que hayan constituido una vulneración de la Convención (conforme a lo constatado por la Corte IDH), esclarecer constitucionalmente la jerarquía de los instrumentos internacionales de derechos humanos y, también, persistir en el debate acerca de la extensión y aplicación que debe darse al principio de convencionalidad, el que en todo caso habrá de contribuir a fortalecer la mayor protección de los derechos de las personas.

---

31 *Ibidem*, p. 14.

32 En noviembre de 2017 se realizó el Seminario sobre Identidad Cultural de los Pueblos Indígenas en el marco del Proyecto Colecciones Jurídicas. Información disponible en *http://decs.pjud.cl/observatorio-jurisprudencial/tercer-seminario-colecciones-juridicas-la-corte-suprema-identidad-cultural/*. Por su parte, el proyecto de "colecciones jurídicas" consiste en una herramienta tecnológica de apoyo a la labor jurisdiccional, consistente en la selección, sistematización y análisis descriptivo y cualitativo de la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia, principalmente de la Corte Suprema, en variadas temáticas de interés, como derecho de los migrantes, derecho indígena, medioambiente, aguas, corrupción, género, derechos económicos, sociales y culturales, discapacidad, entre otras. A su vez, en la Colección de Derecho Indígena, se analizaron casos conocidos por la Corte Suprema relacionados con el derecho a la identidad cultural, en particular, fallos relativos a recursos de apelación a la acción de protección y amparo constitucional. Mayor información disponible en *http://decs.pjud.cl/estudios-y-analisis/investigacion-jurisprudencial-sobre-identidad-cultural/*

La constatación de estos desafíos requiere de una fuerte respuesta activa no solo del Poder Judicial, sino del Estado en su conjunto, de las instituciones académicas, de las organizaciones de la sociedad civil, de nuestras abogadas y abogados, y de todos quienes conforman la sociedad democrática, siempre en continuo desarrollo y fortalecimiento.

Finalmente, además de reiterar mis agradecimientos por habérseme invitado a participar en esta celebración que ha generado tanto interés y que también me ha regalado la oportunidad de compartir con muchos amigos por los que tengo particular afecto y admiración por sus trabajos jurídicos, quiero decir que el conjunto de las decisiones adoptadas en estos 40 años tienen el carácter de fundacional y señeras, y que no solo han servido para reparar a las víctimas, lo que ya justificaría su existencia, sin lugar a dudas también han servido para instalar una juridicidad eficiente en campos en los que los derechos locales son incapaces de dar protección y que se encuentran en pleno desarrollo, tanto a resultas de las resoluciones de la Corte Interamericana que han debido ejecutarse como por la aplicación espontánea de criterios desarrollados por este tribunal. En efecto, no puede olvidarse que, como consecuencia de todo lo anterior, al margen de los conflictos, las personas también modifican sus conductas para regirlas por normas, solo porque aprecian sus contenidos.

El diálogo jurisprudencial y la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México

*Arturo Zaldívar**

Primeramente, quiero agradecer esta invitación, que mucho me honra, para estar en este importante aniversario. Felicito a todas y todos los que han integrado e integran la Corte Interamericana de Derechos Humanos ("Corte IDH"), no solo a sus juezas y jueces, sino también a todos los colaboradores y, en particular, a mi muy querido amigo, el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, presidente de este Tribunal Internacional.

La relación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con el derecho constitucional mexicano, el derecho internacional de los derechos humanos y la Corte IDH ha sido, sin duda, conflictiva, sobre todo hasta hace algunos años. En México existía una tradición, más que centenaria, de un constitucionalismo que miraba muy hacia adentro, que era ajeno a todo lo internacional y que, frente a un conflicto con la esfera internacional, sostenía que las normas internacionales estaban supeditadas a la supremacía de la Constitución.

En ese entonces, se entendía que la supremacía constitucional se agotaba en el texto de la Constitución y esto generaba que no hubiera una relación entre la práctica jurisdiccional mexicana, los derechos humanos de fuente internacional y el trabajo de la Corte IDH. Sin embargo, esto ha cambiado radicalmente a

* Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México 2019-2022.

partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011 que, entre otras cosas, consolidó un bloque de constitucionalidad, integrado por los derechos humanos propiamente constitucionales y los derechos humanos de fuente internacional, actualmente, derechos humanos constitucionalizados.

No obstante, esta reforma constitucional generó diversos debates en el Pleno de la SCJN relacionados con: (i) la jerarquía de los derechos humanos de fuente internacional, es decir, si eran Constitución o si, por el contrario, tenían jerarquía infra-constitucional; (ii) la forma de interpretar estos derechos, esto es, si primero se tenía que consultar el texto constitucional y, solo si éste no alcanzaba, se podía acudir a la fuente internacional, y (iii) la forma de abordar un conflicto entre una ley nacional y un derecho humano de fuente internacional.

La primera ocasión en que la Suprema Corte se enfrentó al derecho interamericano fue en julio de 2011, a propósito del cumplimiento de sentencia del caso *Radilla Pacheco*. En ese momento, la Corte mexicana, más que generar una doctrina propia, estableció reglas para acoger una sentencia condenatoria internacional y determinó que: (i) las sentencias de la Corte IDH, en aquellos asuntos en que se condena al Estado mexicano, son obligatorias en sus términos; (ii) todos los jueces del país deben acoger, en estricto acatamiento a la condena de dicho tribunal, el control de convencionalidad *ex officio*, y (iii) las sentencias de la Corte IDH, en aquellos asuntos en los que México no fue parte, resultaban simplemente orientadoras. Sobre este último punto estuve en desacuerdo, pues la mayoría del Pleno quería entender las sentencias de la Corte IDH en un sentido fuerte y jerárquico y no como vinculantes en un sentido dinámico y de diálogo.

De tal suerte que esta resolución fue una primera aproximación con el Tribunal Interamericano. Sin duda, fue un avance importante, aunque insuficiente, porque no era un asunto jurisdiccional, sino simplemente era un caso para entender la forma de acatar una sentencia internacional. De hecho, fue hasta el 2013 cuando la Suprema Corte resolvió la contradicción de tesis 293/2011, en la cual se reconoció por primera vez la existencia de un bloque de constitucionalidad formado por derechos huma-

nos propiamente constitucionales y derechos humanos de fuente internacional.

A partir de esta sentencia, todos los derechos humanos de fuente internacional son derecho constitucional y tienen jerarquía constitucional. Incluso, el principio pro persona, junto con otros principios interpretativos de rango constitucional, tienen preminencia sobre la propia Constitución. Esta resolución generó el desarrollo de un verdadero control de convencionalidad en nuestro país, entendiendo, entonces, que si una ley nacional resulta contraria a un derecho humano internacional, resulta inconstitucional e inconvencional.

En México todo el control de constitucionalidad que tiene que ver con derechos humanos es un control de convencionalidad-constitucional o de convencionalidad-constitucionalidad, toda vez que todos los derechos humanos de fuente internacional, no solo los de la Convención Americana, sino todos aquéllos que se encuentran en tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano, son Constitución y, es por ello que el control se da al mismo tiempo. Lo que ocurre es que hay una expansión constitucional, pues la Constitución es mucho más de lo que está plasmado en su texto.

La contradicción de tesis señalada estableció que la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH es vinculante para todos los jueces en México, es decir, se determinó que la aplicación de la doctrina interamericana debe hacerse de una manera creativa y siempre velando por el principio pro persona. Asimismo, se aclaró que para aplicar sentencias de la Corte IDH debe analizarse el contexto de lo que, en realidad, resolvió dicho tribunal, pues desafortunadamente es común, al menos en México, dar alcances extralógicos a las consideraciones contenidas en las sentencias emitidas por el referido tribunal internacional.

Por otro lado, cuando chocan criterios de la Corte IDH con los de la Corte mexicana, se debe preferir el criterio que sea más benéfico para la persona, pues las sentencias del Tribunal Interamericano deben verse como un mínimo de parámetro de regularidad o convencionalidad; menos que eso no pude haber. Sin embargo, los jueces tienen la atribución de crear sus propios criterios, siempre y cuando sean más proteccionistas.

Lo que *de facto* debe ocurrir es un diálogo creativo y no una vinculatoriedad fuerte e irreflexiva y, por ello, todas y todos los jueces mexicanos somos jueces interamericanos, pues prácticamente en todas las sentencias mexicanas en materia de derechos humanos se citan, se refieren y se toman en consideración las sentencias de la Corte IDH.

Me parece que el diálogo que se da todos los días entre los tribunales nacionales y la Corte IDH es sumamente relevante: en México se da la recepción de resoluciones de la Corte IDH, pero también la Corte IDH cita y pondera las decisiones que tomamos en las cortes nacionales. Al final del día, tenemos la misma finalidad: la protección más amplia de los derechos humanos. Es decir, no se trata de un conflicto entre competencias o jurisdicciones, sino de un diálogo progresivo y dinámico en el que todos estamos para una mejor protección de los derechos y, en esa medida, el derecho comparado y el diálogo entre cortes, es indispensable.

Ante los retos que tenemos en todo el mundo, de fundamentalismos, de criterios reaccionarios contrarios a los derechos, a la tolerancia, a la diversidad, al diálogo y a las personas en general, me parece que los tribunales debemos tomar la palabra y la debemos tomar fuerte, pues los tribunales somos el último valladar de la defensa de los derechos y somos la última esperanza de la gente cuando todo lo demás ha fallado.

Hago votos porque todos estos esfuerzos colectivos en todo el continente sigan adelante para anteponer a las personas frente a los Estados, los derechos frente a la arbitrariedad y la tolerancia, el respeto, la paz y la concordia frente a cualquier otra circunstancia. Sin duda, tenemos un reto de la mayor relevancia en la región, pero soy optimista de que todos los jueces interamericanos estaremos a la altura del reto que se nos presente, pues, reitero, somos la última esperanza. Los derechos humanos no son motivo ni deben ser motivo de votación ni encuestas, porque los derechos humanos, al final del día, tienen un carácter contramayoritario, toda vez que no son disponibles, ni siquiera para las mayorías.

La recepción del control de convencionalidad difuso en Colombia. Diálogo entre Cortes y red internacional

*Fernando Reyes Cuartas**

Introducción

Las revoluciones constitucionales vienen de la mano de transformaciones políticas y sociales paradigmáticas; por ello el mundo hoy es bien distinto del que era antes de la segunda posguerra, como también lo es si aquello que observamos es "la caída del Muro de Berlín". Estos cambios se reflejan en las formas de proceder, razonar y definir el derecho, tanto en la esfera local como en la internacional, sobre todo, en la decisión asumida de cara a la garantía de los derechos humanos. Sin duda, otro factor que de la misma forma ha sido trascendental es la globalización, como elemento determinante de transformaciones en el ejercicio de las competencias normativas soberanas de los Estados.[1]

Este proceso evolutivo y dinámico ha permitido que la actividad jurisdiccional en su función interpretativa ocupe un papel preponderante, incluso frente al derecho legislado, bajo el creciente diálogo entre jueces de distintas jurisdicciones estatales y

* Magistrado de la Corte Constitucional de Colombia.

1 Aguilar Cavallo, Gonzalo, "El diálogo judicial multinivel", en Arcaro, Luiz y Mezzetti, Luca (eds.), Diálogo entre Cortes, Bogotá, Universidad Externado, 2016, pp. 182-183.

de estos con los jueces internacionales, en aras de la protección efectiva de los derechos constitucionales y convencionales, con independencia del instrumento formal en que se encuentren incorporados.[2]

Los primeros intentos por establecer tribunales para juzgar graves violaciones a los derechos humanos realizados en tiempos de guerra, se remontan al final de la Guerra Franco Prusiana de 1870,[3] pero solo fue hasta el final del segundo conflicto universal, con los juicios efectuados por los tribunales internacionales de Núremberg y para el Lejano Oriente, y la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Asamblea General de Naciones Unidas, 1948), que se tuvo el convencimiento de establecer órganos judiciales supranacionales que sancionaran la infracción de los derechos esenciales de las personas.[4]

Con la adopción del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, suscrito por los miembros del entonces Consejo de Europa, Roma 1950, se creó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como primera corte regional, constituyendo el antecedente inmediato de la creación de la Corte Interamericana, encargada de sancionar las violaciones de los derechos humanos previstos en el Pacto de San José de Costa Rica (1969), que busca establecer garantías de orden judicial para evitar la ocurrencia de nuevas violaciones a los derechos humanos, esto es, un nunca jamás otro Auschwitz.[5]

---

2 *Idem*.

3 Portilla Gómez, Juan Manuel y Hernández y Rojas, Andrea Paula, "La evolución y efectividad de los Tribunales Penales *ad hoc*", en Becerra Ramírez, Manuel y Mueller Uhlenbrock, Klaus Theodor (coords.), Soberanía juridificación en las relaciones internacionales, México, UNAM, 2010.

4 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-653 de 2012.

5 "El campo de concentración alemán nazi Auschwitz se ha convertido para el mundo en el símbolo del holocausto, genocidio y terror. Fue construido por los alemanes a mediados de 1940 en las afueras de Oświęcim, ciudad polaca que había sido anexionada por los nazis al Tercer Reich (...)". Se dice que en este campo murieron más de un millón de personas. Cfr., para más información: *www.auschwitz.org*; sentencia T-653 de 2012 Corte Constitucional de Colombia.

Etapas de la recepción en Colombia de la Jurisprudencia de la Corte IDH

En la relación entre el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos que comprende el derecho interamericano es factible identificar varios periodos que caracterizan la forma de recepción de ese derecho en Colombia, dentro de la función asignada a la Corte Constitucional.

Primera

Respecto de este periodo que va hasta la expedición de la Constitución de 1991, la Convención Americana sobre Derechos Humanos no tuvo ningún valor normativo, ni siquiera como criterio marginal a emplear en la solución de casos concretos. Un ejemplo es la sentencia de Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) del 30 de octubre de 1978, que declaró exequible el "Estatuto de Seguridad", el cual había sido cuestionado por violar derechos y garantías, reconocidas por la Convención Americana relacionadas con la libertad personal, la libertad de expresión y la inviolabilidad del domicilio.

Dijo la CSJ que los derechos reconocidos en convenciones internacionales no eran exigibles ante los tribunales internos, asentando que: "Esas cuestiones son problemas de relaciones interestatales que, por lo mismo, no pueden definirse ante tribunales nacionales y como asuntos de derecho interno. De modo que, mediante esta acción solo pueden plantearse infracciones directas de la Constitución".[6]

Segunda

Comprende la expedición de la Carta Fundamental de 1991 hasta la primera década de vigencia.[7] La Corte Constitucional

[6] Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Plena. Sentencia de 30 octubre de 1978. Consideración jurídica No. 4. Cfr. aclaración de voto a la sentencia C-586 de 2016, Corte Constitucional de Colombia.

[7] Corte Constitucional de Colombia, aclaración de voto sentencia C-586 de 2016.

comienza por incluir como parámetro de constitucionalidad el derecho convencional por vía de remisión determinando los instrumentos internacionales que obligan a Colombia,[8] a través de la introducción de la figura del bloque de constitucionalidad[9] que se delimita en sus aspectos adjetivos y sustantivos,[10] incorporando los tratados internacionales de derechos humanos y la interpretación de los órganos de vigilancia y cortes internacionales como criterios *"relevantes"* para el control de constitucionalidad.[11]

Esta etapa se caracteriza por la tensión normativa entre el *pacta sunt servanda*, la prevalencia de los tratados y la supremacía de la Constitución. La Corte Constitucional en 1998 examinó la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y su ley aprobatoria, cuyo artículo 27 expone que un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como

8 Artículo 93 de la Constitución colombiana: "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (...)".

9 La Corporación definió entonces el bloque de constitucionalidad como aquella unidad jurídica compuesta "por (...) normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son, pues, verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *strictu sensu*". (C-067/2003 Corte Constitucional de Colombia).

10 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-225 de 1995 que revisó el Protocolo Adicional a los convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (1977), y la Ley 171 de 1994 aprobatoria del mismo. La Corte refirió a la naturaleza imperativa de las normas humanitarias y su integración al bloque de constitucionalidad.

11 La Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-010 de 2000 manifestó que la jurisprudencia de la Corte IDH constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales. Cfr. sentencia C-406 de 1996.

justificación del incumplimiento del tratado.[12] Luego de reconocer que se consagra la tesis monista internacionalista, plantea un complejo interrogante, dado que la Constitución colombiana señala que la Carta Política es norma de normas (art. 4)[13] y que los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por el Congreso y que prohíben su limitación en los estados de excepción prevalecen en el orden interno (art. 93).[14] Por lo tanto, como los tratados son normas, prevalecería la Constitución con excepción de los que reconocen derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad.

Para ese momento la Corte encontró posible armonizar las disposiciones constitucionales y convencionales en conflicto, bajo la regla de que la Ley Fundamental no consagra un constitucionalismo rígido y que la primacía de los tratados, prevista por el derecho internacional, no implicaba una invalidación automática de las normas internas contrarias a un convenio. Bajo el principio del efecto útil, el cual manda preferir aquella interpretación que confiere eficacia normativa a todas las cláusulas de un texto normativo, determinó que el artículo 93 Constitucional confiere prevalencia en el orden interno solo a ciertos tratados de derechos humanos y de ahí que no todos formen parte del bloque de constitucionalidad.[15]

De esa manera, la Corte concluyó la prevalencia de la Constitución sobre los tratados, con las excepciones de los que reconocen derechos humanos ratificados por el Congreso y que pro-

12 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-400 de 1998.

13 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-027 de 1993, dio prevalencia a la Constitución sobre los tratados al examinar la ley del concordato y protocolo final entre la Santa Sede y Colombia aprobado por la Ley 20 de 1974.

14 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-251 de 1997, dio prevalencia a los tratados sobre la Constitución al examinar el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (1988), y la Ley aprobatoria 319 de 1996. La Corte refirió a la unidad e interdependencia de los derechos humanos, al deber estatal de realización progresiva de los DESC bajo la cláusula social del Estado y a la favorabilidad en la interpretación de los tratados de derechos humanos y de los derechos constitucionales.

15 Cfr. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-358 de 1997.

híben su limitación en los estados de excepción, que integran el bloque de constitucionalidad y los tratados de límites (art. 102 superior), acogiendo una tesis intermedia que Verdross califica de "monismo moderado"[16] de integración dinámica entre el derecho internacional y el derecho interno, donde los conflictos encuentran solución en la unidad del sistema jurídico basado en la constitución de la comunidad jurídica internacional.

Tercera

Puede ubicarse un poco antes del año 2000 y, fundamentalmente, tiene su hontanar en las condenas que la Corte Interamericana de Derechos Humanos profirió en contra de Colombia por hechos relativos al fenómeno aquí denominado "paramilitarismo".[17] En efecto, surgen otras visiones acerca del derecho convencional que coinciden con la recepción académica del derecho procesal constitucional. De este modo, la construcción de los derechos de las víctimas, la necesidad de lograr la reparación integral de las víctimas y la «justicia transicional» con los paramilitares (Ley 975 de 2005) hicieron indispensable tomarse en serio el derecho interamericano, por lo que la jurisprudencia de la intérprete autorizada de la Carta Política empezó a emplearse con mayor rigor en los fallos de la Corte Constitucional, pero también en la CSJ —en su Sala de Casación Penal— y el Consejo de Estado —Sección Tercera—[18] (máximo tribunal de lo Contencioso administrativo).

Por ejemplo, en el año 2002, la Corte Constitucional, al examinar unas disposiciones del Código de Procedimiento Penal,[19] se

16 Verdross, Alfred, Derecho internacional público, 6a. ed., Madrid, Aguilar, 1980, capítulo 2.

17 Decisiones proferidas contra Colombia en los años 2004 (caso *19 comerciantes*), 2005 (*Mapiripán*), 2006 (*Pueblo Bello*), 2007 (*La Rochela*) y 2008 (*Valle Jaramillo y otros*), entre otras. Cfr. Corte IDH. *Caso* V*ereda La Esperanza vs. Colombia*. Sentencia de 31 de agosto de 2017.

18 Cfr. Corte Constitucional de Colombia, aclaración de voto sentencia C-586 de 2016.

19 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-228 de 2002. Estudió los artículos 30, 47 y 137 de la Ley 600 de 2000.

refirió a la protección ampliada de los derechos de las víctimas, la participación de estas dentro del proceso penal, la tutela judicial efectiva y la reconceptualización de la parte civil a partir de la Constitución de 1991. A manera de ilustración, en esta decisión se recoge la sentencia del 14 de marzo de 2001 de la Corte IDH, caso *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros) vs. Perú*, que señaló como contrarias a la Convención Americana las leyes que dejaban a las víctimas sin la posibilidad de saber la verdad y obtener justicia a pesar de que el Estado estaba dispuesto a reconocerles una reparación económica.

De igual modo, la Corte Constitucional, en el año 2006, efectuó el control de varias disposiciones de la Ley 975 de 2005 denominada de «Justicia y Paz».[20] En tal providencia se recogen los estándares de protección de las víctimas en materia de verdad, justicia, reparación y no repetición, establecidos por la jurisprudencia interamericana entre 1989 y 2005,[21] en cuanto a la obligación de los Estados de prevenir, investigar, procesar y sancionar judicialmente y, en especial, los graves atentados a los derechos humanos, la protección judicial mediante un recurso sencillo y eficaz, el adelantamiento del proceso dentro de un plazo razonable, la prevención de la impunidad, el inicio *ex officio* de investigaciones y el derecho de la sociedad a conocer la verdad. Además, la Corte Constitucional reiteró que la interpretación autorizada de la Corte IDH resultaba "relevante" en materia de derechos y deberes fundamentales en el orden interno.

En una decisión del año 2006,[22] la Corte Constitucional anotó que los tratados internacionales no se interpretaban de manera aislada, sino de forma sistemática y teleológica, con la finalidad de ajustarlos a los diversos cambios sociales y a los

---

20 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-370 de 2006.

21 Corte IDH. *Godínez Cruz vs. Honduras* (1989), *Bámaca Velásquez vs. Guatemala* (2000), *Barrios Altos vs. Perú* (2001), *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* (2003), *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú* (2004), *Masacre de Mapiripán vs. Colombia* (2005) y *Comunidad Moiwana vs. Surinam* (2005).

22 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-028 de 2006 que examinó los artículos 44, 45 y 46, parciales, de la Ley 734 de 2002. Código Disciplinario Único.

nuevos desafíos de la comunidad internacional. Trajo a colación la doctrina de la Corte IDH al interpretar el artículo 29 de la Convención Americana[23] que, al igual que la Corte Europea de Derechos Humanos, señala que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación debe acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.[24]

A la vez la Corte Constitucional sostuvo que los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, así como la Carta Política, deben ser interpretados de manera sistemática y armónica, atendiendo a que esta constituye un texto abierto caracterizado por diversas cláusulas mediante las cuales operan reenvíos que amplían el espectro de normas jurídicas que han de observarse por el legislador. En referencia a la Convención Americana se indicó que, aunque sus normas hacen parte del bloque de constitucionalidad, no significa que tales adquieran el rango de normas supraconstitucionales, por lo que la confrontación de una ley con un tratado internacional no puede dar lugar automáticamente a una declaratoria de constitucionalidad o inconstitucionalidad, ya que es menester, a su vez, interpretarla sistemáticamente con el texto de la Carta Política.

Cuarta

Desde el 2010 y hasta la fecha, la Corte Constitucional continúa afianzando el empleo del derecho convencional y la jurisprudencia interamericana al asegurar que constituyen criterios relevantes para el control de constitucionalidad, además de precisar que las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad no

[23] Normas de interpretación.

[24] Cfr. European Court of Human Rights, *Tyrer v. The United Kingdom*, judgment of 25 April 1978, Series A No. 26, párr. 31. Ver el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999; *Casos de la Comunidad Indígena Yakye Axa; Hermanos Gómez Paquiyauri; Juan Humberto Sánchez*. Sentencia de 26 de noviembre de 2003; *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. Sentencia de 31 de agosto de 2001 y *Barrios Altos*. Sentencia de 14 de marzo de 2001.

constituyen referentes autónomos, de manera que la Corte Constitucional no es juez de convencionalidad.[25]

Puede mencionarse la sentencia C-936 de 2010 que declaró la inexequibilidad parcial de la Ley 1312 de 2009, modificatoria del Código de Procedimiento Penal, al pretender otorgar el principio de oportunidad a los paramilitares, lo que implicaba el incumplimiento de las obligaciones convencionales, además del principio de legalidad. De igual modo, la sentencia C-579 de 2013 declaró la constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2012, sobre el llamado «marco jurídico para la paz», en los términos de dicha decisión, la cual resaltó los parámetros fijados por la Corte IDH respecto a la obligación de actuar con la debida diligencia en la investigación, juzgamiento y sanción de graves violaciones de derechos humanos y al derecho internacional humanitario.

Adicionalmente, la sentencia C-297 de 2016 condicionó la exequibilidad del artículo 2º parcial de la Ley 1761 de 2015, que tipificó el feminicidio, recalcando la decisión de la Corte IDH, caso *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México* (2009), para sostener que la debida diligencia en la prevención, atención, investigación y sanción de la violencia contra la mujer impone al Estado el adoptar una perspectiva de género, lo que implica atender la desigualdad que la mujer ha sufrido como un factor que la pone en situación de amenaza de violencia.

Ello exige el verificar si existe una relación de discriminación como motivación de la conducta. Sostuvo así que la garantía del acceso a la justicia para las mujeres supone un cambio estructural del derecho penal que integre una perspectiva de género tanto en los tipos penales que lo componen como en su investigación y sanción, los cuales se concretan en una flexibilización del acercamiento a la prueba que permita que el contexto conduzca a evidenciar el móvil.[26]

Ahora bien, importa destacar dos decisiones posteriores. La primera, la sentencia C-469 de 2016, la cual rememoró que los

[25] Así se sostuvo en la sentencia C-458 de 2015, que tuvo como fundamento la C-028 de 2006. Cfr. Aclaración de voto a la sentencia C-586 de 2016.

[26] Cfr. Corte Constitucional de Colombia, aclaración de voto sentencia C-586 de 2016.

tratados internacionales de derechos humanos y la Constitución Política se fusionan para conformar un bloque de constitucionalidad, ello en virtud de la remisión de los artículos 93,[27] 94,[28] 44,[29] y 53[30] de la Constitución Política. De igual manera, se precisaron dos conceptos de bloque de constitucionalidad, a saber, en sentido estricto, compuesto por la Carta, los tratados internacionales de derechos humanos no susceptibles de suspensión en estados de excepción, debidamente aprobados por el Estado, los tratados de derecho internacional humanitario y las normas del *ius cogens*. Y, de otra parte, el bloque en sentido lato, conformado por todas las normas de diversa jerarquía que sirven como parámetro de constitucionalidad, dentro de las que se encuentran la Carta, los tratados internacionales a lo que reenvía el artículo 93 superior, las leyes orgánicas y algunas leyes estatutarias.

Asimismo, se sostuvo que los incisos primero y segundo del artículo 93 de la Constitución dan lugar a dos funciones: una integradora en virtud de la cual los tratados sobre derechos humanos aprobados por el Congreso y que prohíben su limitación en los estados de excepción, conforman parámetro de control y se integran al sistema constitucional, incluso si no hay normas de igual contenido material. Otra interpretativa según la cual los tratados sobre derechos humanos, al margen de si reconocen prerrogativas no objeto de suspensión en estados de excepción, de ser aprobados por el Congreso, sirven de criterios para clarificar el alcance de los derechos y deberes constitucionales.

A continuación, se ingresó a dilucidar el valor interpretativo que de la Convención Americana efectúan la Corte IDH y la CIDH. Explica que la interpretación de la Corte IDH es un criterio hermenéutico relevante por tratarse del órgano judicial que interpreta con autoridad la Convención, sobre la cual recae la facultad de garantizar al lesionado, de una parte, el goce del derecho y, de otra, el reparar las consecuencias de la medida, a

27 Norma de reenvío a los tratados internacionales de derechos humanos.

28 Existencia de los derechos no responde al reconocimiento expreso sino al carácter inherente al ser humano.

29 Derechos fundamentales de los menores.

30 Principios mínimos fundamentales de la relación laboral.

través de un fallo definitivo e inapelable que los Estados parte se comprometen a cumplir.[31]

Las decisiones y órdenes que emite en la resolución de casos contenciosos esa Corte son siempre vinculantes, además porque la jurisprudencia de este órgano adquiere un valor importante en la interpretación constitucional interna. Ella ejerce una jurisdicción conferida por la propia Convención y, por ende, una competencia aplicativa e interpretativa de la CADH aceptada por el Estado colombiano.

En relación con la CIDH —órgano cuasijudicial que principalmente interviene en el procesamiento de los casos y presenta ante la Corte IDH las demandas contra los Estados— la Corte Constitucional consideró que brindan también un valioso insumo con relación al significado de las normas de la Convención, pudiendo ser consideradas fuentes auxiliares y criterios de ilustración para la determinación del contenido de los derechos fundamentales. No obstante, se indicó que el bloque de constitucionalidad supone la vinculación y fusión de dos órdenes normativos con dos diferentes centros de producción. Encontró consustancial la necesidad de que las interpretaciones de la Carta Política y de la Convención sean armonizadas en la mayor medida de lo posible.

La Corte observó que el bloque apunta al amparo de los derechos constitucionales merecedores de tutela judicial, por lo que la interpretación de los textos normativos que lo integran debe tender hacia la unidad, ser conciliatoria y encontrar la máxima salvaguarda de los derechos, todo lo cual guiado por el ideal de formar un bloque armónico y compacto. Figura que sería en principio excluyente con la posibilidad de interpretaciones de preceptos internacionales sobre derechos humanos que prevalezcan sobre normas constitucionales, ya que, por el contrario, comporta llevar a cabo interpretaciones armónicas y sistemáticas que tiendan a la integralidad y preserve la unidad. Ingresando al fondo del asunto, observó que la Corte IDH y la CIDH también han previsto la probabilidad de ejecución de nuevos delitos, ligada a la protección de la comunidad, como justificación para la imposición

[31] Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", Estudios Constitucionales, Año 9, No. 2, 2011, p. 559.

de prisión preventiva, tal como fue contemplado en la legislación procesal penal doméstica.[32]

La segunda decisión, la sentencia C-659 de 2016, determinó que la figura del bloque de constitucionalidad se acompasa perfectamente con la desarrollada por la Corte IDH, que a partir del caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (2006), exige de todas las autoridades estatales un control del derecho interno a la luz de la Convención Americana (art. 2),[33] que se trata de un ejercicio complementario dentro de las funciones y competencias propias de cada órgano. En nota al pie se recogió la decisión del Tribunal Interamericano en los siguientes términos:

> Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.[34]

Precisó la Corte Constitucional que el examen a la luz del bloque de constitucionalidad no es el ejercicio resultante de una prioridad jerárquica de la Convención Americana o de cualquier otro tratado sobre DDHH o DIH sobre la Constitución, ni sobre las leyes del país, sino de un vínculo guiado por los principios de complementariedad y subsidiariedad de aquellos sistemas frente al derecho interno. Subrayó que es en el ejercicio de la complementariedad que cobra sentido el que un tribunal interno realice un "diálogo jurisprudencial" con tribunales internacio-

---

32 Corte IDH. *Casos Tibi vs. Ecuador*. Sentencia de 17 de noviembre de 2009 y *Ricardo Canese vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004.

33 Deber de adoptar disposiciones de derecho interno.

34 Corte IDH. *Casos Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006; *Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Sentencia de 12 de agosto de 2008; *Radilla Pacheco vs. México*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009; *Fernández Ortega y otros vs. México*. Sentencia de 30 de agosto de 2010.

nales y regionales de DDHH y DIH, para buscar en su jurisprudencia los elementos que le permitan construir una visión más amplia de estas garantías fundamentales. Añadió que cuando se emplean precedentes del derecho internacional como criterio hermenéutico se deben analizar las circunstancias de cada caso particular para establecer su aplicabilidad.[35]

Por último, al resolver la demanda contra la Ley 48 de 1993, que limitaba las actividades por desempeñar de las mujeres, al prestar el servicio militar obligatorio voluntario, a un exclusivo apoyo logístico, administrativo, social, cultural o medioambiental, so pretexto de protegerlas y respetar sus diferencias, declaró la inexequibilidad al encontrar la disposición irrazonable y desproporcionada, y además contraria a los valores y principios de una sociedad igualitaria y, de paso, porque preserva y fomenta estereotipos y modelos patriarcales de dominación y de violencia contra la mujer.

Esa decisión tuvo su fundamento en decisiones de la Corte IDH, las cuales consideran que todo estereotipo sobre las funciones que tenga como finalidad marginar y excluir a las mujeres en su acceso al trabajo y que genere discriminaciones y restricciones a sus derechos y libertades, incluida la autonomía personal, es una violación de los artículos 1 y 24 de la Convención Americana. Para ello refirió los casos *Fernández Ortega y otros vs. México* (2010), *Atala Riffo y niñas vs. Chile* (2012), y *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México* (2009), entre otros. La Corte Constitucional halló evidente la evolución del sentido y alcance de los artículos 13 y 43 de la Carta, que rechazan los estereotipos de género y establecen como inaceptables las diferenciaciones que restringen los derechos y oportunidades de las mujeres con base en asignaciones de roles o tradiciones de oficios.

Algunos casos que merecen destacarse

Además de lo expuesto, como ejemplos de diálogo a resaltar entre la Corte Constitucional colombiana y los tribunales interna-

[35] Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-327 de 2016.

cionales y regionales en perspectiva de una visión garantista de los derechos humanos y humanitarios, pueden mencionarse:

i) La sentencia C-792 de 2014. En tal decisión la Corte Constitucional empleó los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia como un criterio de interpretación vinculante (no obligatoria) de derechos constitucionales, lo que le permitió definir el alcance de las garantías del debido proceso y de la doble instancia en la materia penal, generando la mayor protección posible a los derechos fundamentales en juego.

Esta decisión principalmente atendió el principio *pro homine*[36] que indica que en caso de discrepancia entre las normas del derecho interno o del derecho internacional, de cara a las garantías de la persona, el juez siempre debe aplicar la norma o interpretación que resulte más favorable a la protección de los derechos humanos.

En consecuencia, teniendo en cuenta que el derecho internacional de los derechos humanos está constituido por los mínimos que acuerda un conjunto de Estados, de ninguna forma la interpretación constitucional a la luz de algún pacto o convención del bloque de constitucionalidad puede servir para frenar los avances que, dentro del derecho interno, cada Estado parte haya alcanzado.[37]

---

[36] Artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ha sostenido la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985 que: "El Principio pro persona es (...) interpretativo e implica que se deberá de preferir, privilegiar o favorecer la aplicación de aquella norma que otorgue una mayor protección a los derechos de la persona, independientemente si dicha norma se encuentra en un tratado internacional o en una disposición de derecho interno. (...) Si en una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos internacionales, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce".

[37] "El Principio Pro Persona en la Administración de Justicia", en Cuestiones Constitucionales, Castilla, Karlos, Núm. 20, enero-junio 2009, IIJ, UNAM, México, p. 71. "El principio *pro homine* o pro persona tiene dos manifesta-

Ello tuvo como fundamento principal la regla según la cual existe un derecho a controvertir el primer fallo condenatorio que se dicta en un proceso penal, según los artículos 29 de la Carta Política, 8.2.h de la Convención Americana y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que consagran el derecho a impugnar las sentencias condenatorias, sin limitar este derecho a los fallos de primera instancia, lo cual se halló consistente con la interpretación de la Corte IDH y del Comité de Derechos Humanos.[38]

---

ciones o reglas principales: 1. preferencia interpretativa y 2. preferencia de normas. La preferencia interpretativa tiene a su vez dos manifestaciones: a) la interpretativa extensiva y b) la interpretativa restringida. Si uno de los elementos para interpretar los tratados lo constituye el fin y el objeto y que en el caso de los tratados que nos ocupan apunta a la protección de los derechos humanos, la interpretación de dichos convenios siempre debe hacerse a favor del individuo. Así, los derechos deben interpretarse de una manera amplia, mientras que las restricciones a los mismos deben interpretarse de manera restrictiva. El equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario. Por su parte, la preferencia de normas se manifiesta de dos maneras: a) la preferencia de la norma más protectora y b) la de la conservación de la norma más favorable (...). Preferencia de la norma más protectora. El principio pro persona, en el sentido de preferir la norma más protectora, sin importar la ubicación jerárquica, que mejor proteja o menos restrinja el ejercicio de los derechos humanos, así en algunos casos la norma más protectora será la establecida en un tratado internacionaly en otros podrá ser una norma propia del orden jurídico interno que posea un estándar mayor de protección de la persona que la normativa internacional aplicable; o bien podrá ser determinado tratado internacional sobre otro tratado internacional, o bien una norma inferior sobre una jerárquicamente superior. Así parece que el principal operador de dicho principio es el juez quien tendrá que resolver, en el caso concreto que se le presenta, cuál es la norma que prevalece sobre la otra, al ser más protectora. Así, la aplicación del principio pro persona no implica una discusión sobre jerarquía normativa, ni una cuestión de abrogación o derogación de normas, sino al estilo del artículo 27 de la CVDT se trata de un asunto de prevalencia. (...) Artículo 6.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 29 del Pacto de San José; artículo 60 de la Convención Europea de Derechos Humanos; artículo 5 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, entre otros".

38 Ver Corte IDH. *Casos Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (2004), B*arreto Leiva vs. Venezuela* (2009), *Vélez Loor vs. Panamá* (2010), *Mohamed vs. Argentina* (2012) y *Liakat Alí Alibux vs. Suriname* (2014).

La Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad diferida en los términos de la decisión las disposiciones acusadas del Código de Procedimiento Penal, al omitir la posibilidad de impugnar todas las sentencias condenatorias, además de la exequibilidad de la normativa anterior en su contenido positivo. También dispuso exhortar al Congreso para que, en el término de un año, regule integralmente el derecho a impugnar todas las sentencias condenatorias. De no hacerlo, a partir del vencimiento de este término, se entendería que procede la impugnación de todas las sentencias condenatorias ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena.

ii) Sentencia C-084 de 2016. La Corte Constitucional examinó una disposición del Acto Legislativo 01 de 2015 y luego de citar a la Corte IDH, la cual ha señalado que en virtud del deber de garantía los Estados deben organizar el aparato gubernamental y las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera que sean capaces de asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.[39] En virtud de ello concluyó que la reforma constitucional, al establecer que en las investigaciones y juzgamientos que se adelanten contra los miembros de la fuerza pública por conductas relacionadas con el conflicto armado se aplicaran las normas y principios del derecho internacional humanitario —sin que ello excluya la aplicación de otras fuentes del derecho como el derecho internacional de los derechos humanos— ello no tiene la entidad para subvertir el eje definitorio de respetar, garantizar y proteger los derechos humanos. Para llegar a esa conclusión se advirtió que dicho ámbito judicial será justamente el escenario en el que se pueden efectivizar algunas dimensiones del pilar fundamental mencionado, bajo el principio de complementariedad y convergencia que orienta la aplicación de estos cuerpos normativos.

(iii) Sentencia C-327 de 2016. En esta se examinó si la existencia legal de toda persona principia al nacer (art. 90 Código Civil), al declarar la constitucionalidad por no desconocer la Carta

[39] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia del 29 de julio de 1988. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Sentencia del 27 de junio de 2012. *Caso Vélez Restrepo vs. Colombia*. Sentencia del 3 de septiembre de 2012.

Política ni el bloque de constitucionalidad estricto. La Corte trajo a colación el caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica* de la Corte IDH (28 de noviembre de 2012), como criterio relevante para la interpretación del derecho a la vida (art. 4.1 Convención Americana), que determinó la no garantía absoluta para la vida prenatal, al no contemplar la protección de la autonomía reproductiva que se desprende de la integridad personal, libertad y vida privada y familiar. Decisión acogida que estableció que el embrión no podía entenderse como una persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana, además, que la concepción se configuraba solo cuando se implanta en el útero de la mujer. Finalmente, que el derecho a la vida desde la concepción es gradual e incremental según su desarrollo y admite excepciones.

Recalcó que existía con anterioridad la sentencia C-355 de 2006,[40] que había abordado el asunto en discusión de manera previa a que se profiriera el caso *Artavia Murillo* (año 2012); no obstante, había coincidencia de ese juicio con las reglas establecidas por la Corte Constitucional, que no ha establecido que se tenga la calidad de persona en la vida prenatal, además de reconocer que ni el valor ni el derecho a la vida son absolutos, por lo que deben ser ponderados al colisionar. Así bajo una lectura sistemática del bloque de constitucionalidad sostuvo que la vida en potencia envuelve un carácter gradual e incremental. Enfatizó que las decisiones de la Corte IDH sirven como criterio interpretativo relevante, el cual se debe atender por la Corte Constitucional en virtud del artículo 93 de la Constitución.

(iv) Sentencia C-017/2018. Esta decisión alude al «Acuerdo Final de Paz» suscrito en Colombia en 2016. La Corte se pro-

[40] Esta decisión concluyó que la prohibición total del aborto resulta inconstitucional, declarando la exequibilidad a condición de que se excluyan tres hipótesis de carácter independiente, como son: (i) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

nunció respecto del Decreto Ley 588 de 2017, que organiza la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la no Repetición y avaló la constitucionalidad de la mayoría de sus disposiciones. Expuso que el derecho a la verdad de las víctimas ha sido reconocido y desarrollado no solo por la Corte Constitucional, sino también por la Corte IDH, lo cual ha permitido observar que la verdad es un derecho individual y colectivo de los pueblos, autónomo y garantía para la realización de otros derechos, además, porque existen mecanismos judiciales y medios extrajudiciales para su realización.[41]

También se expresó que las comisiones de la verdad no reemplazan ni sustituyen la obligación del Estado de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de las violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH.[42] Se resaltó que la Corte IDH ha planteado que en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación de la información oficial, conforme al cual toda la información pública es accesible y se halla sujeta solo a un sistema restringido de excepciones.[43]

De esta forma, al interpretar el artículo 13[44] de la Convención, la jurisprudencia interamericana ha considerado que, en caso de violaciones de derechos humanos, las autoridades estatales no se pueden amparar en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o en razones de interés público o seguridad nacional, para dejar de aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación o en procesos pendientes.[45]

41 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988.

42 Ver, entre otras, decisiones Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. *Caso Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. Sentencia de 14 de noviembre de 2014.

43 Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006.

44 Libertad de pensamiento y de expresión.

45 Corte IDH. C*aso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003.

(v) La acción de tutela. Por último, la Corte Constitucional ha habilitado la procedencia de la acción de tutela para obtener el pleno y oportuno cumplimiento de las órdenes impartidas por la Corte IDH, cuando el Estado colombiano se ha sustraído a los compromisos internacionales que ha suscrito de buena fe.

Ha dicho la Corte Constitucional que en el Estado social de derecho la efectividad se constituye en un elemento esencial de la materialización de sus postulados (arts. 2[46], 13[47], 29[48] y 228[49] superiores), por lo que se ha reconocido la trascendencia que posee el derecho de acceso a la administración de justicia (art. 229 superior).

En efecto, la denominación «tutela judicial efectiva» contribuye al valor de la justicia (preámbulo superior) y al principio de dignidad humana (art. 1 superior)[50] lo que bien recuerda el sentir de Norberto Bobbio al afirmar que "para proteger los derechos humanos no basta con proclamarlos; de lo que se trata más bien es de saber cuál es el modo más seguro de garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados".[51]

De otro lado, los instrumentos internacionales de derechos humanos como la Convención Americana (art. 25.1) garantizan el derecho al recurso judicial efectivo como componente del debido proceso. La Corte IDH ha fijado dos contenidos explícitos: el primero señala que el recurso debe ser útil y el segundo que debe dar el resultado para el que fue concebido.[52]

De este modo, atendiendo a la jurisprudencia de la Corte IDH y de la Corte Constitucional el recurso judicial efectivo, dentro

---

46 Es un fin esencial del Estado la efectividad de los derechos y principios constitucionales.

47 Igualdad real y efectiva.

48 Debido proceso.

49 Prevalencia del derecho sustancial.

50 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-352 de 2017.

51 Presente y Provenir de los Derechos Humanos. Anuario de Derechos Humanos, Madrid, 1981, p. 20.

52 Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Sentencia de noviembre 26 de 2010.

del que se comprende el derecho de acceso a la segunda instancia, son componentes del debido proceso y suponen la existencia de mecanismos procesales accesibles, idóneos y eficaces que permitan el control y la revisión de las decisiones judiciales, en aquellos casos en que los afectados consideren vulnerados sus derechos.[53]

Como ejemplo, en la sentencia T-653 de 2012 la Corte Constitucional definió si, entre otros derechos, se desconoció la tutela judicial efectiva por no haber el Estado dado pleno y oportuno cumplimiento a una orden de la Corte IDH, consistente en erigir un monumento en memoria de las víctimas a través de una ceremonia pública y en presencia de los familiares, en el caso *Masacre de 19 Comerciantes vs. Colombia* (sentencia del 5 de julio de 2004 y resoluciones posteriores). Al respecto, determinó que los fallos proferidos por los tribunales internacionales de derechos humanos, en ejercicio de la función jurisdiccional que le reconocen los Estados, no deben encontrar obstáculos en su cumplimiento ni tener oposición por las autoridades estatales encargadas de cumplirlos.

Particularmente estimó que los argumentos de derecho interno, de la índole que fueran, no deben servir de pretexto para la mora en su acatamiento, anotando que "el genio local no puede fungir como un falso espíritu protector para el Estado condenado internacionalmente, detrás del cual este pueda esconderse para no honrar sus compromisos internacionales".[54] También derivó la obligatoriedad de los fallos de la aplicación del artículo 68.1 de la Convención Americana, el cual estipula que los Estados parte se comprometen a cumplir la decisión de la Corte Interamericana y se refirió al carácter definitivo e inapelable de las sentencias previsto en el artículo 67, *ejusdem*.

Así, cuando la acción de tutela se presenta con el objeto de superar la violación declarada y probada por la Corte Interamericana

53 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-342 de 2017.

54 Las decisiones emanadas de los tribunales internacionales, en especial aquellos de derechos humanos, escapan hoy —parafraseando al Ministro Antonio Boggiano— de todo amorío con soluciones de *genius loci*, según su voto. Sentencia "*Espósito Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovida por su defensa*". E. 224 XXXIX. 23 de diciembre de 2004; Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

y en relación con la continuidad de ésta, derivada de la ausencia de una o varias medidas de reparación, el principio de subsidiariedad debe ser estudiado conforme a otros principios que estructuran el amparo, tales como la celeridad y el carácter sumario, preferente e informal.[55]

Perspectivas y retos

Algunos doctrinantes sostienen que en la globalización ya no son los legisladores los grandes protagonistas del derecho, sino los jueces y los expertos en derecho (que no ejercen cargos públicos).[56] La doctrina[57] expone la progresiva influencia en las constituciones nacionales contemporáneas del derecho internacional, además de la creación de tribunales supranacionales, fueran estos de carácter transnacional o internacional. Así mientras los transnacionales aplican de manera final y definitiva las normas comunitarias o de integración (entre las nacionales e internacionales), resultando obligatorias para las autoridades judiciales nacionales, como acaece con las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea o el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, aunque finalmente quedan supeditados a la actuación interna; los internacionales son subsidiarios y complementarios de las autoridades jurisdiccionales nacionales que, aunque resultan obligatorias, carecen de carácter ejecutivo dependiendo de cada Estado regular la manera de cumplimiento, como sucede con la Corte Internacional de Justicia y la Corte Penal Internacional,

55 Cfr. sentencia T-564 de 2016, que determinó incumplimiento de órdenes de la Corte IDH que reconoció la responsabilidad del Estado, *caso Masacre de Santo Domingo*, sentencia de 30 de noviembre de 2012.

56 Atienza, Manuel, "Constitucionalismo, globalización y derecho", en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), El canon neoconstitucional, Trotta, 2010, pp. 264-281. Cfr. Aguilar Cavallo, Gonzalo, "El diálogo judicial multinivel", en Arcaro, Luiz y Mezzetti, Luca (eds.), Diálogo entre Cortes, Bogotá, Universidad Externado, 2016, p. 164.

57 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Las sentencias de los tribunales constitucionales en el ordenamiento mexicano", en Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional, en coautoría con Héctor Fix-Zamudio, Marcial Pons, 2017, pp. 231-232.

asimismo con los tribunales regionales como la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

Llama la atención sobre la relación de los tribunales supranacionales con los estatales, ya que la eficacia de la jurisprudencia incide de manera directa o indirecta en los Estados. Tratándose de la esfera comunitaria se señala que tiene mayor grado de intensidad por medio del control difuso de los jueces nacionales, que deben preferir el derecho comunitario sobre el interno, incluso el constitucional, como ocurrió con la aprobación del Tratado de Maastricht en algunos ordenamientos europeos.

De esta forma, se sostiene que los tribunales nacionales (incluso los constitucionales) deben seguir los criterios del tribunal supranacional como sucede con los países miembros de la Unión Europea respecto del Tribunal de Luxemburgo (TJUE) o cuando las constituciones de un país incorporan la interpretación que realicen órganos jurisdiccionales internacionales, como acaece en Colombia, España, Perú o Portugal en relación con los derechos humanos.[58]

Con independencia del grado de eficacia y vinculación de los fallos internacionales en los países latinoamericanos, se observa una tendencia —aunque no consolidada—, hacia la recepción consciente por los jueces y tribunales nacionales de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual, a su vez, se ha nutrido de la jurisprudencia de las cortes o tribunales constitucionales de los Estados. De esta forma, se está produciendo una colaboración recíproca entre las cortes nacionales y las internacionales en materia de derechos humanos a manera de un "diálogo jurisprudencial".[59]

También la doctrina[60] ha hecho presente que el control de convencionalidad tiene dos manifestaciones: una de carácter con-

58 *Ibidem*, p. 233.

59 *Idem*.

60 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional", en Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional, Marcial Pons, 2017, pp. 672-674.

centrado que la ejerce la Corte IDH como técnica connatural a su competencia y otra de índole difusa correspondiente a los jueces y tribunales de los Estados que han aceptado la jurisdicción de la Corte IDH. Se expone que el último tipo de control constituye una nueva expresión de la constitucionalización del derecho internacional que deriva de la evolución jurisprudencial de la Corte IDH, y que consiste en el deber de las autoridades judiciales nacionales de realizar un estudio de compatibilidad entre las normas internas de aplicación a un caso concreto con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte IDH, lo cual implica reconocer la fuerza normativa de la CADH.

El nacimiento de esta doctrina fue establecida en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (26 de septiembre de 2006), al predicar que los jueces nacionales se convierten en "guardianes" de la convencionalidad (párrafo 124).[61] La doctrina del control difuso de convencionalidad fue adoptada por la Corte IDH al haber influido las prácticas de las altas instancias jurisdiccionales nacionales en su jurisprudencia, como ha sido reconocida por la propia Corte al manifestar que se convierte en una herramienta de "doble vía".[62]

Se advierte, entonces, que no se pretende establecer qué órgano tiene la última palabra, sino avivar el diálogo jurisprudencial creativo y responsable para el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos, que ha llevado a afirmar que los jueces y tribunales nacionales se convierten también en jueces interameri-

---

61 Se sostuvo lo siguiente: "(...) cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana".

62 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad", en Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional, Marcial Pons, 2017, p. 751.

canos en la función de armonizar la legislación nacional con los parámetros interamericanos.[63]

De ahí que la doctrina encuentre inevitable la conformación de un derecho constitucional común en América Latina dado que cada vez se estrechan más los vasos comunicantes entre el derecho constitucional y el derecho internacional, que termina por nacionalizar o constitucionalizar el derecho internacional de los derechos humanos.[64] Así como hay una circulación mundial de problemas constitucionales, también hay una circulación planetaria de soluciones internacionales.[65]

Ahora bien, dicho diálogo interjurisdiccional, que hace parte de una red jurídica de interpretación de los derechos reconocidos en las constituciones y los instrumentos internacionales, no puede limitarse a la simple referencia o cita de la jurisprudencia del otro tribunal, sino que tiene que ser razonado y dinámico, esto es, precedido de un proceso activo de argumentación para que produzca una fertilización en la jurisprudencia receptora.[66]

La creciente interdependencia entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos ha permitido a algunos doctrinantes sostener la construcción de un modelo "multinivel" de protección en el plano interamericano, que asume la forma de una red judicial establecida a partir del diálogo entre los jueces de la región, por lo que el juez estatal se comporta como agente de un mandato internacional y el juez interamericano como un juez constitucional.[67]

---

63 *Ibidem*, p. 752.

64 *Ibidem*, p. 751.

65 Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), Desafíos y retos del canon neoconstitucional, Trotta, 2010, pp. 11-27. Cfr. Aguilar Cavallo, Gonzalo, "El diálogo judicial multinivel", en Arcaro, Luiz y Mezzetti, Luca (eds.), Diálogo entre Cortes, Bogotá, Universidad Externado, 2016, p. 153.

66 Amaya, Jorge Alejandro, "El diálogo interjurisdiccional entre tribunales extranjeros e internos como nueva construcción de las decisiones judiciales", en Arcaro, Luiz y Mezzetti, Luca (eds.), Diálogo entre Cortes, Bogotá, Universidad Externado, 2016, pp. 63-64 y 77.

67 Acosta Alvarado, Paola Andrea, "El diálogo judicial interamericano, un camino de doble vía hacia la protección efectiva", en Arcaro, Luiz y Mezzetti, Luca (eds.), Diálogo entre Cortes, Bogotá, Universidad Externado, 2016, p. 266.

En opinión de la doctrina, la articulación de los dos niveles reduce las tensiones, armoniza y coordina la labor de protección y facilita la recepción y el cumplimiento de las órdenes interamericanas, potenciando el derecho a la tutela judicial efectiva de los individuos y extendiendo sus alcances. De esta manera, se fortalece el principio según el cual la primera línea de defensa de los derechos humanos corresponde al nivel local, ubicando a la Corte IDH como un mecanismo subsidiario y no como única voz involucrada en la función de salvaguarda de los derechos.[68]

La Corte Constitucional colombiana, en el ejercicio de mantener la integridad y supremacía de la Carta Política, es un juez de convencionalidad porque aplica la Convención Americana y acoge la interpretación autorizada de la Corte IDH, por lo que no debe ser temerosa en reconocer expresamente que efectúa un control de convencionalidad difuso (o *ex officio*).[69] La recepción razonada del *corpus iuris* y la hermenéutica de la Corte IDH, según se ha explicado, enriquece el debate constitucional e internacional sobre la protección efectiva y más amplia de los derechos humanos y humanitarios, además de estimular las soluciones adecuadas en la pretensión de un orden común justo y equitativo.

La intervención activa y dialogante del poder judicial local e internacional no se opone a que los Estados avancen en la actualización normativa del Sistema Interamericano atendiendo al momento en que se produjo su aprobación (1969), ni que la interpretación dinámica judicial aborde y desarrolle con mayor profundidad los derechos sociales (sujetos vulnerables, miseria y carencia de alimentación) y ambientales (acelerado deterioro de la biósfera), asumiendo el reto que impone el avance de las nuevas ciencias y tecnologías, el daño ambiental, la migración, la ingeniería genética (manipulación del genoma) y los cuidados de la salud, como asuntos determinantes en el orden mundial.[70]

---

68 *Idem*.

69 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-659 de 2016 y aclaración de voto a la sentencia C-586 de 2016.

70 Cfr. De Freitas Drumond, José Geraldo, "Ética, bioética y los desafíos del siglo XXI", 17 agosto de 2012, Derecho PUCP, No. 69, 2012. ISSN 0251-3420, *http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31728.pdf*

Crónica de una transfiguración. La evolución del sistema jurídico francés hacia el derecho internacional de los derechos humanos

Laurence Burgorgue-Larsen[*]

Introducción[1]

He decidido presentar una crónica de las interacciones complejas (pero efectivas) entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad en Francia. Elegí este tema pues si hubiera hecho lo mismo para Andorra, nada extraño hubiera sido presentado al final. En efecto, la situación andorrana en la materia es muy parecida a la española, que es sumamente conocida por los constitucionalistas del continente americano.

---

* Jueza 2011-2019 y presidenta 2014-2016 del Tribunal Constitucional de Andorra.

1 Quiero expresar mi emoción por participar en este evento histórico que reúne en San José de Costa Rica a las tres Cortes regionales de protección de derechos humanos. Nací en Estrasburgo, sede de la Corte Europea de Derechos Humanos; pasé mi adolescencia en África, específicamente en Costa de Marfil, país del actual presidente de la Corte Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, y mi vida profesional me llevó a descubrir las tierras y el derecho de las Américas, donde mi propia madre había vivido los primeros 18 años de su vida en Santiago de Chile más precisamente. En estas circunstancias, poder participar en la celebración de los 40 años de la creación de la Corte Interamericana es para mí tanto un honor como una muy profunda emoción en la medida en que estoy íntimamente relacionada con estos tres continentes.

Así, me pareció más interesante (y quizás más novedoso en el panorama académico latinoamericano) presentar la situación de un país al que nada predisponía a tomar en serio el derecho internacional de los derechos humanos. Al final, se trata de presentar la crónica de una transfiguración: la del sistema jurídico constitucional francés hacia el derecho internacional de los derechos humanos, y más peculiarmente al Convenio Europeo, tal como lo interpreta la propia Corte Europea de Derechos Humanos.

La indiferencia inicial hacia el derecho internacional de los derechos humanos. La ausencia de diálogo

A fin de comprender la particularidad de la situación en Francia —que explica la indiferencia inicial del sistema constitucional francés hacia el derecho internacional de los derechos humanos— resulta necesario recordar brevemente las condiciones en que nace el control constitucional en Francia.[2] Cuando en 1958, con el advenimiento de la V República se crea el Consejo Constitucional, éste se constituye con el objetivo principal de controlar al parlamento y proteger al poder ejecutivo de sus eventuales abusos. Se concibe entonces, esencialmente, como una herramienta del «parlamentarismo racionalizado», retomando la famosa expresión de Boris Mirkine Guetzévitc. El General de Gaulle y su mentor Michel Debré, quien fue uno de los creadores conceptuales de la Constitución de 1958, deseaban poder controlar al parlamento. En efecto, Francia salía de la IV República cuyo régimen parlamentario había provocado una gran inestabilidad gubernamental.

En ese contexto y hasta 1971, el Consejo Constitucional solamente controlaba las leyes antes de su promulgación y podía ser consultado únicamente por las cuatro autoridades más altas del Estado. Su examen se limitaba a lo correspondiente a la constitución adoptada en 1958, esencialmente, en términos de la separación de poderes en el seno del Estado. No fue sino hasta una

[2] Gicquel, J. (dir.), La Constitution du 4 octobre 1958. Textes et commentaires, París, Lexis Nexis, 2013.

decisión tomada el 16 de julio de 1971[3] sobre la libertad de asociación que el Consejo decidió ampliar el rango de su control.[4] A partir de ese momento, ya no lo ejercería solamente con relación a la Constitución de 1958, sino también basándose en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, con relación a los derechos fundamentales, y en el preámbulo de la Constitución de 1946, con relación a los derechos económicos y sociales. Más tarde, la Carta del Medioambiente, adoptada en 2004, vino a agregarse a este «bloque de constitucionalidad»[5] mediante la adopción, en 2005,[6] de una ley orgánica.

---

3 Consejo Constitucional, 16 de julio de 1971, Liberté d'association, N. 71-44 DC.

4 Esta decisión histórica fue, lógicamente, objeto de numerosos comentarios. La lista a continuación no es exhaustiva, Beardsley, J. E., The Constitutional Council and Constitutional liberties in France, The American journal of comparative law, Summer 1972, N. vol. 20, N. 3, pp. 431-452; Pizzorusso, A., Note sous décision N. 71-44 DC, La Semaine juridique, Édition générale, 1971; Rivero, J., Note sous décision N 71-44 DC, Actualité juridique. Droit administratif, 1971, pp. 537-542; Robert, J., Propos sur le sauvetage d'une liberté, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 1971, pp. 1171-1204.

5 La noción de «bloque de constitucionalidad» es una construcción doctrinal en Francia, concebida por el constitucionalista Louis Favoreu a partir de la sentencia del 16 de julio de 1971. Una excelente síntesis sobre el tema es la de Denizeau, C., ¿Existe-t-il un bloc de Constitutionnalité?, Paris, LGDJ, 1997, p. 152. Sabemos que el concepto migró a América Latina con un significado totalmente diferente, puesto que, en la mayoría de los casos, integra el derecho internacional de los derechos humanos.

6 A partir de la aprobación de la ley constitucional No. 2005-205 del 1 de marzo 2005, relativa a la Carta del Medioambiente, el primer párrafo del Preámbulo de la Constitución dice: «El pueblo francés proclama solemnemente su compromiso con los derechos humanos y con los principios de la soberanía nacional, tal y como han sido definidos en la Declaración de 1789, confirmada y completada por el preámbulo a la Constitución de 1946, así como con los derechos y deberes definidos en la Carta del ambiente de 2004». Dentro de una literatura abundante vale la pena referirse a: Jegouzo, Y., La genèse de la Charte Constitutionnelle de l'environnement, Revue juridique de l'environnement, No. spécial, 2003, 23 s.; Prieur, M., La Constitutionnalisation du droit de l'envi- ronnement, 1958-2008, Cinquantième anniversaire de la Constitución française, B. Mathieu (dir.), Paris, Dalloz, 2008, pp. 489-503.

Dos reformas importantes van a ampliar más adelante las posibilidades de acción del Consejo Constitucional: en 1974, el derecho de consultar al Consejo Constitucional antes de la promulgación de las leyes se habilita para los parlamentarios de la oposición (con al menos 60 parlamentarios); en 2008,[7] ese derecho se abre a los ciudadanos o más exactamente a las partes en un proceso judicial: se trata aquí de la cuestión prioritaria de constitucionalidad (QPC: *question prioritaire de constitutionnalité*), que existía bajo diversas formas en todos los países europeos, salvo en Francia.

Esta reforma de 2008, que instaura la QPC, fue adoptada tras varios años de debate y tras varios informes.[8] Su objetivo era, ciertamente, otorgar nuevos derechos a los ciudadanos y, sobre todo, garantizar la preeminencia de la Constitución en el orden jurídico.[9] Pareciera paradójico, en efecto, que fuese más fácil para un justiciable acudir a las jurisdicciones europeas que al propio Consejo Constitucional nacional, con el fin de que se reconocieran sus derechos fundamentales. En la actualidad, las personas justiciables pueden acudir al Consejo Constitucional a través de las cortes supremas (Consejo de Estado y Tribunal de casación) cuyo papel es filtrar las demandas. Pero el control constitucional se ejerce solamente en relación con el bloque de constitucionalidad. A raíz de una sentencia del 15 de enero de 1975 sobre la ley de interrupción voluntaria del embarazo —defendida magis-

7 Reforma constitucional del 23 de julio del 2008 que entró en vigencia el 1 de marzo del 2010. La literatura en la materia es abundante. Me permito referirme aquí a nuestro estudio sobre las consecuencias de la introducción de la QPC sobre los procedimientos ante el Consejo Constitucional, Burgorgue-Larsen, L., «El tema de la sumisión del Consejo Constitucional a los principios convencionales europeos», Annuaire de droit européen, 2009, pp. 93-108.

8 Informe de la comisión presidida por el Decano Vedel en 1993; Informe de la comisión presidida por el exprimer Ministro E. Balladur en 2007.

9 Para conocer la evolución del proyecto de ley orgánica que instauró la QPC, ver nuestro estudio, «Asunto prejudicial de constitucionalidad y de control convencional. Estado de situación de sus vínculos (eventualmente peligrosos) en el proyecto de ley orgánica sobre la aplicación del artículo 61§1 de la Constitución», Revue française de droit administratif, julio-agosto 2009, pp. 787-799.

tralmente por una gran dama de la historia de Francia, Simone Weil[10]— el Consejo juzga, en efecto, que no le corresponde examinar la conformidad de la ley con lo estipulado por un tratado o por un convenio internacional. Esta jurisprudencia no ha sido cuestionada y, de tal manera, el Consejo Constitucional no se ocupa, en principio, de verificar que una disposición que le es sometida sea conforme con la Convención Europea de Derechos Humanos o con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

La situación actual es entonces la siguiente: el Consejo Constitucional tiene el monopolio del control constitucional, pero no realiza control convencional, es decir que, en principio, el Consejo es indiferente a la conformidad de nuestro derecho con el derecho internacional y, en particular, con el derecho internacional relativo a los derechos humanos, donde la Convención Europea brilla con luz propia. El juez constitucional francés tampoco se refiere explícitamente a las decisiones tomadas por otras cortes en otros países. Esto no forma parte ni de sus tradiciones ni de sus obligaciones. Las jurisdicciones judiciales y administrativas de derecho común pueden, en cambio, desestimar una disposición que sea contraria al derecho internacional de los derechos humanos (y principalmente a la Convención Europea, tal y como la interpreta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos), mas no pueden revocarla. Tampoco pueden hacer control constitucional. Al menos en principio, pues, al rehusar transmitir al Consejo Constitucional una cuestión prioritaria de constitucionalidad, están ejerciendo un tipo de control constitucional.[11]

---

[10] Simone Weil fue deportada a los campos de concentración con su madre y una de sus hermanas. Su madre no sobrevivió. Su padre y su hermano, que habían sido deportados a otros campos, tampoco regresaron vivos. Luego de la liberación, estudió derecho, se dedicó a la judicatura, antes de involucrarse en política. Europea convencida, fue la primera mujer electa al Parlamento europeo. Su recorrido excepcional le valió ser enterrada en el Panthéon (N.T. monumento donde yacen grandes personalidades de la historia francesa) en julio del 2018, por decisión del Presidente Emmanuel Macron.

[11] Rousseau, D., La QPC: un big bang juridictionnel?, Revue de droit public, 2009, pp. 631 y ss.

La toma en consideración silenciosa del derecho internacional de los derechos humanos. El "diálogo sin palabras"

Las instituciones poseen una vida propia que escapa de las manos de quienes las concibieron y la aplicación de tal distribución, en apariencia clara y racional, ha resultado ser menos sencilla de lo esperado. Como lo recuerda Guy Canivet, «la compartimentación ha resultado impracticable».[12]

En primer lugar, gran parte de las normas europeas relativas a los derechos fundamentales son indisociables de las normas constitucionales francesas: en particular, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y una parte del preámbulo a la Constitución de 1946. Encontramos normas similares en la mayoría de los países europeos. Decir entonces que hacemos referencia al principio de igualdad, de no discriminación, de dignidad, de libertad de expresión, o del respeto a los derechos a la defensa, tal y como los reconoce nuestro bloque de constitucionalidad, a la vez que los ignoramos cuando figuran en los convenios europeos, resulta ser un ejercicio delicado y a menudo incomprendido. Guy Carcassonne hablaba de principios «clonados» al referirse a la manera en que los textos que se refieren a los derechos fundamentales en los diferentes países se inspiran unos de otros. No obstante, si los textos de referencia son los mismos, la armonización de las jurisprudencias se convierte en un imperativo ineludible.

En segundo lugar y de manera concreta, la articulación entre el control convencional y el control constitucional es delicada, y puede acarrear contradicciones en términos de decisión o, al menos, en términos de calendario.[13]

---

12 Canivet, G., L'incontournable question de l'application du droit européen par le juge Constitutionnel français. De l'impraticable séparation à l'inévitable coordination, Conférence organisée par l'Académie de droit européen sur la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, Treves 18 y 19 de junio 2015.

13 Veremos más adelante este elemento en el marco de las sentencias del 2010 sobre la detención preventiva.

En fin, el hecho de que el Consejo Constitucional haya mantenido su jurisprudencia de 1975 lo llevó a establecer estrategias alternativas con razonamientos particularmente complejos, a fin de verificar que los textos examinados no entraran en contradicción con los convenios. Resulta aquí necesario una especie de control implícito, que el Consejo realiza sin decirlo ni escribirlo, lo que conlleva numerosas incomprensiones.

Ante esa situación, el juez constitucional no pudo evolucionar ni en la jurisprudencia, ni en su forma de redactar. Nunca cita sentencias extranjeras ni europeas en sus razonamientos ni en sus motivaciones. En cambio, en su trabajo preparatorio, es decir, en su motivación implícita, sí toma en cuenta cada vez más la jurisprudencia europea e incluso las sentencias de las cortes de otros países europeos. Además, en numerosos discursos y declaraciones extrajudiciales, el presidente o los miembros del Consejo Constitucional han recordado, regularmente, su decisión de velar por que las decisiones del Consejo sean al menos compatibles con las sentencias emitidas por las jurisdicciones europeas.

Esto nos lleva a una situación que puede parecer paradójica: el control constitucional está reservado, en principio, al Consejo Constitucional, pero las jurisdicciones francesas de derecho común participan en él cada vez más activamente. Ciertamente, éstas no pueden derogar una ley, pero al decidir no transmitir un asunto al Consejo Constitucional y al decidir sobre la seriedad del tema, ejercen de hecho un control constitucional. Paralelamente, el Consejo Constitucional no ha abandonado su jurisprudencia de 1975.[14] No examina las leyes a la luz de los textos de los convenios europeos, pero sin decirlo, en realidad, sí les confiere una gran importancia.[15] He aquí lo que un exmiembro del Consejo

[14] En tanto que se han desarrollado numerosos debates sobre la doctrina sobre el posible abandono de esa jurisprudencia, ver Carcassonne, G., ¿Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision N. 74-54 DC du 15 janvier 1975?, Les Cahiers du Conseil Constitutionnel, 2009, 7, pp. 93-100.

[15] Burgorgue-Larsen, L., France. The impact of European fundamental rights on the French Constitutionnal Court, en Popelier, P., Van de Heyning, C., Van Nuffel, P. (eds.), Human rights protection in the European legal order: the interaction between the European and national courts, Cambridge, Intersentia, pp. 211-236.

Constitucional llamó el «diálogo sin palabras» entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Consejo Constitucional.[16]

El problema de los diálogos sin palabras es que permiten identificar las convergencias, pero no necesariamente explicar y resolver las divergencias. Las omisiones que perduran son peligrosas. Constituyen una fuente de malentendidos tanto para las familias en la esfera privada como para las instituciones en el sector público. Si la jurisprudencia tiene por objeto ser comprendida por un público más amplio que los especialistas y los profesores de derecho, resulta imperativo encontrar las vías para salir del silencio.

Las manifestaciones y las consecuencias del "diálogo sin palabras". La búsqueda de la concordancia normativa

Incluso si hoy en día resulta imposible decir cuáles son las vías que tomará el Consejo Constitucional para salir de su silencio sobre sus fuentes externas y en particular sobre las relativas al derecho internacional de los derechos humanos, la evolución resulta ineludible en un mundo abierto, donde los problemas económicos y sociales ya no volverán a estar limitados a un solo país y surgen en diferentes sociedades y puntos del planeta. Lo mismo sucede con los temas relativos a las regulaciones de la vida económica y financiera, a la conciliación entre seguridad y libertad, a la lucha contra el terrorismo y, especialmente, a los temas relativos a la evolución de la familia (matrimonio, filiación).

En cuanto a este último punto, resulta interesante constatar que Francia reguló el tema del matrimonio entre personas del mismo sexo mediante la ley, en medio del dolor y el conflicto, en tanto que en otros países la evolución provino de los jueces de manera más progresiva y apacible.[17] No obstante, es otro tema

16 Dutheillet de la Motte, O., Contrôle de Constitutionnalité et contrôle de conventionalité, Mélanges en l'honneur du Président Labetoulle, Paris, Dalloz, 2007, pp. 315-327.

17 Burgorgue-Larsen, L., La jurisprudencia de las cortes constitucionales europeas en el marco del derecho de las personas y de familia, Les nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, Paris, Dalloz, 2013, N. 39, pp. 229-250.

que pone en evidencia la dificultad de un estudio comparado que mire los sistemas jurídicos sin tener en cuenta la historia, la cultura y las particularidades sociológicas de cada uno de los países concernidos.

Ciertamente, las reticencias a la utilización explícita de fuentes externas se explican, sin duda, por la naturaleza particular del juez constitucional en general y en Francia en particular, de cara a la historia de la creación del control constitucional. El juez constitucional no se considera un juez como los demás, puesto que su oficio está ligado a la preservación de los valores que fundamentan los textos constitucionales. Su referencia es, por lo tanto, eminentemente nacional.[18] Pero hay cada vez más conciencia de la necesidad de recurrir al derecho comparado y al derecho internacional de los derechos humanos tanto para fertilizar el derecho nacional como para analizarlo de manera crítica. Cuales quiera que sean las dificultades y las reticencias, la evolución es ineludible y ya podemos notar numerosas manifestaciones de ello tanto en los métodos de trabajo del Consejo Constitucional como en su jurisprudencia.

La evolución de los métodos de trabajo

Tanto en el caso del control a *priori* como a *posteriori*, el Consejo examina en la actualidad exhaustivamente la jurisprudencia de las cortes europeas y la integra en su reflexión y en su razonamiento, cuidándose de evitar la redacción de sentencias que puedan resultar incompatibles. Pero si bien en sus sentencias nunca las cita, salvo en casos específicos de los que hablaremos más adelante, en términos generales podemos encontrar señales de investigaciones realizadas en la documentación que aparece en línea en el sitio *web* del Consejo.[19]

[18] Jacquelot, F., L'ambivalence du droit comparé par le juge Constitutionnel, Bruselas, Bruylant, 2014.

[19] En cada una de sus sentencias, el Consejo Constitucional pone en línea un «expediente documental» que permite apreciar el contexto en que se pronuncia la sentencia y evaluar las normas de referencia utilizadas (*www.conseil-constitutionnel.fr*).

Los recursos con precedentes extranjeros no corresponden ni a la tradición jurídica ni a la práctica jurisdiccional francesas. Contrariamente a otras constituciones europeas, que contienen cláusulas de referencia al derecho internacional de los derechos humanos —como es el caso de España, de Portugal e incluso de Rumanía, por ejemplo,[20] que facilitan el recurso a diversas fuentes externas y especialmente a sentencias pronunciadas por cortes extranjeras— la Constitución francesa es muda en este sentido. Sin embargo, si bien el Consejo no lo hace sistemáticamente, cada vez más estudia las sentencias pronunciadas por otras cortes sobre un mismo tema, en todo caso, las de aquellas que le resultan más accesibles. Sabe efectivamente que todas las cortes se ven confrontadas a problemas comunes difíciles de resolver. Esta práctica se está reforzando considerablemente, puesto que se decidió nombrar en el servicio jurídico del Consejo Constitucional a un jurista especializado en derecho comparado. De esta manera, el Consejo tendrá en adelante la posibilidad de confrontar sus decisiones, de manera más sistemática, con la jurisprudencia extranjera que corresponda.

Más allá de la jurisprudencia, el Consejo recopila cada vez más elementos relativos al derecho positivo y a las políticas públicas vigentes en los países vecinos sobre los temas que trata.

[20] El artículo 10§2 de la Constitución española se lee así: "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que reconoce la Constitución se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias, ratificados por España".
El artículo 20§1 de la Constitución rumana que se titula "Los tratados internacionales relativos a los derechos humanos" dice: «Las disposiciones constitucionales relativas a los derechos y libertades de los ciudadanos serán interpretadas y aplicadas en concordancia con la Declaración Universal de Derechos Humanos, con los pactos y con otros tratados de los cuales Rumanía es parte».
El artículo 16 de la Constitución portuguesa que se titula "La determinación de los derechos fundamentales y su significado" expresa: «1. Los derechos fundamentales consagrados en la Constitución no excluyen a los demás derechos que resultan de las leyes y de las reglas aplicables al derecho internacional. 2. Las normas constitucionales y legales relativas a los derechos fundamentales, se interpretan y se aplican en armonía con la Declaración Universal de Derechos Humanos».

Tales elementos permiten apreciar no solamente el derecho positivo vigente, sino también las dificultades que encuentra su aplicación. La información puede provenir de estudios sometidos por el gobierno al parlamento en el caso de leyes recientes, informes parlamentarios específicos o investigaciones propias del Consejo. De esta manera, a título de ejemplo, en el expediente documental de la sentencia del 20 de noviembre del 2003 relativa a la ley sobre la inmigración[21] encontramos —además de numerosas referencias a la jurisprudencia del Tribunal Europeo— una comparación europea sobre los plazos de retención.[22] Incluso si la sentencia no indica nada al respecto, entendemos que esa comparación permitió apreciar la proporcionalidad de la ley francesa. De la misma manera, en su decisión del 24 de junio del 2016 sobre una disposición del Código de Trabajo que deroga el descanso dominical permitiendo así la apertura de los comercios los domingos en París,[23] el estudio comparativo permitió poner en evidencia la extrema diversidad de las situaciones en países comparables y relativizar el impacto de la decisión (en un contexto francés relativamente polémico) de derogar la prohibición de trabajar el domingo.[24] No obstante, todo esto se mantiene dentro de lo que no se dice.

Finalmente, las prácticas jurisdiccionales de las cortes extranjeras han tenido una influencia sobre el Consejo Constitucional francés. Entre muchos ejemplos, podemos citar dos: la práctica de la reserva de interpretación por parte de la Corte Constitucional italiana, cuyo consejo es ahora abundantemente utilizado, y el método de control de proporcionalidad de la Corte alemana de Karlsruhe, que ha sido importado a Francia. Pero esta influencia

---

21 Sentencia del 20 de noviembre del 2003, Ley relativa al control de la inmigración, a la permanencia de extranjeros en Francia y a la nacionalidad, N. 2003-404 DC.

22 Ver *http://www.conseil-Constituciónnel.fr/conseil-Constituciónnel/root/bank/download/2003484DCdoc.pdf*

23 Sentencia del 24 de junio del 2016, N. 2016-547 QPC, Ciudad de París [Derogación temporal del reposo dominical de los asalariados del comercio detallista en París].

24 Ver *http://www.conseil-Constituciónnel.fr/conseilConstituciónnel/root/bank/download/2016547QPC2016547qpc_doc.pdf*

de las fuentes externas no solamente se encuentra en el trabajo preparatorio, sino que se pueden notar los efectos, aunque a veces sea de manera subliminal, en la lectura de las sentencias.

La evolución de las sentencias del Consejo

En primer término y a pesar de que el Consejo se rehúsa a inscribir los convenios internacionales dentro de su perímetro de control, la Constitución ahora obliga a vigilar que se respeten los compromisos internacionales de Francia y el derecho de la Unión Europea (artículo 88§1 y siguientes). El Consejo verifica la compatibilidad de los tratados o acuerdos internacionales con la Constitución y, en caso de incompatibilidad, esos tratados solo podrán ser ratificados después de un examen de la Constitución (artículo 53). En principio, el Consejo no controla la constitucionalidad de las directrices europeas, pero vigila que esas directrices sean incorporadas efectivamente y que la ley que las incorpore no sea manifiestamente incompatible con la directriz que debe incorporar. Por ejemplo, censuró mediante una sentencia del 27 de julio del 2006 una ley que incorporaba una directriz relativa al sector de la energía, al estimar que la ley «desconocía evidentemente el objetivo de apertura de los mercados competitivos».[25]

Particularmente, en una decisión del 4 de abril del 2013, por primera vez, el Consejo planteó una consulta prejudicial a la Corte de Justicia de la Unión Europea. El asunto se refería a la verificación de si la decisión marco del Consejo de la Unión, de fecha 13 de junio del 2002, relativa a la orden de detención europea, permitiría a los Estados miembros recurrir las decisiones de la Sala de instrucción.[26] Mediante una sentencia del 30 de mayo del 2013, la CJUE respondió que la directriz no se oponía a la organi-

[25] DC 2006-540 del 27 de julio del 2006. Ley relativa al sector de la energía.

[26] QPC 2013-314 P de 4 de abril del 2013 Jeremy F. La disposición criticada en el marco de la QPC concernía al artículo 695-46 que establecía que la Sala de la instrucción decidiría en un plazo de 30 días «sin recurso» en lo referente a una demanda, con el fin de extender los efectos de la orden de detención a otras infracciones, o de autorizar la entrega de la persona arrestada a otro Estado.

zación de un recurso que suspendiera la sentencia de ejecución de la orden de detención, a condición de respetar el plazo previsto. Por lo tanto, el Consejo pronunció, el 14 de junio del 2013, una sentencia que constata que la ausencia de recurso previsto por la disposición criticada no provenía necesariamente de la directriz 2002, y la censuró considerando que atentaba contra el derecho al recurso efectivo.[27]

Esta consulta prejudicial presentada ante la CJUE se ha mantenido aislada hasta la fecha, en tanto que otras cortes constitucionales, especialmente la Corte Constitucional belga, no dudan en plantearlas regularmente. Pero el ejemplo de este único planteamiento muestra que un diálogo con la Corte de Justicia de la Unión Europea es posible, dentro de los plazos compatibles con aquellos muy breves de que dispone el juez constitucional francés.

En muchos otros asuntos, el Consejo Constitucional ha incorporado el razonamiento e incluso los términos y fórmulas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sin decirlo claramente, pero diciéndolo de tal manera que su jurisprudencia esté de acuerdo con los estándares materiales establecidos por el Tribunal de Estrasburgo. Los ejemplos son muchos, pero decidimos mencionar tres.

La presencia del abogado durante la detención preventiva

En el 2010, el Consejo Constitucional tomó una serie de decisiones que censuraban las disposiciones de la detención preventiva, que no preveían la presencia de un abogado y atentaban contra la presunción de inocencia y contra los derechos a la defensa.[28] El expediente documental preparatorio da un amplio espacio a las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, desde hacía varios años, se mostraba más exigente que los jueces franceses en lo referente a las garantías que debían darse a las

[27] QPC 2013-314 de 14 de junio del 2013. Jeremy F.

[28] Sentencia del 30 de julio del 2010, Daniel W, QPC n° 2010 14/22.

personas en detención preventiva (basándose en el artículo 6 de la Convención).[29] Si bien las sentencias del Consejo nunca citaron los fallos del Tribunal Europeo, éstos han tenido un impacto determinante sobre esas sentencias. A pesar de su impacto, la aplicación de tales fallos ha encontrado dificultades que ilustran claramente los conflictos provenientes de un diálogo no resuelto entre jueces.

El Consejo Constitucional había organizado el efecto de su decisión a través del tiempo, a fin de otorgar al legislador un plazo para modificar la ley (hasta el 1º de julio del 2011). Sin embargo, mediante cuatro fallos del 15 de abril del 2011, la Corte de Casación sacó conclusiones de las decisiones del Tribunal Europeo y juzgó esas disposiciones contrarias al artículo 6 del Convenio Europeo, con efecto inmediato. Esa situación provocó cierto desorden puesto que ni los servicios de policía, ni las jurisdicciones, ni los abogados estaban listos para la implementación inmediata de una reforma tan importante.

En este sentido, la influencia de la jurisprudencia convencional europea ha sido determinante. El Consejo Constitucional tenía claro que no podía correr el riesgo de tomar una decisión contraria, puesto que tarde o temprano las jurisdicciones de derecho común habrían asumido las decisiones del Tribunal Europeo, aplicándolas y poniendo con ello a todo el sistema de control jurisdiccional francés en contradicción consigo mismo.

La validación retroactiva de los actos administrativos

Hasta el año 2014, el Consejo Constitucional consideraba que «el legislador podía modificar retroactivamente una regla de derecho o validar un acto administrativo o de derecho privado, siempre y cuando persiguiese un objetivo de interés general suficiente».[30] El Tribunal Europeo había estimado en una sentencia del 28 de

[29] TEDH, 8 de febrero de 1996, *Murray vs. El Reino Unido*; 27 de noviembre de 2008, *Salduz vs. Turquía* y *Danayan vs. Turquía* (13 de octubre de 2009).

[30] Sentencia del 23 de setiembre de 2011, QPC N. 2011-166.

octubre de 1999[31] que una validación podía vulnerar el derecho a un juicio justo, reforzando además las exigencias respecto de los motivos que podían justificar la validación legislativa.

El Consejo consideró que el interés general protegido debía ser «imperativo» y no solamente «suficiente». El Consejo Constitucional integró tal exigencia en una sentencia del 24 de julio del 2014 relativa a la garantía de los contratos de préstamo.[32] En adelante, será necesario «un motivo imperioso de interés general». Utiliza así los mismos términos que la Corte Europea, pero sin decirlo y sin hacer referencia a ésta, ni en la sentencia ni en el expediente documental.

El principio *ne bis in idem*

La jurisprudencia del Consejo Constitucional sobre la doble sanción, penal y administrativa, ha sido constante. Proveniente del artículo 8 de la Declaración de 1789, la doble sanción resultaba posible cuando el cúmulo del monto global de las sanciones eventualmente pronunciadas no sobrepasase el monto de la sanción más elevada.[33] El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a partir de un fallo del 10 de febrero del 2009,[34] interpretaba

31 TEDH, Cámara Alta, 28 de octubre 1999, *Zielinski y Pradal y González y otros vs. Francia*.

32 DC del 24 de julio 2014 2014-695, «si el legislador puede modificar retroactivamente una regla de derecho o validar un acto administrativo o de derecho privado, siempre y cuando esta modificación o validación respete tanto las resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada, como el principio de no retroactividad de las penas y de las sanciones, y que la conculcación a los derechos de las personas, que resulte de tal modificación o validación, se justifique por un motivo imperioso de interés general».

33 Sentencia del 17 de enero 2013, N. 2012-289 QPC, M. Laurent D. [Disciplina de los médicos].

34 TEDH, Gran Cámara, 10 de febrero de 2009, *Zolotoukhine vs. Rusia*. Para lograr el cambio en la jurisprudencia, el Tribunal Europeo aprovecha el derecho internacional y el derecho comparado: el artículo 14.7 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 20 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, el artículo 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el artículo 54 del Convenio para la Aplica-

de manera más estricta ese principio, pero el Consejo no había modificado su jurisprudencia. Mediante una sentencia del 4 de marzo del 2014,[35] el Tribunal Europeo condenó a Italia por no haber respetado ese principio, al permitir un cúmulo de acciones judiciales y de sanciones en materia de delito bursátil, según un procedimiento y una organización similares a la francesa. Es en este contexto que se interpusieron ante el Consejo Constitucional francés varias consultas relativas al principio de *ne bis in idem*, altamente mediatizadas en razón de la notoriedad de los demandantes.

La lectura de esas sentencias explica claramente la dificultad de articular. El Consejo modificó su jurisprudencia para tomar en cuenta la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, manteniendo su distancia con una concordancia absoluta, lo que puede querer manifestar cierta reticencia o, al menos, mucha prudencia en un campo que, ciertamente, se encuentra en evolución. No quiso constitucionalizar el «principio *ne bis in idem*» fundamentando su razonamiento en el artículo 8 de la declaración de 1789, que no estipula otra cosa más que el principio «*ne bis in idem*».

La lectura del conjunto no resulta fácil. Vemos que el Consejo quiso a la vez no contradecir las jurisdicciones europeas, pero preservando un sistema de doble sanción que ha probado su pertinencia en muchos casos. Desde este punto de vista, las comparaciones con otros países muestran que el sistema de doble sanción administrativa y penal existe casi en todas partes. Este enfoque comparativo no dejó de tener influencia sobre la decisión tomada.

A raíz de esta reflexión, resulta necesario volver al tema fundamental del oficio del juez constitucional. Si bien es juez de naturaleza particular, sigue siendo un juez que, como los demás, busca soluciones aceptables para situaciones complejas. Se inspi-

ción de los Acuerdos de Schengen y la jurisprudencia de Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el artículo 8.4 de la Convención Americana, tal y como lo ha interpretado la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, *last but not least*, la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense.

35 TEDH, Gran Cámara, 4 de marzo de 2014, *Grande Stevens vs. Italia*.

ra en sus referencias técnicas y jurídicas, pero sabemos que éstas no bastan.

También juzga a través de su conocimiento del mundo, de su comprensión de los comportamientos humanos y de la sociedad en la que vive. Pronuncia sus sentencias, como todos los jueces, a la luz de los textos, de los precedentes, de los compromisos europeos e internacionales contraídos por Francia, pero también, y cada vez más, sobre la base de soluciones de otros orígenes. ¿Y por qué no decirlo con toda claridad? A mi parecer, con la posibilidad de expresar opiniones disidentes, este esfuerzo de explicación podría reforzar la legitimidad de las jurisdicciones, en vez de debilitarla.

PANEL V.
PROTEGIENDO LOS DERECHOS HUMANOS: LA VOZ DE LAS VÍCTIMAS



El caso *del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*

*Patricia Gualinga**

Gracias a la Corte Interamericana por invitarnos a decir, desde nuestra voz, cómo van nuestros casos después de la sentencia y gracias a las compañeras que han sido víctimas, que comparten este panel, a las cuales he tenido oportunidad de tratar en estos días.

El pueblo de Sarayaku, para los que no conocen, es un pueblo indígena Kichwa en la Amazonía de Ecuador. Somos aproximadamente 1200 habitantes, un pueblo donde no hay acceso a carreteras, un pueblo que está en plena selva amazónica y un pueblo que hasta hace unos quince años estaba tranquilo. Nuestra historia empieza desde el momento en que el gobierno ecuatoriano concesiona bloques petroleros en nuestro espacio y eso genera una serie de conflictos, porque el pueblo se opone a que su territorio sea invadido por las empresas, por trabajadores petroleros. Sin embargo, el Gobierno, aduciendo que los recursos que hay en nuestros territorios son para el bienestar de todo el pueblo ecuatoriano, militariza y utiliza la fuerza tratando de extraer petróleo.

Estamos hablando del año 2002. Cabe recalcar que es un territorio que en el año 1992, con largas marchas, logramos que se formalizara por medio de títulos de propiedad. Allí estaban enton-

* Representante legal de las víctimas en el caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador.*

ces el pueblo indígena, grandes empresas extractivas, el gobierno, militares y policías, todos juntos, y un pueblo que se resistía a que su territorio fuera invadido; sufrimos militarización y violación de derechos y nos sentíamos absolutamente solos. Pero en algún momento escuchamos que algún pueblo indígena había accedido a una corte internacional y esa era la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Nuestro pueblo hasta ese momento no sabía mucho de derechos. Era un pueblo que no sabía el largo proceso que nos tocaría caminar. Siempre en nuestro camino encontramos la forma de dar información y logramos acceder a buenos abogados. Cuando nos dimos cuenta de que no iba a haber justicia en el país, accedimos al Sistema Interamericano gracias a los abogados de derechos humanos del Ecuador y también al Centro para la Justicia y el Derecho Internacional que nos asistieron.

Para nosotros, que hablábamos idiomas distintos y éramos de contextos completamente diferentes, el mundo jurídico, el mundo del derecho, el mundo de la ciudad era muy diferente; nosotros, los pueblos indígenas venimos del mundo de la selva, del mundo de las anacondas y de los jaguares. Teníamos que entendernos para dar la batalla en un contexto completamente ajeno al nuestro y lo logramos, pudimos acceder al Sistema Interamericano.

El caso pasó casi siete años en la Comisión. Tuvimos que estar actualizando todo el tiempo la información, pero al mismo tiempo estar visibles en el país. En este proceso de los siete años tuvimos medidas cautelares y, como el Estado no las cumplía, también tuvimos medidas provisionales. Las medidas provisionales nos dieron un respiro para poder continuar después el juicio en la Corte Interamericana.

A veces nosotros pensábamos "ya llegamos a la Corte y todo va a solucionarse". Llegamos a la Corte Interamericana y en ese momento la presidía el juez Diego García Sayán. Fue una experiencia muy emotiva para todos, llegamos como 19 personas a la Corte y dijimos "ya terminamos la audiencia". Fueron dos días de mucha emoción, toda la gente viendo. En todo ese tiempo la prensa estaba pendiente de nosotros, desde la selva amazónica

a la prensa nacional, y algunos internacionalmente, tratando de demostrar que teníamos fuerza.

Cuando fue la audiencia, logramos que hubiera desde el pueblo una antena satelital para que el pueblo pudiera verla; desde la ciudad más cercana, que la ciudad pudiera ver la audiencia; desde la capital, que la capital pudiera ver la audiencia. Así hemos logrado convertirnos, nos han dicho, en un caso exitoso, emblemático: ese es el nombre que nos dan ahora.

Después del juicio en la Corte pensamos "ya, ahora esperar la sentencia, ¿qué será?" Lo que no nos esperábamos era que la Corte nos fuera a visitar en Sarayaku. Cuando nos anunciaron que llegaría, nos preparamos para recibirla con tambores y todo, para que conozca realmente cómo somos, cómo vivimos, quiénes somos, hacerles entender cómo pensamos, cuál es nuestro derecho, aparte del derecho judicial que discuten, cómo nos sentimos nosotros dentro del contexto territorial, completamente ajeno al de acá, y cómo se sienten ellos también al lado de nosotros. Fue una experiencia muy emocionante.

Luego, después vino la sentencia y nos quedamos quietos. Pero cabe recalcar que, antes de este proceso, nadie creía que llegaríamos al final. Primero, nadie creía que íbamos a sacar a las empresas petroleras y defender nuestro territorio como lo hicimos.

Cuando nos dijeron "vamos a la Corte Interamericana", nos dijeron "uy, estos se volvieron locos", cómo va a acceder un pueblo de 1200 personas a una corte internacional, es un caso que lleva tantos años donde nunca van a ganarle al Estado de Ecuador y a grandes empresas transnacionales. Pero nuestra determinación ha logrado demostrar que sí se puede y que la Corte sentenció justamente en el tema del caso *Sarayaku*.

Cuando fue la sentencia de la Corte, habían pasado varios gobiernos y todos actuaban de la misma manera y todos se justificaban de la misma manera. Parece que cualquier gobierno que viene siempre actúa de una manera que es muy parecida a la anterior y aprendimos que no hay que confiar en que va a haber cambios, sino que los cambios los hacemos nosotros.

Y así empezó la fase de cumplimiento de la sentencia del caso *Sarayaku* en la cual estamos. El gobierno cumplió con la indemnización, con la publicación del fallo y con las disculpas públicas que eran parte de la sentencia. El Estado dice que hizo la capacitación de los funcionarios públicos, pero no ha cumplido con los puntos centrales de la sentencia que eran los pilares fundamentales del caso: la consulta libre previa e informada para que el pueblo pueda decir si quiere o no que haya actividades extractivas y que exista una tonelada y media de explosivos enterrados en territorio Sarayaku. Han pasado los años, son seis años, y el Estado no quiere cumplir esos dos puntos.

¿Por qué? Porque aquí pesa todo el tema económico. Nosotros estamos viviendo encima de los que ellos consideran pozos petroleros y ahí ronda todo lo que es la economía nacional. Ahí está el interés de las grandes empresas de extraer petróleo, ahí está el interés del gobierno de extraer petróleo. Aquí no se sabe qué es lo que está pesando más dentro del pensamiento del Estado nación: la economía o la vida de pueblos indígenas que habitamos en la selva. Para nosotros, supuestamente pesamos más, para los demás tiene que ser el petróleo. Pero son dos puntos que no se cumplen y nosotros les decimos que son puntos que no están siendo cumplidos.

El expresidente anterior, un día antes de que saliera la sentencia, emitió un decreto ejecutivo sobre la consulta, pero ese decreto ejecutivo mira la consulta como una socialización. Y eso es lo que han hecho en algunos pueblos, no en el nuestro que siempre estamos diciendo que es inconstitucional, de ir y decirles: "¿saben qué?, estos son los beneficios del petróleo", "esto es lo que les vamos a dar", "esto es lo que nosotros vamos a hacer y ahora vamos a sacar el petróleo". Nosotros decimos que eso no es una consulta, cómo es posible que vengan a nuestra casa y nos digan: "saben que vamos a venir a destruirles y vamos a hacer esto y esto, pero si ustedes no quieren no importa porque vamos a entrar". Eso no es una consulta, eso no es actuar de buena fe. El pilar fundamental que desarrolló la Corte en materia de consulta libre, previa e informada, dándole un principio de derecho internacional, no está siendo cumplido.

También es nuestro deber estarles gritando y diciéndoles que no están cumpliendo. Y lo estamos haciendo todo el tiempo. Nosotros no nos quedamos quietos, somos indígenas que siempre estamos hablando. Ya superamos la barrera donde nos tenían que tutelar todo el tiempo. Somos dueños de nuestra propia voz y de decir lo que no está bien.

En el transcurso de estos años también aprendimos derecho, también aprendimos del Sistema Interamericano, la Carta de Derechos Humanos, el Convenio 169. No es por nada decir que nuestro caso enseñó mucho al Ecuador y a otros pueblos indígenas que vieron que defender los derechos humanos de los pueblos indígenas sí es posible. Ese es el impacto.

Sabemos que muchas universidades toman el caso *Sarayaku* y los alumnos lo analizan, lo discuten, lo ven y es un referente en las universidades, y eso yo creo que es un impacto positivo, porque están discutiendo los derechos colectivos, los derechos humanos. También sabemos que otros pueblos indígenas toman como referente el caso *Sarayaku* y lo toman como ejemplo a seguir.

Yo creo que la Corte Interamericana, al sentenciar, logró que otros pueblos puedan creer que sí se puede, que hay que luchar por los derechos, que hay que defender los derechos, independientemente del lugar donde nos encontremos, ya sea en la selva amazónica o en la ciudad.

Nos dimos cuenta de que, como los gobiernos cambian y no todos son abogados, desconocen los derechos, desconocen el Convenio 169, desconocen la Convención Americana. A los que hemos sido víctimas nos ha tocado enseñarles, provocando debates en las radios, enfrentándonos a los servidores públicos, diciendo lo que no está bien, diciendo que la ley internacional no dice eso, que no es una lógica de ese momento lo que está ocurriendo, sino que hay un derecho internacional que ampara a las víctimas.

Los impactos son grandes y podríamos enumerar un sinfín, muchas veces nos sorprende ver adónde llegan los impactos: ya no es solo a nivel local. Los impactos se generan a nivel internacional. El caso *Sarayaku* es mencionado en muchos otros procesos de pueblos indígenas, y la consulta y lo que desarrolló la

Corte para la sentencia es mencionado en muchos otros lugares. Aparte de que ahora, todo el que se siente violentado habla sobre la Comisión y la Corte Interamericana, lo que no sucedía hace 16 años. Todos dicen "vamos a ir la Corte, vamos a llevar nuestro caso a la Comisión, hay alguien que nos defiende los derechos" y eso creo que es un impacto positivo, en el que las víctimas también hemos ayudado al difundir nuestro caso y nuestro proceso en el caso *Sarayaku* siempre se mantiene ante la opinión pública, ante la discusión y ante las redes sociales, ha sido documentado en varios países, y es un proceso que, como les dije antes, es emblemático.

Yo le quisiera decir a la Corte que son importantes las sentencias, pero también son importantes los seguimientos a las sentencias. En nuestro caso, todavía faltan cumplir dos medidas de reparación y no lo vamos a dejar ahí. Esta es nuestra convicción, nosotros no nos vamos a quedar tranquilos mientras no se cumpla cabalmente lo que la Corte sentenció. Pero también la Corte tiene que dar seguimiento de cómo va el cumplimiento de las medidas pendientes. A pesar de que la Corte no puede tener una injerencia directa de exigirles directamente ahí, lo que la Corte opine impacta. Y nosotros aprovechamos esa opinión para generar opinión pública sobre lo que no se está cumpliendo. Y esa, yo creo, que ha sido nuestra experiencia como pueblo indígena. Yo sé que ha habido otros casos, pero nuestro caso ha ayudado a inspirar, a tener la esperanza de pueblos que no tenían esperanza cuando sentían que se violentaban sus derechos.

El caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*

Karen Atala

Para mí es un gran honor estar, en esta oportunidad, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos con ocasión de su 40 Aniversario, para hablarles del impacto y las consecuencias de la condena contra el Estado de Chile, a raíz del caso *Atala Riffo y niñas,* del cual fui víctima.

Para contextualizarlos en mi historia, les debo decir que todo esto comenzó en el año 2003, en la ciudad sureña de Villarrica de mi país, cuando ya separada de mi marido y padre de mis tres hijas, él me demandó por la custodia de ellas. La razón era que yo había iniciado una convivencia con una mujer, en el mismo hogar en el cual vivía y criaba a mis hijas.

En el contexto actual, en muchos de nuestros países ello no es un asunto problemático, pero sí lo era en el contexto social, político y cultural del Chile de ese entonces, en el que se despenalizó la sodomía en 1999. La prohibición aún se mantiene en caso de relaciones sexuales entre un hombre mayor de 18 años con uno de 17 años 11 meses y 29 días, situación que no es penalizada si se trata de relaciones sexuales consentidas entre un varón y una mujer de esas mismas edades. En Chile se dictó la ley de divorcio en noviembre del 2004 y entró en vigencia al año siguiente.

Entonces, para ver el panorama de los derechos LGBTI en Chile, pueden ser distinguidos tres períodos: antes, durante y después del caso *Atala Riffo y niñas*. Antes del caso, los derechos de las personas LGBTI en Chile eran definidos con una palabra:

éramos invisibles las lesbianas y los gays recién podían tener relaciones sexuales consentidas entre adultos sin ser perseguidos como delincuentes. Durante el desarrollo del proceso ante el Sistema Interamericano, las palabras de Carol Hanisch "lo personal es político", las viví y las sentí en carne propia. Hubo una gran exposición mediática, el tema de fondo de si era legítimo o no que una lesbiana pudiera criar a sus hijos, sobre todo si vivía con su pareja. Los grupos conservadores empezaron una campaña mediática, señalándome como la muestra palpable de la degradación de la familia, de la anormalidad de la homosexualidad, de la perversión y fui condenada al fuego eterno en el infierno. No hubo programa de televisión en el cual no hubiera un sacerdote enfrentado a un psiquiatra, psicólogo, abogado liberal, discutiendo sobre las implicaciones éticas, morales, psicológicas sobre la crianza de hijos por parejas del mismo sexo. Y por supuesto, surgió el chiste, la broma sobre mi condición en los medios de comunicación social.

Recibí muchos correos electrónicos de madres lesbianas, que vivían en el absoluto anonimato y sumergidas en lo más oscuro del closet, implorándome que las ayudara: "si a ti como jueza te han privado de la custodia de tus hijas, ¿qué nos queda a nosotras?", era el temor recurrente. Sentí un profundo sentido de injusticia, la Corte Suprema había dado su última palabra. Con ello se legitimaba un solo modelo de familia en Chile, el tradicional, constituido por padre y madre, como la Sagrada Familia, y no cabían otros modelos.

Así, mi proceso personal, de dolor y duelo, se transformó en una lucha política: tendría que ser la voz de todas aquellas madres y padres lesbianas y gays, que debían negar, ocultar su orientación sexual, para ser aceptados socialmente y no ser privados de sus derechos como tales y se debía revertir aquel nefasto precedente de la Corte Suprema.

Tuve la suerte de contar con el apoyo de muchos colegas abogados quienes se sintieron impactados por lo que había pasado y no querían quedarse de brazos cruzados: estábamos en el Chile del retorno a la democracia luego de 17 años de dictadura, necesitábamos ir avanzando en las libertades ciudadanas, donde el derecho a la igualdad no se estaba cumpliendo. Así se logró

conformar un equipo jurídico que iba a llevar a cabo la tarea de recurrir ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

El proceso ante el Sistema Interamericano, entre la interposición de la denuncia ante la Comisión Interamericana y luego ante la Corte Interamericana, duró 8 años hasta que se dictó sentencia aquel 24 de febrero de 2012, condenándose al Estado de Chile por graves violaciones a los derechos humanos de mis tres hijas y a los míos también.

En cuanto al después del caso *Atala Riffo y Niñas*, a la fecha de dictarse la condena contra Chile estábamos con un Presidente de la República de ideas políticas conservadoras, quien se enfrentaba a una condena internacional como país y al asesinato de un joven por homofobia y decretó suma urgencia a un proyecto de Ley antidiscriminación que ya llevaba más de 7 años y medio tramitándose en el Congreso Nacional. Con ese mandato, el parlamento aprobó la Ley Antidiscriminación en abril de 2012, donde por primera vez en la legislación chilena se reconoce la orientación sexual e identidad de género como categorías jurídicas dignas de protección. Es una ley blanda e insuficiente en muchos aspectos y precisa ser modificada, pero es un gran avance para mi país.

En el año 2015 fue aprobada la Ley de Acuerdo de Unión Civil y entró en vigencia en octubre de 2016, cuando, por primera vez, se reconoció la unión afectiva de dos personas del mismo sexo. Como ley de unión civil establece un mínimo de derechos patrimoniales y asistenciales, pero discurre siempre en su lógica en la base heterosexual, al establecer que la filiación y temas relativos a los hijos comunes se rigen por las normas generales, las cuales, en Chile, contemplan la filiación de un solo padre y una sola madre. Esta es una de las demandas y arduo trabajo desde las organizaciones LGBTI en Chile: lograr el matrimonio igualitario, los derechos a la filiación y, actualmente en debate parlamentario, la Ley de Identidad de Género, la cual no ha estado exenta de una gran discusión.

A nivel latinoamericano, con mi caso se reconoce por primera vez la orientación sexual e identidad de género como categorías protegidas por el Sistema de Justicia Interamericano de Derechos

Humanos y en cada asunto concreto le corresponderá al Estado acreditar que no actuó discriminatoriamente frente a estas situaciones. Se aplica el test de escrutinio estricto frente a estas categorías sospechosas de discriminación. Esto ha tenido grandes repercusiones a nivel latinoamericano en todos aquellos países signatarios de la Convención Americana y que aceptaron la jurisdicción de la Corte Interamericana. Es decir, la Corte viene a reforzar los argumentos que estaban en circulación en los diversos países mediante el activismo LGBTI.

La Corte Interamericana establece importantes estándares interpretativos de manera progresiva de los derechos humanos, da un giro al discurso tradicional del derecho a la igualdad hacia el discurso del reconocimiento. El primero establece *mutatis mutandi* "que Dios no sanciona al homosexual, sino que a los actos homosexuales", es decir, se puede ser gay o lesbiana, pero debe abstenerse de practicarlo o demostrarlo.

Este fue el argumento vertido en el razonamiento de la Corte Suprema de Chile en uno de sus argumentos al señalar que "no es posible desconocer que la madre de las menores de autos, al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual, como puede hacerlo libremente toda persona en el ámbito de sus derechos personalísimos en el género sexual, sin merecer por ello reprobación o reproche jurídico alguno, ha antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que lleva a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de éstas". Frente a este argumento, la Corte Interamericana consideró necesario recalcar que el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de ser homosexual, en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas.

Con gran orgullo puedo señalar el avance en México. Ese país logró, por la vía de la jurisprudencia, el matrimonio entre personas del mismo sexo gracias al activismo de décadas, además, con la ayuda de la interpretación de la Suprema Corte de ese país respecto del caso *Atala*. Este aparece vinculado con el concepto del derecho a la familia en el sentido que la Convención Americana

no protege un único modelo de familia sino que incluye todos los modelos.

Así, la Corte Suprema de Justicia de México se refirió en una serie de casos bajo un ejercicio de unificación de sentencias y de análisis mediante el test de escrutinio estricto desarrollado por la Corte Interamericana a la institución del matrimonio y concluyó que no se debe negar el matrimonio a personas del mismo sexo, por ser la concepción limitada a la unión entre un hombre y una mujer contraria a la Convención Americana. Es así que por vía jurisprudencial y antes que la Suprema Corte de los EEUU, se amplió en México el derecho al matrimonio de las personas LGBTI.

Igual ha pasado en Colombia respecto de las sentencias logradas a favor del matrimonio entre personas del mismo sexo y las actuales acciones deducidas por adopción por parte de parejas del mismo sexo donde los activistas LGBTI están dando una dura batalla jurisprudencial, siendo el Caso *Atala Riffo y niñas* el estándar interpretativo a nivel doméstico.

No puedo pasar por alto que, en Argentina, no obstante que ya cuentan con matrimonio igualitario y ley de identidad de género, el caso *Atala Riffo y niñas* también tuvo aplicación en materia penal, en el caso de Ana Fernández. Ella fue funcionaria durante el gobierno de Aníbal Ibarra en la Ciudad de Buenos Aires y estuvo presa por responsabilidad penal sobre el accidente que costó la vida a muchas personas al interior de la discoteca Cromañón. Ella estaba amamantando a su bebé y estuvo sujeta a prisión; durante el proceso pidió que se le otorgara el arresto domiciliario y el tribunal se lo negó diciendo que "su compañera mujer estaba cuidando al bebé" como si por el hecho de ser una pareja de lesbianas diese lo mismo quien cuidaba al bebé, ajeno que la privada de libertad fuera quien amamantaba. Ella recurrió a la Cámara de Apelación y acogieron su pedido basándose en el caso *Atala* como estándar de interpretación.

Sin embargo, no debemos dormirnos en los laureles: desde que comenzó la batalla judicial allá en Villarrica el año 2004, los grupos religiosos y conservadores comenzaron a acusarnos a nosotras como artífices de "la ideología del género", para deslegiti-

mar nuestras demandas y reivindicaciones de derechos, y retrotraernos al estado de invisibilidad, deslegitimando el desarrollo evolutivo de los derechos humanos que la Corte Interamericana ha ido trabajando en estas cuatro décadas. Por lo que ahora, frente a la arremetida neoconservadora, urge no bajar la guardia y seguir cuidando los derechos obtenidos y proseguir por los que nos faltan.

Con mucho orgullo puedo decir que todo el dolor sufrido por mis hijas a su corta edad (3, 4 y 8 años en esa época) y el mío propio, producto de la separación y el estigma de nuestra familia "excepcional, no valorada en el medio social y tradicional", no fue en vano.

Con el amanecer, llegó la justicia. El caso *Molina Theissen vs. Guatemala*

Ana Lucrecia Molina Theissen

En primer lugar, agradezco a la Corte Interamericana la invitación para participar en esta actividad conmemorativa. Quienes hemos logrado acceder a la justicia internacional cuando en nuestros países nos ha sido negado ese derecho, tenemos sobrados motivos para celebrar la existencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de un tribunal y de un sistema —del que también forma parte la Comisión Interamericana— que nos escucha, que está dispuesto a creernos, y que nos reconoce como ciudadanas con dignidad y derechos.

Soy la hermana de Marco Antonio, un niño desaparecido el 6 de octubre de 1981, cuando tenía 14 años de edad; de Emma, que sufrió torturas salvajes y violencia sexual durante los nueve días que estuvo prisionera en un cuartel militar, y de Eugenia, cuyo esposo fue asesinado en 1984 por el Estado que nos persiguió implacablemente. Soy la hija de un hombre que murió de tristeza por la pérdida de su niño y de una mujer que arribó a sus 84 años esperando encontrar los restos de su hijo para sepultarlos dignamente. Soy una mujer guatemalteca que no se resignó ante la injusticia y recurrí, junto con mi familia, al Sistema Interamericano en busca de la justicia y el reconocimiento de la verdad.

En 2004, en su sentencia de fondo del 4 de mayo, la Corte Interamericana recogió los hechos descritos y los asumió como ver-

daderos. También evidenció que mi hermano es uno de los 5000 niños y niñas desaparecidos por agentes del Estado en los años del llamado conflicto armado interno en Guatemala, que se suman a 40.000 personas adultas que sufrieron ese crimen atroz; estimaciones que, en mi opinión, son imposibles de confirmar dado el silencio que se impuso alrededor de esta práctica perversa. Posteriormente, en su fallo de reparaciones y costas, del 3 de julio de ese mismo año, tras establecer la responsabilidad del Estado guatemalteco, entre otras reparaciones le ordenó investigar, enjuiciar y castigar a quienes resultaren responsables, así como ubicar el paradero de Marco Antonio y devolvernos sus restos.

Catorce años después, el 23 de mayo de 2018, en cumplimiento del fallo de la Corte, un tribunal nacional condenó a 58 años de prisión por delitos contra los deberes de humanidad (art. 3 común de los Convenios de Ginebra), violación sexual con agravación de la pena y desaparición forzada a dos integrantes de la cúpula militar de la época, el exjefe del Estado Mayor General del Ejército y el director de la temida inteligencia militar y al oficial S-2 del cuartel donde estuvo retenida ilegalmente mi hermana, su torturador e interrogador, el mismo hombre que allanó mi casa y se llevó a mi hermano. El excomandante del cuartel fue condenado a 33 años por los dos primeros delitos y el exjefe de la plana mayor de este recinto militar fue absuelto al existir duda razonable. La sentencia está en apelación, mientras tanto, los cuatro condenados permanecen en prisión.

El proceso fue efectuado a partir del 6 de enero de 2016 en un escenario político complejo, sumamente volátil, con un poder judicial minado por la corrupción y la complicidad con los sectores más oscuros del poder en Guatemala. Al mismo tiempo, jueces y juezas dignos, honestos y comprometidos libran día a día una batalla por hacer prevalecer el respeto a los derechos humanos, la igualdad ante la ley y el acceso a la justicia. Con firmeza, a su lado estamos las víctimas, las organizaciones de derechos humanos y las guatemaltecas y guatemaltecos dignos, ávidos de justicia.

La sentencia dictada el 23 de mayo de 2018,[1] en cumplimiento de lo ordenado por la Corte Interamericana, constituye un acontecimiento histórico por el alto perfil de los militares ahora condenados, integrantes de la cúpula dictatorial que asoló el país entre 1978-82. Su impacto, por ende, va más allá de Marco Antonio, Emma y mi familia. Es el producto de un litigio estratégico en el que se analizó un período trágico, profundamente triste, de la historia reciente de Guatemala.

De esta manera, por medio de los peritajes y testimonios de personas expertas, se probó que a partir de los años sesenta se implantó un régimen de terror que destrozó el tejido social, aisló a las víctimas y las sumió en una desprotección total por parte de la institucionalidad de justicia. Se revelaron las causas y efectos de las graves, sistemáticas y masivas violaciones a la vida, la libertad, la integridad personal y la protección y garantías judiciales —entre otros muchos agravios— perpetradas contra decenas de miles de víctimas de crímenes de guerra y lesa humanidad reiterados a lo largo de varias décadas. Estas, como mi familia y yo, fueron identificadas como parte del "enemigo interno", una definición tan elástica que cualquier persona podía ser señalada como tal, incluso niños y niñas.

Esta situación afectó particularmente a aquellas que cayeron en el circuito clandestino de detención que fue implantado por la empresa criminal conjunta en que se transformó al ejército en aras de una supuesta defensa de la patria, donde padecieron torturas, violencia sexual, muerte y desaparición forzada, crímenes señalados como prácticas deleznables que deben ser repudiadas y no normalizadas, legitimadas ni aceptadas socialmente, que fue lo que sucedió en un contexto de horrores y silencios. En esa época, en Guatemala se instaló un silencio ominoso. Las denuncias sobre los crímenes de guerra y lesa humanidad fueron convertidas en mentiras, calladas o censuradas por los medios. Pese a que eran un secreto a voces, la mayoría no quería saber nada de las atrocidades, mucho menos hablar al respecto o solidarizarse

[1] El fallo del Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente Grupo C de Mayor Riesgo, está disponible en el siguiente enlace: *https://drive.google.com/file/d/1-RQammFu9ONdWEy-9BolQoucWoURDuQvo/view*

con las víctimas y sus familias. La sociedad fue paralizada por el terror. Junto con la destrucción de la institucionalidad de justicia, el acallamiento de la verdad posibilitó la impunidad de los perpetradores.

En el debate oral y público efectuado del 1 de marzo al 23 de mayo de 2018, ese silencio se rompió. Supimos que la aplicación de la doctrina de la guerra contrasubversiva significó que toda la sociedad fuera convertida en "el campo de batalla". Conocimos los objetivos, los medios, las acciones y las bases ideológicas y políticas plasmados en planes militares que impulsaron el aniquilamiento de un supuesto enemigo interno por parte de las sucesivas dictaduras que sumieron al país en una vorágine de muerte y silencio.

El silencio se rompió y la verdad, recogida por la Corte en su sentencia de fondo, se impuso sobre las mentiras reiteradas por el poder durante décadas. El debate judicial sobre las responsabilidades funcional y del superior y la autoría mediata y material de los acusados en hechos tan perversos, se extendió a las redes sociales y a los medios de comunicación. Son más de mil los artículos de opinión, reportajes y noticias, tanto en la prensa nacional como internacional, tradicional y alternativa, que, en su abrumadora mayoría, son de apoyo y simpatía hacia la causa de la familia. De esta forma, amplios sectores sociales se apropiaron del proceso y sintieron como suya la justicia impartida en nuestro caso.

La soledad en la que vivimos las secuelas de la persecución estatal también fue rota. La solidaridad expresada por las organizaciones que nos acompañan —entre las que se destacan la Unidad de Protección a Defensores y Defensoras de Derechos Humanos, el Centro para la Acción Legal en Derechos Humanos, el Equipo de Estudios Comunitarios y Acción Psicosocial, Prensa Comunitaria e, internacionalmente, el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, ONU Mujeres, los Relatores Especiales de Desaparición Forzada y Justicia Transicional y la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos en Guatemala— nos fortaleció para afrontar situaciones riesgosas, necesidades materiales y sentimientos difíciles, profundamente dolorosos.

El litigio llevado adelante por la Fiscalía de Derechos Humanos del Ministerio Público y la familia, representada por un magnífico y valeroso equipo de abogados, todos profesionales comprometidos y talentosos, fue seguido por la Corte Interamericana en el marco de la supervisión del cumplimiento de su sentencia de reparaciones. Desde el 6 de enero de 2016, día en el que fueron capturados cuatro de los militares involucrados en el proceso judicial, la Corte estuvo atenta a la información que puntual y regularmente se le proporcionó.

El Tribunal C de Mayor Riesgo emitió una magnífica pieza jurídica que sigue la línea de sentencias nacionales anteriores, como las pronunciadas en el juicio por genocidio, del 10 de mayo de 2013, y la violencia y esclavitud sexuales de las mujeres de Sepur Zarco, del 26 febrero de 2017. Aplicando el control de convencionalidad, el fallo se basa no solamente en los tratados de derechos humanos, sino también en la jurisprudencia interamericana y de tribunales penales internacionales que han juzgado crímenes de guerra y de lesa humanidad, particularmente los casos de violaciones a los derechos humanos de las mujeres.

Para la familia fue altamente reparador escuchar que el "interés superior del niño y su familia", para el caso de Marco Antonio, y el "interés superior de la víctima y de su familia" en cuanto a Emma, guio sus actuaciones "contrarrestándose de tal manera cualquier intento de revictimización, al punto que, en este tipo de crímenes, cualquier intento [de] confrontación entre las declaraciones de las principales agraviadas, conforme a la primacía humana, de la realidad y de la integridad de las mismas, tales relatos deben ser considerados como consistentes, íntegros, creíbles y con subsistencia autónoma, es decir, que las declaraciones (...) subsisten por sí solas", una afirmación que el Tribunal sustentó en acuerdos y tratados internacionales y normas del Derecho Penal Internacional de imperativo cumplimiento. Asimismo, es esperanzador el hecho de que en su parte resolutiva le ordena al Estado guatemalteco y sus instituciones "...cumplir en el plazo razonable con las restituciones en reparación digna, integral y transformadora decididas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que estén pendientes de cumplimiento, existiendo la obligación por parte de la Procuraduría General de la

Nación, como representante del Estado de Guatemala, a diligenciar y promover en las instancias correspondientes su efectivo cumplimiento...", lo que esperamos haga realidad la ubicación del paradero de Marco Antonio y la recuperación de sus restos.

Así concluyó el proceso iniciado en 1997. Esto habría sido imposible sin los fallos interamericanos que, junto con el expediente y las grabaciones de la audiencia de 2004, se constituyeron en parte de las 170 pruebas aportadas por el Ministerio Público y la familia, específicamente mi madre y hermana en sus calidades de querellante adhesiva y víctima directa, respectivamente.

En este prolongado proceso, que hace tan solo tres años no podíamos imaginar cómo ni cuándo terminaría, las sentencias de la Corte Interamericana nos otorgaron la legitimidad y la fuerza para exigir justicia ante la institucionalidad guatemalteca y demandar la verdad, consistente en la ubicación y devolución de los restos de Marco Antonio. Fueron el piso firme, inamovible, el terreno seguro, sobre el que levantamos nuestras demandas e hicimos innumerables gestiones a lo largo de todos estos años. Se convirtieron no solamente en medios de prueba en el proceso nacional, sino también en una importante base de los alegatos y conclusiones de nuestros abogados en todas las etapas del proceso judicial. También son parte de los fundamentos y las argumentaciones sobre los que se sostiene la sentencia del 23 de mayo.

Más allá de los alcances jurídicos, políticos, sociales e históricos de un fallo que condenó a hombres poderosos, peligrosos —hasta hace muy poco considerados intocables—, responsables no solo de nuestro sufrimiento sino también del de decenas de miles de familias de personas asesinadas o desaparecidas, por nuestra propia experiencia puedo constatar el efecto reparador de la justicia interamericana y nacional.

En su sentencia de reparaciones y costas la Corte declara que esta es reparadora *per se*. Esto dejó de ser una expresión jurídica, es lo que viví a lo largo del proceso nacional y, paulatinamente, durante los catorce años que mediaron entre su emisión y el 23 de mayo de 2018, es lo que experimentó la familia y sintió Emma, de cuyas palabras me apropio:

> [Es] la primera vez que me dirijo a un tribunal nacional y agradezco mucho la oportunidad de ser escuchada. (...) Quiero contarles muy brevemente, que no me mataron pero que sí destruyeron profundamente mi vida (...). Quiero decirles que he vivido aplastada por la culpa, llena de vergüenza, llena de dolor, llena de asco, mucho asco, no tienen idea, profanaron mi cuerpo, violentaron toda mi humanidad y eso me va a acompañar toda la vida. Hoy saco fuerzas de todo el amor que he recibido durante todo este tiempo. (...). Saco fuerza del amor de tanta gente que me ha acompañado, me ha apoyado, me ha sostenido durante tanto tiempo (...).
>
> Yo renuncié muchas veces a la vida, estuve al borde de morirme, de matarme, nunca jamás pensé en la posibilidad de la justicia y este proceso ha sido tan reparador, tan sanador porque significa que el Estado que tanto nos lastimó, tanto nos ofendió a través de las fuerzas armadas, ahora nos escucha, nos dice que nos cree o que tal vez es posible que digamos la verdad. Nos dicen "lo siento". Este juicio nos está diciendo "sentimos lo que les pasó". No importa en qué términos se dé la sentencia, no importa. Este proceso nos ha dado la oportunidad de contar nuestra verdad y de pedir la justicia que merecemos.
>
> Y, finalmente, quiero decirles a los señores acusados que les devuelvo la vergüenza, que les devuelvo el terror, no puedo deshacerme del dolor y jamás podré deshacerme del asco. Los dejo con su odio, porque se necesita mucho odio para hacer lo que nos hicieron. Merecemos justicia, merezco justicia y quiero que los acusados se queden con todo lo demás... Y ojalá que tengan un poquito de honor y nos digan dónde está Marco Antonio.

Amparadas y legitimadas por las sentencias de la Corte Interamericana y el fallo nacional, por Marco Antonio, por las decenas de miles de víctimas del terrorismo estatal en Guatemala, para que Nunca Más se repitan las atrocidades que él y Emma sufrieron, seguiremos levantando la voz por la verdad y la justicia, por nuestro derecho a encontrar a nuestro niño y sepultarlo dignamente.

No descansaremos hasta encontrarlo, amado Marco Antonio.

El caso *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*

Irma Monreal

Antes que nada, quiero darle las gracias a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a todos sus integrantes por darme el beneficio de estar aquí, disfrutando junto con ellos su 40 Aniversario y que ha sido para bien de muchas personas, de muchas familias. Les quiero agradecer mucho.

Mi nombre es Irma Monreal, vengo de Ciudad Juárez, Chihuahua, México y soy mamá de Esmeralda Herrera Monreal. Estoy aquí para compartir con ustedes la experiencia de haber llegado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Desde hace años pido justicia para mi hija Esmeralda; ella desapareció el 29 de octubre de 2001 cuando tenía 15 años. Su cuerpo fue encontrado a los ocho días, después del 6 de noviembre, al lado de otras dos jovencitas en un terreno donde se sembraba algodón. El día siguiente fueron encontrados los restos de cinco jovencitas más.

Quiero comentarles que mi hija Esmeralda era una niña buena, amorosa, trabajadora, estudiosa y tenía muchas ilusiones, como todas las niñas de su edad. Ella estaba muy feliz por el preparativo de su fiesta de quince años, pero ya no la pudo festejar, porque fue secuestrada, asesinada.

Durante años la madre de Claudia Ivette González y Laura Berenice Ramos Monárrez, las otras víctimas encontradas junto a mi hija, pedimos justicia a las autoridades mexicanas, pero no nos

escucharon. Al contrario, nos decían que nuestras hijas llevaban una doble vida o que quizá se habían ido con su novio, que andaban lucrando con nuestro dolor y sufrimiento.

Sufrimos hostigamiento de su parte, para que no continuáramos pidiendo justicia. No ayudaban a buscar, no creían cuando les decíamos que ellas no se habían ido por su gusto y sin avisarnos. Cuando encontraron los restos de nuestras hijas, el 6 de noviembre, la actuación de las autoridades no cambió. Las autoridades fueron negligentes, omisas y nos seguían maltratando. Además, detuvieron a dos hombres inocentes, a quienes se los acusó como asesinos de las ocho jovencitas. Uno de ellos inocente murió en prisión y el otro quedó libre casi cinco años después. Durante todo ese tiempo no hubo una investigación para esclarecer el caso de mi hija.

En ese tiempo Ciudad Juárez llamó la atención del mundo por los cientos de casos de feminicidios que ocurrían ahí, por la impunidad que los rodeaba. El campo algodonero era el último de muchos cementerios clandestinos de mujeres encontradas por toda la ciudad, sin que las autoridades previnieran la violencia hacia las niñas y mujeres, sin que se detuviera a los verdaderos responsables de los feminicidios.

Las familias de Esmeralda, Claudia y Laura, junto con organizaciones de la sociedad civil, decidimos que se necesitaba la ayuda de alguien más, de alguien que pidiera cuentas al gobierno mexicano por todas las omisiones y negligencias en las investigaciones y por todo el maltrato del que éramos objeto por parte de las autoridades mexicanas. En marzo de 2002, llevamos los casos de nuestras hijas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, quien al verificar que el Estado mexicano no cumplió con sus recomendaciones, lo demandó ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 4 de noviembre de 2007. En abril del 2009, Josefina González, Benita Monárrez y yo, las madres de Claudia Ivette, Laura Berenice y Esmeralda, estuvimos frente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Relato lo que habíamos vivido desde que nuestras hijas desaparecieron. Fue un momento muy importante para nosotros, porque por primera vez sentíamos que teníamos acceso a la justicia,

que éramos tratadas con respeto, que éramos escuchadas y que no estábamos indefensas ante las autoridades mexicanas. Supimos que había una autoridad que velaría por nuestros derechos y por los derechos de nuestras hijas y nuestras familias. Supimos que no estábamos solas en nuestro reclamo de justicia. Esto fue especialmente importante para mi compañera Benita Monárrez, madre de Laura Berenice, ya que ella tuvo que emigrar a Estados Unidos pidiendo asilo político, pues ella fue víctima de acoso por parte de las autoridades.

Cuando la Corte Interamericana emitió la sentencia del caso en noviembre de 2009, sentimos que todos los años de lucha habían valido la pena, pues era una sentencia que ponía en evidencia el contexto de violencia hacia las mujeres en nuestra ciudad, y obligaba al Estado mexicano a tomar medidas de no repetición, de hacer la justicia y de reparación para nuestras familias.

La sentencia hoy conocida como "*Campo Algodonero*" ha sido apropiada por las mujeres, las organizaciones de la sociedad civil que luchan contra la violencia de género, como un referente para la denuncia en México y en todo el continente. Es un referente en materia de derechos humanos y personalmente sé que ha habido muchos cambios en política pública favorables para las mujeres de mi país a causa de esta sentencia. Aunque creo que la sentencia no se está aplicando como se debe en la cuestión de la investigación de los casos y a las medidas de no repetición, porque en Ciudad Juárez siguen desapareciendo niñas, mujeres, a quienes después encuentran asesinadas. En Ciudad Juárez, en 70 casos en los que el móvil fue el género, no existe un protocolo para la investigación de feminicidios.

Pensamos que esta cifra es más alta, por eso creo que la sentencia debe ser una guía no solo para Ciudad Juárez y el Estado de Chihuahua, sino para todo el país; y más aún, debe ser una guía sobre cómo deben actuar todos los países del continente para evitar que sucedan los feminicidios. Esa guía debe tomarse en cuenta por parte de estados mexicanos. Aunque en Juárez y en todo el país esto no se ha logrado, las madres de víctimas de feminicidios y de desapariciones y muchas organizaciones más estamos trabajando para lograrlo.

No me quiero despedir sin nombrar a todas las víctimas cuyos restos fueron encontrados el 6 y 7 de noviembre de 2001 en un campo sembrado de algodón en Ciudad Juárez; ellas son Claudia Ivette González, Esmeralda Eva Monreal, Laura Berenice Ramos Monárrez, María de los Ángeles Acosta Ramírez, María Rosina Galicia, Mayra Juliana Reyes Solís, Merlín Elizabeth Rodríguez y una joven que hasta la fecha no ha sido identificada. Para todas ellas seguimos pidiendo justicia.

En las investigaciones en México el caso de mi hija no avanzó por la negligencia de las autoridades quienes nuevamente detuvieron a otra persona más y que luego de un tiempo fue liberada. Entonces yo sí quisiera pedirle a la Corte Interamericana aquí, pues, si pudieran estar un poco más al pendiente de los casos, de los seguimientos de las investigaciones, puesto que ese tiempo que estuvo esta persona detenida, no hubo ninguna investigación, porque supuestamente para el gobierno y las autoridades, el caso de mi hija ya estaba cerrado por tener un culpable.

En este caso, igual que en el primero, se cayeron todas las pruebas, ¿por qué? Porque no lograron reunir ni pruebas ni evidencias suficientes como para culparlo del caso de Esmeralda. Entonces esa persona quedó libre. Eso es un daño más que se me hace a mí, vuelvo a lo mismo, vuelvo a vivir lo mismo, ¿por qué? Porque cuando yo pido información sobre el caso de mi hija, lo que ellos siempre me dicen es "qué es lo que quiere si ya está ahí el culpable".

Yo lo dije cuando salió la sentencia, ese era mi temor que, simplemente, por querer cerrar el caso, las autoridades detuvieran a una persona, a otra y a otra y quisieran hacerlos pasar por culpables. Nunca lo voy a aceptar si no hay pruebas científicas que me puedan dejar satisfecha de que esa persona es la culpable de la muerte de mi hija.

Volvió a pasar esto, volvieron a dejar libre a una persona por falta de evidencias y mi pregunta es ¿qué es lo que va a pasar ahora con el caso de Esmeralda? Se perdió mucho tiempo, se ha perdido mucho tiempo en este tipo de investigaciones. De hecho, ya no se quería investigar, ¿por qué? Porque ya en dos ocasiones ha habido personas detenidas.

A mí no me parece justo que aún después de la sentencia de la Corte Interamericana sigan haciéndome esto. Quisiera pedir a la Corte Interamericana si pudieran estar un poco más al pendiente de esa sentencia, que se le dé seguimiento y que el Estado cumpla con toda la sentencia como es, porque en realidad no ha cumplido más que con la reparación del daño. No se ha cumplido con las investigaciones, no se ha cumplido con la atención médica, no se ha cumplido con nada.

El caso *Gelman vs. Uruguay*

Macarena Gelman

Quiero expresar un gran reconocimiento al Sistema Interamericano, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, particularmente en ocasión de su 40 aniversario y también un reconocimiento a las compañeras con las que estoy compartiendo esta mesa, que realmente son mujeres que han sido inspiradoras en sus luchas. Es muy grato poder compartir mi experiencia y poder además escuchar las experiencias de otras víctimas.

Para hacer una descripción muy breve del caso, se trata de la desaparición forzada de mi madre, de mis padres en realidad. Aunque la desaparición de mi padre ocurrió en Argentina, él fue asesinado allí, por lo cual eso corresponde al "capítulo argentino", donde hubo procesos judiciales y condenas. Sin embargo, el "capítulo uruguayo" del caso corresponde a la desaparición de mi madre, luego de haber sido trasladada desde un centro clandestino de detención en Argentina, ellos eran argentinos y residían allí. Ella fue trasladada ilegalmente —embarazada de siete meses y medio aproximadamente, casi ocho meses— a Uruguay y mantenida en cautiverio hasta mi nacimiento, que ocurrió en un centro clandestino de detención, y posteriormente ella es desaparecida.

En mi caso fui entregada a una familia que me crio, sin que conociera mi verdadera identidad durante 23 años. La falta de respuesta judicial, sobre todo en Uruguay, hizo que mi abuelo paterno y yo recurriéramos al Sistema Interamericano en el año

2006, luego de que se diera el segundo archivo de la causa judicial presentada por mi abuelo en el año 2002.

Yo fui localizada por gestiones particulares de mi abuelo, de su esposa, y de muchas organizaciones y personas, sin la más mínima colaboración del Estado uruguayo. Esto lo digo porque a veces se confunden las cosas y se piensa que fue consecuencia de la creación de la Comisión para la Paz, una instancia que yo reconozco como muy valiosa, pero que se instaló posteriormente. Al contrario, lejos de tener algún tipo de colaboración, el Estado uruguayo y el Presidente de entonces pretendió desacreditar el reclamo de mi abuelo y la búsqueda de mi familia generando una situación que realmente dista mucho de lo que, a nuestro entender, el Estado debiera haber brindado como respuesta.

En Uruguay el archivo de la causa ocurrió fundamentalmente invocando la ley de amnistía en donde aún, en realidad, existe esa norma porque permanece en el ordenamiento jurídico. Si bien uno de los efectos de la sentencia de la Corte Interamericana es que actualmente esa ley no se aplica, es una ley de amnistía que hace que el Estado renuncie a la pretensión punitiva.

En una clara injerencia de un poder sobre otro, plantea en uno de sus artículos que el Poder Judicial hará la consulta al Poder Ejecutivo si las denuncias y los casos presentados están comprendidos o no dentro de esta norma. La ley tiene un nombre larguísimo, Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, si el Poder Judicial consulta al Poder Ejecutivo de turno y el Poder Ejecutivo estima que el caso está comprendido dentro de la norma y que no se podría investigar, el caso queda archivado. Este fue el caso de tantísimas denuncias. Sin embargo, desde el año 2005 comenzaron a encontrarse algunas vías alternativas, pese a la vigencia de la ley, para avanzar con las investigaciones. Estos avances siempre fueron muy difíciles y pasaba, como ocurrió en mi caso, que se terminaba archivando la causa otra vez.

Es así que presentamos la denuncia ante la Comisión Interamericana en el año 2006, atravesando todas las instancias correspondientes. El caso llegó a la Corte Interamericana en el año 2010 ante la falta de respuesta del Estado o de una respuesta satisfactoria a las recomendaciones que había hecho la Comisión

Interamericana, prácticamente sin tener ningún tipo de diálogo, sino hasta muy poco tiempo antes de un cambio de gobierno. Las autoridades de entonces no estaban en condiciones de asumir ningún compromiso a tres meses de un cambio de gobierno. Esa fue en realidad, prácticamente, la única oportunidad en la que se pudo dar algún diálogo en relación con el caso.

Finalmente, el caso llegó a la Corte Interamericana. Nosotros, naturalmente, tuvimos nuestra audiencia, y lo menciono porque realmente la audiencia forma parte, creo, de una reparación que es muy importante para nosotros, en el sentido de poder ser escuchados en todos nuestros planteamientos y de tener en esa instancia, la Corte, un conocimiento cabal del caso, cosa que en Uruguay no pudo ser así. La sentencia de la Corte Interamericana fue favorable a nosotros y condenatoria para el Uruguay y tuvo lugar en el año 2011.

Quiero hacer mención brevemente de las violaciones a los derechos humanos que reconoció la Corte Interamericana y por las que fue condenado Uruguay. Se reconoció la desaparición forzada de mi madre, la violación al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la integridad y a la libertad personal. En mi caso, se declararon violados mis derechos a la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, a la familia, al nombre, a los derechos de niños y niñas y a la nacionalidad. En el caso de mi abuelo, además, se declararon violados los derechos a la integridad personal y a la protección a la familia.

El Estado uruguayo reconoció algunas violaciones a los derechos humanos, no en su totalidad y, finalmente, luego de la sentencia, manifestó públicamente que cumpliría con el fallo. Sin embargo, aparecieron algunas expresiones que invocaban la soberanía. Hubo una molestia muy manifiesta y pública por parte del gobierno ante la condena de la Corte. Sin embargo, se dispuso a cumplir algunos de los puntos.

En cuanto a la investigación efectiva y a la determinación de responsables, la causa judicial, que comenzó en el año 2002, en el año 2017 tuvo una sentencia condenatoria. Sin embargo, la Corte hacía referencia a otros casos, a estas leyes, tanto a la Ley

de Caducidad como a otras normas que tuvieran efectos nocivos para el avance de las causas como puede ser la prescripción de la acción penal. Uruguay, al día de hoy no reconoce la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad. Sin embargo, mediante distintas fórmulas esto se ha logrado sortear. De alguna manera, la ley de caducidad hoy en día ya no se aplica, si bien como lo dije antes, permanece en el ordenamiento jurídico.

La causa avanzó aunque seguimos teniendo muchísimos problemas. Nuestra principal resistencia en esta materia más allá de la investigación, que puede ir más por el lado del Ejecutivo, ha sido en el Poder Judicial; se cuestionaba el alcance del fallo de la Corte Interamericana, se cuestionaba su aplicación, hubo una discusión bastante larga. Sin embargo, esta causa tuvo finalmente su sentencia condenatoria, no así la investigación efectiva, ni la investigación judicial, ni la investigación extrajudicial arrojó dato alguno distinto al que mi abuelo y su esposa, y mi familia ya conocían. Mis abuelas también pertenecían a la organización Abuelas de Plaza de Mayo y allí canalizaban su tarea y su búsqueda. En ningún caso hubo información adicional.

El razonamiento es muy simple para seguir reclamándolo: si mi abuelo y su esposa y demás personas —sin la capacidad y las posibilidades del Estado— pudieron llegar a localizarme, entiendo que el Estado con todos sus recursos, debiera poder sostener una investigación efectiva. Sin embargo, esto no ocurrió. Si bien ha habido búsquedas y se han realizado excavaciones sin mayores datos o sin información muy concreta, creo que las excavaciones no son la única señal de búsqueda. Al contrario, yo creo que las excavaciones son el resultado de un trabajo de investigación pormenorizado y serio, pero aún en esto no hemos avanzado.

En cuanto a la Ley de Caducidad, esta norma efectivamente no se aplica al día de hoy; sin embargo, en muchos casos se ha invocado la prescripción de la acción penal. Dentro de las medidas que el Estado tomó a efectos de paliar los impedimentos jurídicos existentes se revocaron los decretos del Poder Ejecutivo que determinaron las causas comprendidas dentro de la Ley de Caducidad, se revocaron esos actos administrativos y entonces se entendió que esto facilitaba y abría un camino para el avance de las causas judiciales.

A su vez se envió un proyecto de ley, que ha sido muy controvertido y, de hecho, ha sido declarado inconstitucional en dos de sus artículos, en el cual se reconocía la imprescriptibilidad de la acción penal. También se hacía la calificación de crímenes de lesa humanidad. Sin embargo, estos artículos fueron declarados inconstitucionales en reiteradas oportunidades por la Suprema Corte de Justicia, no teniendo la ley el efecto esperado, sino que, además, en algunos casos implicó una demora adicional para el avance de las causas. Ello es algo sobre lo que todavía no se ha trabajado en una solución; si bien hay algunos proyectos, no hay acuerdo en cuál es el camino para que se resuelva y se refleje en la aplicación directa del derecho internacional.

También se determinó la colocación de una placa en el edificio donde permanecimos mi madre y yo —mi madre antes embarazada y después de mi nacimiento—, sitio en el que nos mantuvieron allí por lo menos cerca de un mes y medio. La colocación de esa placa se realizó y fue, creo, de las reparaciones más importantes, quizás no tenía la dimensión que podía tener ese acto. Además se realizó, de manera pública en la sede de la Asamblea General con presencia de todo el Estado y con la oratoria del Presidente de la Republica, un acto donde el Estado reconoció su responsabilidad de acuerdo con lo que había dictaminado la Corte. Eso por supuesto fue muy importante. Sin embargo, la colocación de la placa, por el lugar, personalmente tuvo una significación distinta, una carga emotiva diferente. Los dos actos se llevaron a cabo el mismo día, en acuerdo con nosotros, tal cual lo indicaba la sentencia de la Corte Interamericana, lo cual entiendo fue una buena forma de reparación simbólica.

El Estado realizó todas las publicaciones que correspondían, abonó la indemnización que había determinado la Corte y, respecto de la capacitación de jueces y fiscales, si bien existe un programa de capacitación al cual acceden los jueces y fiscales, nosotros entendemos que esto aún no es suficiente y que está lejos de ser lo que indicó la Corte Interamericana.

Posteriormente —esto es reciente, pero es algo que creo que es muy importante—, se creó una fiscalía especializada en crímenes de lesa humanidad, de manera que hay una unidad en el Ministerio Público que concentra toda la información referida a estas

causas. Hay muchas causas que comparten pruebas, sin embargo, si los fiscales no se comunican, es imposible poder aprovechar la prueba que se haya conseguido en cada causa. Entonces creo que esto contribuye a la mejor administración de las causas y que es algo muy bueno, y la denominación de crímenes de lesa humanidad, es creo que la primera vez que aparece en un ámbito estatal y eso no es menor.

Creo, además, que la sentencia tuvo un efecto de conocimiento, además de tantos otros. Al principio realmente nosotros teníamos muy poco apoyo, no se le daba a la causa una relevancia mayor. Sin embargo, a medida que la causa fue avanzando en el Sistema Interamericano y cuando se emitió la sentencia, realmente hubo por parte de muchas personas y de organismos vinculados a derechos humanos una gran reacción, que se refleja porque también se tomó, de alguna manera, como una causa propia. Creo que fue muy bueno, porque además demostró, aunque falta mucho trabajo en ese sentido, que el Sistema Interamericano es una instancia regional accesible a la que muchos hoy pueden acudir.

Hay, además, cierto sentido colectivo, que hace que no solamente por parte nuestra se reclame el cumplimiento de la sentencia, que entiendo pretendió en cierta medida el fallo en alguna de sus expresiones. Creo que efectivamente se dio y que es sumamente importante porque hemos sido un colectivo amplio el afectado por el terrorismo de Estado y por los crímenes ocurridos durante la dictadura cívico militar y son muchísimos los casos que quedan aún sin resolver.

Quiero expresar mi reconocimiento también a CEJIL porque fueron nuestros acompañantes y sin ellos hubiera sido imposible, creo que eso también tuvo muchísimo que ver con el éxito que finalmente se consiguió en la sentencia.

La Corte Interamericana emitió luego de la sentencia una resolución de supervisión de cumplimiento, ha ido realizando un seguimiento. Sin embargo, creo que estamos en un momento clave para poder seguir avanzando, en el entendido de que, además de lo que he mencionado que no se ha cumplido en relación con mi caso, hay tantísimos otros compañeros y compañeras que hoy

no han tenido un acceso con las garantías correspondientes a nivel judicial y que, además, también siguen sin saber dónde están sus seres queridos y eso creo que es el derecho fundamental.

El hincapié que he tratado de trasmitir en lo que hace a la justicia es porque creo que más allá de las reparaciones simbólicas, la justicia es la principal reparación. Eso es algo a lo que nunca vamos a renunciar. Si bien en mi caso hubo una condena, hay muchísimas causas en el país que hoy no pueden avanzar. Eso, más allá de nuestra situación personal, es una causa colectiva y que no abandonaremos jamás.

PANELES VI Y VII.
ACTORES, ESTRATEGIAS Y LITIGIO ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: DIFERENTES PERSPECTIVAS



Las instituciones nacionales de derechos humanos

*Luis Raúl González Pérez**

Quisiera agradecer al Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al Dr. Eduardo Ferrer, por la distinción con la que me honró al invitarme a esta conmemoración del 40 Aniversario de la Corte Interamericana: me da mucho gusto compartir la mesa con tan distinguidas personalidades.

Remontarse a la década de los sesenta y principios de los setenta, nos trae el recuerdo de las heridas provocadas por dos grandes guerras mundiales. Una revolución en Cuba durante la Guerra Fría y varios movimientos estudiantiles que brotaron en el mundo, para buscar la ruptura de sociedades rígidas y de costumbres extremistas que fueron en buena medida el cobijo protector de fuerzas autoritarias.

Las protestas de 1968 no resultaron tan inofensivas para los sistemas anquilosados. La pérdida de miles de vidas en todo el mundo por la represión dejó ver la necesaria presencia de aquellos que ya no estaban dispuestos a conformarse con lo que estaba aconteciendo. Aquellos años fueron los de la inconformidad ante las guerras, el antiimperialismo, el de la liberación sexual y las experiencias en el mundo de la psicodelia. Y con ello, aparecería la necesidad y la toma de conciencia del disfrute de las li-

* Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos 2014-2019, México.

bertades fundamentales. Los derechos civiles, políticos así como los sociales, económicos y culturales, como ejes centrales de una nueva forma de vida.

Estos movimientos se expandieron en el mundo como un acto de rebeldía por parte de jóvenes que, portando carteles con exigencia de libertad y revolución, impregnaban el halo libertario que fue más allá de un simple grito.

En este contexto, sumados a las desafortunadas pérdidas de vida de numerosas personas por masacres, perpetradas por gobiernos represores, se abrió una brecha para construir una vida que abanderaba más que un sueño, el reclamo para hacer respetar el derecho fundamental de la libertad y, con todo ello, todo el conjunto de derechos que son consustanciales a la persona humana.

Nuestro continente también vio caer a sus jóvenes en la década de los setenta, durante las represiones. Nuevamente, se tuvo que enfrentar las consecuencias provocadas por las dictaduras militares, tales como violación de los derechos humanos, torturas, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y demás actos cometidos por un abuso de poder, donde el Sistema penal fue cómplice. Recordemos las palabras del General Ramón Camps, Jefe de la Policía de Buenos Aires, cito: "en Argentina, no quedan desaparecidos con vida, asumo toda la responsabilidad y me siento orgulloso".

La estrategia estadounidense de represión llamada Plan Cóndor fue puesta en práctica por gobiernos dictatoriales. Dura fue la lucha que se libró en el continente: Brasil, Chile, Perú, Bolivia, Paraguay, Argentina, bien pueden dar cuenta de ello. Los países de América Latina y el Caribe se caracterizaron por contar con constituciones de corta duración, con una presencia notoria del caudillismo, golpes de Estado y dictaduras. Giovanni Sartori precisa estas últimas como aquellas formas de Estado que permiten el uso limitado y discrecional del poder donde el dictador viola la constitución o donde él mismo la adecua en aras de permitirlo todo.

Para ilustrar esta definición existen numerosos casos en nuestro continente en distintas décadas, en las cuales los dere-

chos civiles y políticos no eran protegidos, como tampoco había una aplicación igualitaria de las normas, puesto que se discriminaba a personas en condición de vulnerabilidad, en un contexto de violaciones masivas o sistemáticas a los derechos humanos.

El medio de este contexto inestable y pese a contar a nivel internacional con instrumentos jurídicos de peso como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o el Convenio Europeo sobre Derechos y Libertades fundamentales, no existía en el continente americano un documento o tratado que vinculara jurídicamente a los Estados en la protección de los derechos humanos. Si bien la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que operaba a través de un reglamento que ella misma formulaba, hacía un esfuerzo monumental para conciliar, a través de buenos oficios, soluciones amistosas y movilizaciones de recursos. Sin embargo, se necesitaba de algo más para hacer valer la dignidad en la región.

En este sentido se adoptó en 1969 la Convención Americana, la cual entró en vigor en el año 1978, como todos sabemos. Indudablemente significó un evento histórico para el desarrollo normativo e institucional de protección a los derechos humanos en el continente. La Convención no solamente estableció una base legal para el reconocimiento de los derechos de las personas y las obligaciones de los Estados, sino que, a la par, estableció dos órganos de control: la propia Comisión, así como la Corte Interamericana, que interpreta las normas con la finalidad de responder de manera adecuada a los problemas en materia de derechos humanos que se presenten en la región. A esto se sumaría la adopción de la Carta Democrática Interamericana por parte de la Asamblea General Extraordinaria de la OEA en 2001, pues se reconocía que, pese a los avances alcanzados, la democracia en nuestro continente aún enfrentaba serios desafíos.

En dicho documento se plasma, de manera explícita, que existen elementos constitutivos de la democracia, como son los derechos humanos y las libertades fundamentales desde su carácter universal, indivisible e interdependiente; y en donde, además, se insta a los pobladores de las Américas a hacer uso del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, conforme a procedimientos establecidos en el mismo.

Aquí hago una pausa para una reflexión: a partir de la aprobación de la Convención Americana, se posibilitó el acceso a la justicia a través del derecho regional de los derechos humanos.

Volviendo entonces a los órganos protectores de derechos humanos del continente, la Comisión y la Corte han tenido que librar arduas batallas para obtener importantes logros. Entre ellos destacan, en cuanto a la Corte se refiere, el impacto que ha tenido en la jurisprudencia en los Estados de la Organización de los Estados Americanos, en temas tales como la amplitud de la libertad de expresión y difusión de ideas en relación con la colegiación obligatoria de los periodistas, por ejemplo; el derecho a la verdad de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos; el alcance de los recursos de *habeas corpus* y amparo; la abolición de las cortes militares. Cabe hacer mención que en mi país esta jurisprudencia es obligatoria para todos los jueces.

Tanto la trayectoria de la Comisión Interamericana como de la Corte dan cuenta de la trascendencia del trabajo, de la labor de todos aquellos que han transitado por ambas instancias. Por ello, reconozco el legado de mis connacionales: el doctor y comisionado José de Jesús Orozco, en la Comisión Interamericana; los doctores y jueces Héctor Fix-Zamudio, Sergio García Ramírez y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, así como todas las personas que en su momento sumaron sus talentos y capacidades para sortear, desde estos órganos interamericanos, los vendavales que se han sufrido en las Américas.

Pero, así como ayer, en el presente la democracia y los derechos humanos continúan enfrentando desafíos y, por tanto, nuestro Sistema Regional se pone a prueba incesantemente en un contexto caracterizado por la pobreza, la desigualdad extrema, la vulneración de algunos derechos básicos como la alimentación o el agua, servicios básicos que les son limitados a algunos sectores de la población, los discursos de odio contra personas migrantes y discriminación contra los pueblos indígenas, mujeres, personas de la comunidad LGBTI, por mencionar algunos.

De igual forma, el continente americano ha sido testigo de conflictos violentos dentro de los Estados, que puntualmente han recibido la atención y seguimiento de la Comisión Interamericana. Ejemplos claros son los asesinatos y otras formas de vio-

lencia; tema contra las mujeres en Perú; los tiroteos masivos en Estados Unidos; las acciones represivas del Estado de Nicaragua en un contexto de manifestaciones, que ha llevado a una grave situación de derechos humanos; la falta de condiciones para la realización de elecciones libres y justas en Venezuela; el proceso de acuerdo de paz en Colombia, y el caso de Iguala en México, caso en el que la CNDH ha puesto su empeño y ha colaborado sin cortapisas con la Comisión Interamericana.

Por si fuera poco, el continente americano es una región que se define por contar con altos índices de violencia contra periodistas, defensores civiles, menores de edad y adolescentes. Aunado a ello existe una histórica falta de atención y cuidados especiales de personas con discapacidad, las personas mayores y sus derechos humanos se encuentran en el olvido. Además de contar con sistemas penitenciarios que presentan grandes deficiencias para lograr una real readaptación social. A lo anterior habría que sumar las elevadas tasas de impunidad y corrupción, como fenómenos trasversales a todas las problemáticas relacionadas con la violación de derechos humanos en el continente.

Al respecto, llamo respetuosamente la atención que nos ha compartido nuestro homólogo de Colombia —el *ombudsperson* de Colombia—, quien me pidió hiciera un pedido al Sistema Interamericano "que esté atento a la grave situación de seguridad personal que atraviesan los líderes sociales y defensores civiles en Colombia, donde en los últimos treinta y un meses ha habido trescientos veintiséis homicidios, han sido víctimas trescientas veintiséis personas", hechos que generan zozobra precisamente en ese tránsito de construcción de la paz, por eso expreso mi solidaridad con la defensoría del pueblo de Colombia.

En este contexto, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos no ha potencializado la utilidad de colaboración que pueda brindar a las instituciones nacionales de derechos humanos en nuestro continente. Desde nuestros mandatos podemos abonar para que los nueve países que aún no han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos lo hagan: Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Canadá, Estados Unidos, Guayana, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, así como San Vicente y las Granadinas.

El papel de las instituciones nacionales de derechos humanos es necesario y fundamental dentro del propio Sistema Regional, toda vez que los componentes nacionales de acceso a la justicia y reparación son indispensables, para lo cual las instituciones nacionales tienen un compromiso enorme en la investigación de presuntas violaciones a derechos humanos. Con sus particularidades, las instituciones nacionales somos un referente democrático, que tenemos como función intervenir en toda situación de violación a los derechos humanos. Lo mismo a través de investigación, de mediación, de educación, de conciliación, custodia de los intereses colectivos o difusos, prevención de conflictos sociales, cooperar con las Naciones Unidas, la OEA u otras instituciones u organismos de protección y defensa, como lo definen los principios de París. Su fuerza y peso social radica en que poseen plena autonomía.

Las instituciones son elementos esenciales de un sistema nacional de derechos humanos que puede proporcionar información fidedigna a los mecanismos internacionales sobre la situación de los derechos humanos en su país e impulsar el cumplimiento de las recomendaciones que los órganos internacionales hacen al Estado.

Si bien en el Sistema Interamericano tenemos algunas resoluciones de la OEA, como las Resoluciones AG/RES 2221, 2421 y 2448, creo que los mecanismos nacionales todavía tienen un fuerte espacio para que interactuemos. Para ello, quiero comentar algunos ejemplos de cómo ha sido la interacción entre la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y el Sistema Regional.

En enero de 2017 presentamos un escrito en el proceso de la opinión consultiva que presentó Colombia en marzo de 2016, que culminó con la opinión OC-23/17 sobre medioambiente y derechos humanos, en el cual dimos argumentos a la Corte Interamericana. Además, presentamos un *amicus curiae* en el mes de junio de 2017 en el caso *Gerson y otros vs. Brasil* sobre libertad de expresión y otro *amicus curiae* en septiembre de 2017 en el caso *Carvajal vs. Colombia*, relativo al contexto de violencia contra periodistas en la región. En noviembre de 2017, la Corte Interamericana solicitó a la CNDH, y eso nos enorgullece, un

dictamen de riesgo sobre una defensora de derechos humanos y también sobre un caso, que fueron entregados a la Corte Interamericana.

Asimismo, durante el año de 2017, tuvimos, para todo el sistema no jurisdiccional en México, la capacitación por regiones por parte de jueces y personal de la Corte Interamericana. Por otro lado, en enero de 2017 también la CNDH solicitó la intervención y los buenos oficios del Relator de Derechos Humanos de las Personas Migrantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la cuestión racista y xenófoba de la política actual de los Estados Unidos.

La CNDH ha acudido en tres ocasiones a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, solicitando medidas cautelares. Debo señalar que en esta tercera solicitud de medidas cautelares se le ha pedido a Estados Unidos que rinda un informe sobre la separación de familias y debo señalar que a esta petición nos acompañaron siete *ombudsperson* de la región a quienes invitamos a que se sumaran. Lo mismo puedo señalar del *amicus curiae* que interpusimos con un juez de los Estados Unidos de América, en paralelo a la Comisión Interamericana.

Termino señalando también que de la mano también de *ombudsperson* de Guatemala, Honduras, Ecuador, Colombia y México hemos estado trabajando con la Comisión Interamericana en el tema de migración. Hemos solicitado una audiencia temática ante la Comisión Interamericana sobre el desplazamiento forzado interno en la región. Al exhorto que hizo la Comisión Nacional de México se sumaron cerca de siete *ombudsperson* y en Colombia se celebró la audiencia temática. Recientemente, dirigimos nuevamente al Sistema Regional una solicitud para llevar a cabo otra audiencia temática sobre migración y, en esta ocasión, se sumaron a la Comisión Mexicana nueve *ombudsperson*. Como ven, hay un importante espacio de colaboración con la Comisión y Corte Interamericana. Debo señalar que hemos tenido reuniones, tanto con la Comisión como con la Corte Interamericana, de diferentes *ombudsperson* y aquí hay varios de mis compañeros y compañeras presentes, *ombudsperson* de las entidades federativas de México, hemos tenido algunas conversaciones en México sobre temas que nos son comunes.

Por último, y con esto concluyo, no quiero dejar de mencionar que un espacio que nos resulta común a todas las instituciones nacionales de la región es la aplicación de estándares interamericanos en nuestra labor cotidiana de protección de los derechos humanos. Ahí tenemos una gran ventana de oportunidad para mantener el acercamiento y colaboración entre este Sistema Interamericano y las instituciones públicas de derechos humanos. Por ello, desde la CNDH de México, actualmente, estamos inmersos en un proyecto de análisis de la aplicación de los estándares interamericanos en materia migratoria en las resoluciones que hemos emitido junto con el Instituto Max Planck de derecho público comparado y de derecho internacional en Heidelberg, Alemania, que esperamos terminar este año y después invitar y apoyar para que otras instituciones nacionales de Latinoamérica hagan lo mismo.

Celebro, pues, estos 40 años, con este espléndido ejercicio de reflexión al que nos ha convocado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La irrupción de AIDEF en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

*Andrés Mahnke Malschafsky**

Preámbulo

El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos (en adelante SIDH) es, sin lugar a dudas, una de las fuentes más sólidas para el desarrollo y la aceptación de los derechos humanos en el mundo y la región. Desde el establecimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión o CIDH en adelante) en 1959, su evolución ha ido ampliándose y progresando, ocupando un rol clave en la promoción y protección de los derechos humanos en las Américas, e inspirando a los demás actores de los sistemas de protección internacional. En este contexto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH, Corte, Tribunal Interamericano o Tribunal), a través de sus funciones consultiva y contenciosa, ha permitido permear legislaciones y prácticas de todo el continente, sirviendo de guía para la incorporación de estándares de derechos humanos en las más diversas áreas.

Hoy, al repasar el abundante trabajo del Tribunal Interamericano, me referiré a un actor incorporado recientemente al pro-

* Defensor Nacional de la Defensoría Penal Pública de Chile 2014-2020 y Coordinador General de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF) 2016-2018.

cedimiento de petición de casos individuales, relevando el aporte que ha significado su inclusión al fortalecimiento del litigio en sede interamericana. Se trata de los Defensores Públicos Interamericanos (DPI), vinculados específicamente a la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF).

De este análisis, es posible sostener que la introducción de los DPI al procedimiento de casos contenciosos del SIDH ha importado la satisfacción del derecho de acceso a la justicia de las víctimas de violaciones de derechos humanos en la región, ampliando el ámbito de su defensa.

En este sentido, y desde una óptica de la defensa pública, esta intervención relevará el desarrollo del derecho a la defensa a partir del trabajo de la Corte Interamericana, su extensión para la satisfacción del derecho de acceso a la justicia, la importancia de las alianzas estratégicas entre los órganos del SIDH para la materialización de la representación jurídica de las víctimas de violaciones a los derechos humanos, el rol que ha cumplido el Defensor Público Interamericano de AIDEF en el litigio ante la Corte Interamericana y los desafíos que importa para la defensa y el Sistema Interamericano el cumplimiento de los fallos de la Corte IDH.

Algunos apuntes sobre el derecho a la defensa en la jurisprudencia de la Corte IDH y su importancia para satisfacer el acceso a la justicia

El derecho a defensa en la jurisprudencia de la Corte IDH ha estado circunscrito al tratamiento de las garantías judiciales que emanan del artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, Convención o Convención Americana). En ese entendido, este derecho "obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo".[1] Asimismo, en la Opinión Consultiva

[1] Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, párr. 29; *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, párr. 117.

OC-19/99 sobre el Derecho a la Información sobre Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, la Corte tuvo ocasión de referirse a la importancia de este derecho como una herramienta que permite hacer valer los derechos e intereses de los justiciables en forma efectiva, en un pie de igualdad procesal respecto de los demás intervinientes.[2]

El Tribunal Interamericano ha entregado una valiosa interpretación respecto de la oportunidad y medios que satisfacen el estándar que supone un correcto ejercicio de este derecho. Así, debe entenderse que el derecho a defensa le asiste a una persona desde que se le señala como posible autor o partícipe de un hecho punible, culminando una vez que se encuentre finalizado el proceso, lo que incluye la completa ejecución de la pena.[3] Con relación a los medios, los literales c), d) y e) del artículo 8.2 de la Convención Americana constituyen la fuente normativa que ha permitido a la Corte IDH desarrollarlos.

Teniendo en cuenta que un análisis detallado de cada una de estas garantías excede el propósito de esta presentación, me detendré en algunos elementos aportados por la Corte IDH que resultan novedosos para la actividad de la defensa y de los demás intervinientes de un procedimiento. En este sentido, la Corte IDH ha entendido que el derecho del inculpado a que se le conceda el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa debe extenderse como un requisito *sine qua non* en su intervención procesal.[4] Asimismo, en el cumplimiento diligente de este derecho importa que el inculpado pueda comunicarse "libre y privadamente" con su defensor, permitiéndole a este último tener acceso al expediente con suficiente antelación para preparar la defensa.[5]

---

2 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, párrs. 117-119.

3 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, párr. 29; *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, párr. 117; *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, párr. 154.

4 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*, párr. 252; *Caso Castillo González y otros vs. Venezuela*, párr. 168.

5 Ver Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. párr. 83; *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, párr. 141.

Por su parte, el derecho que le asiste a los imputados de un proceso a designar libremente a su defensa o exigir una proporcionada por el Estado ha venido a consagrar el derecho a la defensa técnica que, de acuerdo con la Corte IDH, supone la asesoría al investigado sobre sus derechos y deberes, así como la posibilidad de ejercer recursos contra actos que afecten sus derechos. Además, implica la ejecución de un control crítico y de legalidad en la producción de prueba por parte de la defensa letrada.[6] De este modo, el Estado se encuentra obligado a asegurar que el imputado cuente con una defensa que obre diligentemente. En otras palabras, no basta la designación formal de un defensor, sino que este proteja las garantías procesales del acusado y evite que sus derechos se vean lesionados.[7]

A propósito de la obligación que surge para el Estado de proporcionar un defensor al inculpado, la Corte ha entendido que esta garantía se extiende a los procesos administrativos que afectan derechos fundamentales de las personas. Así, por ejemplo, respecto de expulsiones administrativas de personas migrantes, la Corte IDH sostuvo que "en procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso".[8]

Recientemente, a propósito del caso *Ruano Torres y otros*, la Corte IDH se pronunció de manera detallada con relación al estándar de debida diligencia en el ejercicio de la defensa, no ya tanto por la interferencia de terceros, sino en el marco del ejercicio de aquella por parte del defensor público. Los criterios desarrollados por el Tribunal son clarificadores para ajustar la actividad de la defensa a la Convención Americana. Elementos adicionales sobre este caso se entregarán más ade-

6 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, párr. 61; *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, párr. 132.

7 Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, párr. 155.

8 Corte IDH. Condición jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 126; *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, párr. 146.

lante, cuando se examine la intervención de los DPI ante la Corte IDH.

Tal relevancia ha cobrado el trabajo de la defensa pública que se entiende como parte integrante del debido proceso, principio estructurante del Estado de derecho. Siguiendo esa línea, el Comité de Asuntos Jurídicos de la OEA dio cuenta de la importancia del ejercicio de este derecho, mediante la aprobación de los "Principios y Directrices sobre la Defensa Pública en las Américas", en la Resolución N° 226, del 13 de octubre de 2016, reconociendo el trabajo efectuado por la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas.

La génesis de los DPI y la modificación reglamentaria

La inclusión y el rol de las víctimas ante el procedimiento de peticiones individuales de los órganos del SIDH es un elemento que ha estado presente desde los inicios de la función contenciosa de la Corte IDH. Ya en el año 1991, la reforma al reglamento de la Corte incorporó una redacción que posibilitaba que los delegados de la Comisión fuesen acompañados por las víctimas en la comparecencia ante el Tribunal.[9] La modificación reglamentaria del año 2009 se erige como el corolario del esfuerzo en equilibrar la participación de la víctima en el proceso, en el camino constante por reforzar la protección de los derechos de las personas que litigan ante el SIDH.

La reforma del 2009 buscó, entre otras cosas, dotar de mayor protagonismo a la víctima en su litigio contra el Estado. De esta manera, se aseguraba la posibilidad de que la Comisión Intera-

[9] Reglamento aprobado por la Corte en su vigesimotercer Período Ordinario de Sesiones celebrado del 9 al 18 de enero de 1991. Artículo 22 - Representación de la Comisión "1. La Comisión será representada por los abogados que al efecto designe. Estos abogados podrán hacerse asistir por cualquier persona de su elección. 2. Si entre quienes asisten a los delegados conforme al párrafo precedente figuran abogados representantes designados por el denunciante original, por la presunta víctima o por los familiares de esta, esta circunstancia deberá comunicarse a la Corte".

mericana mantuviera su rol de órgano del Sistema, encomendado por la OEA para la promoción y fortalecimiento de los derechos humanos en el continente, dejando de ser "parte procesal" en el trámite ante la Corte. En este sentido, el nuevo artículo 2.11 del reglamento de la Corte IDH, define al Defensor Interamericano como "la persona que designe la Corte para que asuma la representación legal de una presunta víctima que no ha designado un defensor por sí misma". A su vez, la introducción de la designación del defensor de oficio por parte de la Corte IDH se desprende del artículo 37 del reglamento, haciéndolo facultativo para el Tribunal, otorgándole amplia discrecionalidad para evaluar el mérito de la designación, no agotándose esta en la existencia o no de medios económicos.

En relación con esto último, la innovación introducida en el año 2008, mediante el Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, asegura que las dificultades económicas no obstaculicen la participación de la víctima en el desarrollo del caso ante la Corte IDH. Esto va en línea con lo señalado por la Corte en su informe anual del año 2010, a fin de asegurar a todas las personas las condiciones necesarias para que puedan acceder tanto a la justicia nacional como internacional. En ese contexto, proveer de los medios necesarios para que las partes comparezcan ante la Corte IDH constituye una garantía para evitar la discriminación en el acceso a la justicia, permitiendo a su vez, el acceso a una defensa adecuada.

El Defensor Interamericano como garantía de acceso a la justicia en el SIDH

La incorporación de la figura del Defensor Interamericano es una muestra concreta del esfuerzo de la Corte IDH por satisfacer íntegramente el acceso al SIDH de las víctimas que carecen de asistencia jurídica. Además, la víctima adquiere un real protagonismo, y sus intereses son representados de manera independiente a la labor que ejerce la CIDH. Asimismo, el cambio permitió redefinir el rol de la Comisión, ajustado a su calidad de órgano del SIDH.

La incorporación del DPI va en línea con lo establecido en las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad, y que ha inspirado el trabajo de las defensorías en el continente. Las Reglas abogan por una actuación estatal más intensa, a objeto de vencer, eliminar o mitigar las barreras en la satisfacción del derecho de acceso a la justicia de ciertos grupos vulnerables.[10] En este sentido, la incorporación de la figura del DPI salvaguarda el ejercicio de este derecho en sede interamericana, haciendo al sistema consistente con sus propios estándares.

La Corte IDH ha abordado la idea de "unidad de la protección nacional e internacional", entendida como el continuo de la defensa en el sistema internacional, con el objeto de otorgar coherencia al funcionamiento del sistema de protección de los derechos fundamentales. En este sentido, el Tribunal ha destacado la importancia de la "integridad institucional del sistema de protección consagrado en la Convención Americana",[11] que conjuga los sistemas nacionales con el internacional, como un todo orgánico, bajo la interpretación de buena fe que debe realizarse respecto de los tratados internacionales en derechos humanos.

Tal como se verá a continuación, la existencia de un DPI, al alero de AIDEF, constituye un ejemplo de unidad entre protección nacional e internacional, a través de la integridad institucional.

El Acuerdo de Entendimiento Corte IDH — AIDEF

Este Acuerdo constituye un modelo único en los sistemas de jurisdicción internacional. Con ocasión de la introducción del

[10] Ver Lauría, M. Mauro, "El defensor interamericano. La protección de las víctimas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Buenos Aires, Abeledo Perrot, Vol. 2013-5, pp. 903-910.

[11] Nash, Claudio, Informes en Derecho. Defensores Públicos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Chile, Defensoría Penal Pública, p. 31.

Defensor Interamericano, la Corte se vio en la necesidad de operativizar su existencia. Para ello, la Corte y la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas suscribieron un acuerdo de entendimiento, considerando que ambas instituciones "cumplen una importante misión en el ámbito de la justicia en sus respectivos campos de competencia, por lo que es necesario coordinar sus esfuerzos para garantizar el acceso a la justicia interamericana de aquellas personas que carecen de representación legal y de este modo garantizar una efectiva defensa ante la misma".[12]

La AIDEF es una institución de carácter civil, no lucrativa y apolítica. Está integrada por instituciones estatales de defensorías públicas y asociaciones de defensores públicos de América. Esta asociación se constituyó en el contexto del II Congreso Interamericano de Defensorías Públicas, el 18 de octubre del año 2003. En consecuencia, a través de la designación por parte de AIDEF de uno de sus defensores adscritos a ella, se materializa la inclusión del Defensor Interamericano en el proceso ante la Corte IDH, bajo ciertos criterios de selección.

El acuerdo comenzó a regir el 1 de enero del año 2010 y, hasta la fecha, los DPI de la AIDEF han participado en 18 casos ante la Corte IDH. Durante el año 2013, AIDEF suscribió un acuerdo con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, mediante el cual se hizo aplicable la designación de un DPI por parte de AIDEF, para el examen de fondo de un caso ante la CIDH, abarcando en la actualidad todo el trámite de peticiones individuales ante el SIDH.

Uno de los elementos a destacar respecto a la creación de esta fórmula, dice relación con la independencia que se asegura a la víctima y los demás intervinientes del procedimiento, para el desarrollo del litigio ante la Corte IDH. Los DPI designados por AIDEF no tienen dependencia orgánica o funcional de la Corte IDH o de la CIDH. Es más, para asegurar la independencia en el trabajo que desarrollan los Defensores Públicos Interamericanos de AIDEF, y según la disponibilidad material, se nombra a uno

[12] Considerando preliminar del "Acuerdo de entendimiento entre la Corte IDH y la AIDEF", de 25 de septiembre de 2009.

perteneciente al Estado supuestamente responsable, y otro proveniente de una defensoría o asociación de otro Estado.

Finalmente, la posibilidad de articular la figura de los DPI al amparo de la AIDEF posibilita trabajar en la permanente capacitación de estos intervinientes, elevando la calidad de la asistencia jurídica ante el Sistema. Estamos hablando de defensores públicos de las Américas que están familiarizados con los diversos sistemas legales locales, y cuya selección está supeditada a un alto conocimiento del SIDH. Asimismo, la coordinación general y ejecutiva ha sido clave en la comunicación con la Corte IDH para satisfacer las exigencias que demanda la presentación y alegación de los casos. Existe un respaldo institucional sólido tras la participación de los DPI de AIDEF en el litigio ante la Corte, lo que otorga garantías al Sistema en general.

Casos emblemáticos litigados por los DPI en el SIDH

El caso que inauguró la presencia del Defensor Interamericano fue *Furlán y familiares*.[13] Asimismo, fueron miembros de la AIDEF quienes asumieron la representación de las víctimas. En este caso, la Corte IDH ahondó en el desarrollo de las obligaciones que recaen sobre el Estado de satisfacer de un recurso judicial rápido y efectivo a las personas, más allá de la existencia formal de este. Además, este caso representa un avance en la protección de la niñez, que había sido objeto de tratamiento por la Corte IDH en su Opinión Consultiva OC-17/2002.

A propósito del caso *Furlán*, la Corte interrelaciona la garantía judicial y protección judicial de los artículos 8 y 25 de la CADH, con la protección de niños, niñas y adolescentes con discapacidad mental (artículo 19 CADH).[14] El Tribunal Intera-

[13] Corte IDH. *Caso Furlán y familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.

[14] Moure, Ana María, "El defensor interamericano y la defensa de los derechos del niño. Caso Furlán", Revista Chilena de Derecho, vol. 40, No 3, 2013, pp. 989-999.

mericano determinó que el Estado era internacionalmente responsable por la vulneración del artículo 8.1 de la Convención, en relación con los artículos 19 y 1.1 del mismo instrumento. Asimismo, la Corte IDH resolvió la responsabilidad internacional de Argentina por la falta de participación del Asesor de Menores en el caso, lo que trajo consigo la afectación del derecho a las garantías judiciales y el incumplimiento de la obligación de garantía respecto del acceso a la justicia y derecho a la integridad personal de la víctima.

Un segundo caso que vale la pena considerar se refiere al ciudadano salvadoreño José Agapito Ruano Torres,[15] que fue condenado a una pena de 15 años, aun cuando existían elementos suficientes para acreditar su inocencia. La importancia de este caso para el SIDH se relaciona con que la Corte efectúa un análisis pormenorizado del derecho a la defensa técnica. Entre otros aspectos, el Tribunal dispuso que la Convención Americana consagra que la defensa técnica es irrenunciable y que la exigencia de contar con un abogado que la ejerza no está supeditada —únicamente— a la falta de recursos económicos. Al analizar las actuaciones de la defensa en el caso concreto, la Corte determinó que las omisiones verificadas originaron un estado de indefensión en el inculpado, ocasionando la afectación de sus garantías judiciales. Ante esto, hizo extensible la responsabilidad a las demás autoridades judiciales, que tenían la obligación de tutela.

Durante el año en curso, la Corte ha pronunciado sentencias muy relevantes para el SIDH. En el caso *V.R.P, V.P.C y otros*,[16] el Tribunal se refirió a la violencia institucional con ocasión de la tramitación de un proceso penal. Acá, se discutió en detalle de qué manera las diligencias investigativas llevadas a cabo en el marco de un proceso penal podían ser constitutivas de una vulneración de los derechos convencionales de la víctima. Más aún, cuando esta última era menor de edad y víctima de violencia

15 Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 303.

16 Corte IDH. *Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350.

sexual. La tensión entre derecho a defensa y la protección de la víctima en el marco del proceso penal es un elemento que salta a la vista al analizar este caso.

Finalmente, más recientemente, la Corte IDH notificó la sentencia del caso *Poblete Vilches y otros*,[17] donde por primera vez se refirió a la violación del derecho de acceso a la salud a partir del artículo 26 de la Convención. Esto demuestra la constante evolución del Sistema Interamericano, que ya el año 2017 conoció de las primeras sentencias que declararon la violación del referido artículo. Más allá de la discusión de fondo sobre la apertura de la Corte IDH a declarar la violación del artículo 26, lo que debe llamar la atención es el constante desafío que supone el desarrollo progresivo de los derechos humanos, entendiendo que los tratados internacionales en la materia son verdaderos "instrumentos vivos", que demandan una interpretación evolutiva de sus derechos.

Desafíos

Para la AIDEF constituye un desafío permanente la adopción de nuevos casos sometidos al conocimiento de la CIDH y la Corte IDH. La representación de víctimas ante el SIDH, como parte de esta idea de integridad de los sistemas de protección a la que se hizo alusión más arriba, implica una responsabilidad que exige un constante perfeccionamiento y conocimiento del SIDH y los demás sistemas de protección. Por lo mismo, la incorporación de experiencias comparadas ha sido una constante en el trabajo desarrollado por AIDEF mediante la alianza con entidades y académicos pertenecientes a otras regiones.[18]

---

17 Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349.

18 En alianza con Eurosocial, AIDEF ha desarrollado: (i) un Manual regional sobre las Reglas de Bangkok en clave de defensa pública relacionado con la protección de las mujeres y el empleo de una perspectiva de género en recintos penitenciarios (2016); (ii) un Manual regional de buenas prácticas penitenciarias (2015); (iii) un Manual de Monitoreo de Derechos Humanos en los Centros de Privación de Libertad por parte de las Defensorías

En este orden de ideas, la necesidad de contar con instrumentos que vayan contribuyendo al trabajo de los DPI de AIDEF y los demás actores del SIDH se erige como un motivo de permanente preocupación. Lo anterior ha abierto nuevas oportunidades para desarrollar un trabajo que incorpore aspectos relevantes en la efectividad del SIDH. De ahí surge la idea de contar con un Observatorio de jurisprudencia de las sentencias de la Corte IDH, con miras a dar seguimiento al cumplimiento de éstas, a través de un monitoreo continuo y la recopilación de información pública actualizada.

El Observatorio tiene por objeto proveer a las Defensorías Públicas y a las Asociaciones de Defensores Públicos de las Américas de un mecanismo interno de seguimiento de las sentencias dictadas por la Corte IDH, que permita analizar su ejecución al interior de los Estados y evaluar su cumplimiento. A partir de esta información, AIDEF puede satisfacer los requerimientos de información que efectúe la Corte IDH para apreciar el cumplimiento de las sentencias, en conformidad con lo señalado en el artículo 69.2 de su reglamento y apoyar el trabajo de los DPI.

Un trabajo de esta naturaleza permite aportar información de la implementación de los fallos de la Corte IDH en sede local. Para ello, es importante la construcción de criterios y estándares para la observación, seguimiento y cumplimiento de los fallos, cuya medición pueda ser entregada por medio de indicadores estructurales, de proceso y resultado. A través de esta metodología se pueden determinar una serie de factores que permitan establecer los derechos más vulnerados, los Estados con mayor tendencia a la afectación de éstos, las medidas de reparación más empleadas y las que cuentan con un mayor y menor grado de satisfacción por parte de los Estados. Asimismo, con la información procesada será posible contribuir al proceso de supervisión existente.

Públicas (2014); (iv) una Guía Regional para la Defensa Pública y la Protección Integral de las Personas Privadas de Libertad (2013). Asimismo, se ha brindado capacitación a defensores penales públicos por Carmen Morte-Gomez, Letrada-Jefa de División del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Doctora en Derecho Constitucional, Universidad Rey Juan Carlos (España).

Consideraciones finales

El trabajo de AIDEF dentro del SIDH, a través de los Defensores Interamericanos, constituye un ejemplo de trabajo colaborativo con resultados concretos en la satisfacción de los derechos humanos. La posibilidad de articular la institucionalidad en torno a elementos comunes permite potenciar a cada institución y al Sistema en general.

En este orden de ideas, la inclusión de la AIDEF dentro del procedimiento de peticiones del litigio interamericano es capaz de aumentar el valor de los esfuerzos conjuntos, que individualmente sería muy complejo de alcanzar, transformándose en un actor insustituible. Este modelo, único dentro de los sistemas de protección de los derechos humanos, debe tender a la consolidación y perfeccionamiento para el beneficio de los órganos del Sistema y las personas que lo utilizan.

La Corte IDH y el papel de la academia

*Mariela Morales Antoniazzi**

El símbolo de la celebración de los 40 años de historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) está representado precisamente por las historias que ha conocido y decidido este Tribunal en la construcción de estándares con un enfoque centrado en las víctimas. De allí la relevancia de tener como hilo conductor el impacto que ha generado su jurisprudencia en la vida de los habitantes de la región más desigual y más violenta del mundo. Estas reflexiones están orientadas a enfatizar el papel de la academia con una mirada del impacto transformador de la Corte IDH.

En el contexto de la discusión sobre los actores, las estrategias y el litigio de la Corte, destino estas breves líneas a subrayar el papel de la academia, incluso entendiendo el litigio en clave de las tensiones derivadas de la visión crítica de los académicos. Si se asume la premisa de que se trata de una Corte de toga y mochila,[1] la pregunta central es si la academia ha acompañado su desarrollo jurisprudencial.

---

* Deseo expresar mi gratitud a la Corte IDH, al juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, con quien comparto la convicción y la vocación por la defensa de los derechos desde hace muchos años, a los jueces y a la jueza de la actual composición, a los exjueces, expresidentes, a su secretaría, que en la praxis representa la memoria histórica de la institución y, por supuesto, a su equipo encabezado por Pablo Saavedra Alessandri.

1 En la expresión de Pablo Saavedra Alessandri, Secretario de la Corte IDH.

El argumento central consiste en afirmar que la construcción de un *ius constitutionale commune* en América Latina (ICCAL), un derecho común en derechos humanos, ha sido esencial para enfrentar problemas y déficits estructurales de la región. En este contexto, la academia ha jugado un papel clave que se orienta en la línea de la interamericanización de los órdenes normativos nacionales, a partir de las decisiones paradigmáticas de la Corte IDH.

Breve contextualización
Una mirada centrada en la academia que se dedica al ius commune

En la configuración del constitucionalismo transformador a partir de la construcción de un *ius constitutionale commune* en América Latina se genera un proceso de interamericanización en torno a la labor de los órganos del Sistema Interamericano. Los ordenamientos jurídicos nacionales muestran una transformación en tanto se adoptan gradualmente los estándares interamericanos por parte de los Estados que han ratificado los diversos instrumentos interamericanos de derechos humanos y han reconocido la competencia de la Corte IDH y que aplican su jurisprudencia en su derecho nacional.

Por ello, la interamericanización representa un proceso de interacción y diálogo de estándares interamericanos a nivel doméstico e incluso comparado que se manifiesta no solo en reformas constitucionales y legislativas, sino también en la adopción de políticas públicas y un debate académico-jurídico que le acompaña, como sus rasgos predominantes. Dado que los órganos del SIDH revisan e incorporan estándares universales y de otros sistemas de protección de los derechos humanos, la interamericanización se nutre también de todo el acervo multinivel.

Si bien se reconoce que la narrativa dominante sobre la relación entre la Corte IDH y los más altos tribunales nacionales se perfila por los conceptos del *ius constitutionale commune* y la interamericanización, que "continúan ganando terreno", también hay que dar cuenta de una contra-narrativa argumentativa focalizada en la necesidad de recalibrar dicha relación invocando,

principalmente un mayor diálogo. Otros insisten en la adopción de la doctrina del margen de apreciación por parte de la Corte IDH y algunas voces sostienen que se deben repensar los propósitos y enfoques fundamentales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).[2]

Hay voces que apelan a atender la tarea pendiente en los estudios de reconstrucción de los estándares en cuanto al análisis del anticanon jurisprudencial supranacional, en tanto deberían examinarse las decisiones erróneas por las tensiones que generan, al igual que ocurre a nivel nacional con las tensiones entre los principios constitucionales y el principio democrático a raíz del control constitucional.[3]

Bajo la mirada del *ius commune*, más allá incluso de la expresión acuñada sobre "la Constitución convencionalizada",[4] la

---

[2] Véase a Gerald Daly, Tom, "Relation of Constitutional Courts / Supreme Courts to IACtHR", en Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law [MPECCoL], Marzo 2018, disponible en *https://oxcon.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeccol/law-mpeccol-e770*. Entre los autores críticos menciona, en alusión a estos tres ejes, a Huneeus, Alexandra, "Rejecting the Inter-American Court: Judicialization, National Courts, and Regional Human Rights" en Couso, J., Huneeus, A. y Sieder, R. (eds.), Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America, Cambridge University Press, 2010, y Dulitzky, Ariel, "An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights", 2015, 50(1), Texas International Law Journal, 45. Sobre el margen de apreciación, véase Acosta Alvarado, Paola Andrea, Núñez Poblete, Manuel (eds.), "El Margen de Apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Proyecciones Regionales y Nacionales" (UNAM-IIJ 2012); Villagrán Sandoval, Carlos Arturo, Fernandes Carvalho Veçoso, Fabia, "A Human Rights' Tale of Competing Narratives", 2017, 8(2), Revista Direito e Práxis, 1603.

[3] García Jaramillo, Leonardo, "¿Impacto sin cumplimiento? Dimensiones de la eficacia de las sentencias de tribunales regionales", Reseña sobre la obra de Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Pablo Saavedra (coords.), Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades, Querétaro-México, Instituto de Estudios Constitucionales, 2019. El autor cita a Jamal Greene, "The Anticanon", en 125 Harvard Law Review 379, 2011.

[4] Sagüés, Néstor Pedro, "Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. La 'constitución convencionalizada'", en Bog-

política de derechos humanos en la región puede sistematizarse desde el acervo interamericano construido mediante la adopción de los estándares interamericanos en los órdenes jurídicos nacionales, gracias a la permeabilidad y al Estado abierto establecido en las Constituciones latinoamericanas.[5] Ello se refleja en nociones como constitucionalismo regional,[6] y como la emergencia de un nuevo entendimiento del SIDH y las autoridades nacionales de los Estados Parte del Pacto de San José como un sistema integrado con "un núcleo sustancial e indisoluble para preservar y garantizar la dignidad humana de los habitantes de la región".[7]

Una mirada que subraya el valor de la Corte en el test democrático interamericano

En el estudio de la labor de la Corte en sus 40 años se resalta su jurisprudencia para el combate a los regímenes dictatoriales, en la exigencia de justicia y el fin de la impunidad en las transiciones democráticas del pasado y en la demanda del fortalecimiento de la democracia, con especial énfasis en la protección de los grupos vulnerables. La Corte Interamericana de Derechos Hu-

dandy, Armin von *et al.* (coords.), Estudos avançados de direitos humanos, Río de Janeiro, Elsevier, 2013, pp. 617 y ss.; Sagüés, Néstor Pedro, "La interpretación judicial de la constitución: de la constitución nacional a la constitución convencionalizada", 2a. ed., 1a. reimpresión, México, Porrúa, 2017, pp. 339 y ss.

5 Morales Antoniazzi, Mariela, "El Estado abierto como objetivo del *ius constitutionale commune*. Aproximaciones desde el Impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos, México, UNAM, 2014, pp. 156-199.

6 Piovesan, Flávia, "Protección de los derechos sociales en el ámbito global y regional interamericano", en Saiz Arnaiz, Alejandro *et al.* (coords.), Las implicaciones constitucionales de los procesos de integración en América Latina: un análisis desde la Unión Europea, Bilbao, IVAP, 2011, p. 562.

7 Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo, Voto razonado en la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso *Gelman vs. Uruguay*.

manos (Corte IDH) ha estimado la democracia representativa como "un 'principio' reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano".[8]

El *test* democrático interamericano está expresamente tipificado en la interpretación conjunta de los elementos esenciales y los componentes fundamentales de la consolidación democrática, conforme a los artículos 3 y 4 de la Carta Democrática Interamericana (CDI). Los elementos esenciales de la democracia representativa se manifiestan en el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos (artículo 3).

Asimismo, los componentes fundamentales del ejercicio de la democracia abarcan la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa (artículo 4).

Dichos elementos y componentes van acompañados de una doble condicionalidad entre democracia y derechos humanos según los artículos 7 y 8 de la CDI. Efectivamente, el artículo 7 de la CDI regula que la democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos. Por su parte, el artículo 8 de la CDI establece en su párrafo segundo que los "Estados Miembros reafirman su intención de fortalecer el Sistema Interamericano de protección de los

[8] Cfr. "La Expresión 'Leyes' en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, párr. 34. La Corte Interamericana ha resaltado las referencias a la importancia de la democracia a través de su jurisprudencia. Paradigmática la decisión en el caso *Yatama vs. Nicaragua*, concerniente en sentido estricto a las elecciones.

derechos humanos para la consolidación de la democracia en el Hemisferio".

La llave se expresa en el denominado 'derecho a la democracia', estipulado en la CDI, instrumento jurídico generado por el Sistema Interamericano para fortalecer la democracia y los derechos a ella vinculados. Esta concepción es consustancial a la defensa de la democracia y los derechos humanos, en función de las obligaciones convencionales asumidas por los países en el libre ejercicio de su propia soberanía".[9] La Corte IDH ha reconocido el derecho a defender la democracia.

Bajo su enfoque holístico, la Corte IDH en su jurisprudencia, además de atender el caso individual, implica una creación de estándares comunes de derechos humanos, particularmente vinculados a las deficiencias estructurales que minan la vigencia y goce real de los derechos.[10] Y de esta manera va avanzando en el contenido del *test* democrático, sus alcances, las obligaciones estatales. Las decisiones de la Corte IDH repercuten en el "fortalecimiento de la vitalidad democrática de autoridades nacionales, en el reforzamiento de la capacidad institucional al interior de los Estados, y, en particular, de los tribunales".[11] Incluso, advierte Sergio García Ramírez, que si la tutela del ser humano es la deci-

9 Como un referente véase el voto concurrente del juez Diego García-Sayán, párr. 6 y 7. Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

10 Ventura Robles, Manuel E., "Corte Interamericana de Derechos Humanos: memorias de su creación y actuación", Universidad Autónoma Latinoamericana, 2017; Medina Quiroga, Cecilia, "The American Convention on Human Right: Crucial Rights and Their Theory and Practice", 2a. ed., Intersentia, 2016; García Ramírez, Sergio, "Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana", Universidad Nacional Autónoma de México, 2002; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Pelayo Moller, Carlos María, "Las obligaciones generales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (deber de respeto, garantía y adecuación de derecho interno)", Universidad Nacional Autónoma de México, 2017; Capaldo, Griselda D. y Sieckmann, Jan-Reinard, "Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional", Eudeba, 2012.

11 Discurso del Presidente de la Corte IDH, Juez Diego García-Sayán ante la XLI Asamblea General de Estados Americanos, San Salvador, El Salvador, 7 de junio de 2011.

sión fundamental primordial en las Constituciones nacionales y en los textos internacionales, los dilemas se diluyen y la coincidencia surge sin generar conflictos.[12]

No cabe duda de que la Corte Interamericana guía la actuación de los Estados democráticos y la jurisprudencia de los tribunales nacionales. En la doctrina se reconoce como un caso ilustrativo de la interamericanización que Chile reformara su Constitución (artículo 19) a efectos de asegurar el cumplimiento del derecho a la libertad de expresión, mediante la supresión de la censura previa. Ahora bien, la jurisprudencia en materia de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales igualmente ha despertado el mapeo y sistematización de compilaciones y estudios para acompañar el impacto de la Corte IDH en las exigencias del *test* democrático.[13]

Una mirada desde el impacto de las reparaciones

En sus 40 años de historia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ido abordando una jurisprudencia inigualable en lo que Sergio García Ramírez denomina "la joya de la corona", que son las reparaciones y que representan, como también lo describe Pablo Saavedra, una de las contribuciones más significati-

[12] Informe del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la Asamblea General de la OEA, Sergio García Ramírez, Panamá, 6 de junio de 2007, p. 3, disponible en *http://www.corteidh.or.cr/docs/discursos/garcia_06_06_07.pdf*

[13] Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Morales Antoniazzi, Mariela, Flores Pantoja, Rogelio (coords.), Inclusión, *Ius Commune* y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana. El caso *Lagos del Campo* y los nuevos desafíos, IECEQ, Querétaro, 2019, disponible en *http://www.corteidh.or.cr/tablas/r37411.pdf*; Morales Antoniazzi, Mariela, Clérico, Laura (coords.), Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso *Poblete* de la Corte IDH, IECEQ, Querétaro, 2019, disponible en *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5591/1.pdf*; Morales Antoniazzi, Mariela, Ronconi, Liliana, Clérico, Laura (coords.), Interamericanización de los DESCA. El caso *Cuscul Pivaral* de la Corte IDH, IECEQ, Querétaro, México 2020, disponible en *https://www.mpil.de/de/pub/forschung/nach-rechtsgebieten/oeffentliches-recht/ius-constitutionale-commune.cfm*

vas al derecho internacional de los Derechos Humanos por parte de la Corte. El concepto de la reparación integral en casos de violaciones de derechos humanos ha permitido ir nutriendo el ordenamiento jurídico interamericano para generar transformaciones estructurales. Una vez que se establece la responsabilidad internacional del Estado, a éste le surge la obligación de reparar y ésta debe ser de manera integral.

La jurisprudencia de la Corte ha llenado de contenido propio la obligación de reparar. Una de las dimensiones que puede tener la obligación de reparar son precisamente las garantías de no repetición. El impacto transformador de sus decisiones se puede describir a partir de las nociones de inclusión, diálogo y pluralismo. Estas nociones, acuñadas también en la doctrina, se han articulado con los estudios sobre el afianzamiento de instituciones y actores locales a fin de propiciar las transformaciones constitucionales, administrativas, legislativas, judiciales y sociales.[14]

La Academia

Como he sostenido, el enfoque se limita al impacto transformador de la Corte IDH desde una mirada de la academia, pero en torno al proceso de interamericanización y de construcción del *ius commune* en derechos humanos.[15] Los académicos son

[14] Londoño Lázaro, M. C., "Las garantías de no repetición en la jurisprudencia interamericana: derecho internacional y cambios estructurales del Estado", Tirant lo Blanch, Universidad de la Sabana, 2014. En ámbitos específicos, Russo, A. M., "El 'derecho transconstitucional de la diversidad'. La 'especialidad indígena' en el desarrollo interamericano del derecho de propiedad", 9, Inter-American & European Human Rights Journal, 2016, pp. 94 y ss. Bajo el enfoque del *ius commune*, García Ramírez, S., "La 'navegación americana' de los derechos humanos: hacia un *ius commune, Ius Constitutionale Commune* en derechos humanos en América Latina", en Bogdandy, Armin von, Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: Textos básicos para su comprensión, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro & Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017, pp. 55 y ss.

[15] Bogdandy, Armin von, Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: Textos básicos

no solamente testigos, sino también actores en este proceso de transformación.

Un rol relevante que desempeñan los académicos es conceptualizar y ello con base en el estudio de casos, sentencias, opiniones consultivas. Otro papel de la academia es sistematizar el material jurídico que produce la Corte IDH y esta tarea se recogen en obras[16] como los Comentarios a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como la elaborada por la Fundación Konrad Adenauer.

Asimismo, la academia tiene una función esencial de criticar o cuestionar las decisiones jurisdiccionales.[17] Un rol preponderante que ha jugado la academia gira en torno al diálogo y al control de convencionalidad. La doctrina contemporánea califica la interacción entre jueces nacionales y regionales bajo la figura del diálogo[18] y como expresión del proceso de humanización.[19]

La Corte IDH deja en evidencia dinámicas transnacionales y tendencias jurisprudenciales en situaciones de pluralismo cons-

---

para su comprensión", México, 2017; Bogdandy, Armin von *et al*. (eds.), Transformative Constitutionalism in Latin America: "The Emergence of a New *Ius Commune*", Oxford University Press, 2017.

16 Burgorgue-Larsen, Laurence y Úbeda De Torres, Amaya. "The Inter-American Court of Human Rights: case law and commentary", Oxford University Press, 2011.

17 Entre tantos, Couso, Javier, Huneeus, Alexandra y Sieder, Rachel (eds), "Cultures of legality: judicialization and political activism in Latin America", Cambridge University Press, 2010; Dulitzky, Ariel, Derechos humanos en Latinoamérica y el Sistema Interamericano: Modelos para (des) armar, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.

18 Bustos Gisbert, Rafael, "XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales, México, D.F., Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Corte Interamericana de Derechos Humanos y UNAM, Tirant lo Blanch, 2013.

19 Cfr. Burgorgue-Larsen, Laurence, "De la internacionalización del diálogo entre los jueces", en Bogdandy, Armin von; Piovesan, Flávia; Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), Direitos humanos, democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público, São Paulo-Rio de Janeiro, Elsevier, 2013, pp. 231-264.

titucional. Ello impacta en los Estados. Se produce un diálogo con el propósito de explorar cómo ha sido resuelto un problema jurídico común en el marco del Sistema Regional de Derechos Humanos y no solo por reconocerle autoridad a este tribunal.[20]

Los tribunales constitucionales y altas cortes han venido incorporando en sus decisiones estándares normativos desarrollados por la Corte Interamericana;[21] a su vez la Corte Interamericana —sin estar obligada por ninguna normativa interamericana— ha mostrado una creciente deferencia judicial al considerar en sus fallos algunos estándares normativos desarrollados por cortes nacionales en su jurisprudencia. Igualmente se constata el fenómeno de citar jurisprudencia constitucional de cortes de otros países de la región.[22] Un caso emblemático al respecto es la sentencia en el caso *Poblete vs. Chile*.

En cuanto al diálogo, también ha sido progresivo el foco de la doctrina en explorar las alianzas estratégicas entre la sociedad civil, las instituciones nacionales de derechos humanos y la Corte IDH. Un ejemplo útil para estudio es la participación de la Defen-

---

20 Una visión completa en Góngora-Mera, Manuel E.,"Interacciones y convergencias entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo", en Bogdandy, Armin von, Piovesan, Flávia y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), Estudos avançados de direitos humanos: democracia, e integração jurídica: emergência de um novo direito público, Rio de Janeiro, Elsevier, 2013, pp. 312-337.

21 Se trata de una tendencia. Cfr. por ejemplo Piovesan, Flávia, "Derechos humanos y diálogo entre jurisdicciones en el contexto latinoamericano", en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), La tutela jurisdiccional de los derechos: del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2012, pp. 349-373. Sin embargo, hay tensiones y resistencias, véase al respecto en general Shelton, Dinah l. "Breakthroughs. Burdens, and Backlash: What Future for Regional Human Rights Systems", en Burns H. Weston y Grear, Anna (eds.), Human Rights in the World Community, 2016, pp. 329-340.

22 Dias, Roberto y Freitas Mohallem, Michael "O Diálogo Jurisdicional sobre Direitos Humanos e a Ascensáo da Rede Global de Cortes Constitucionais", en Bogdandy, Armin von, Morales Antoniazzi, Mariela y Piovesan, Flávia (coords.), *Ius Constitutionale Commune* na America Latina: Diálogos Jurisdicionais e Controle de Convencionalidade, vol. III, Curitiba, Jurúa, 2016, pp. 249-282.

soría de los Habitantes de Costa Rica en el proceso de supervisión de cumplimiento de la sentencia del caso *Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*.

Un aspecto que ha sido primordial en el abordaje del impacto de los estándares interamericanos es la incorporación en el diálogo de los movimientos de derechos humanos a través del activismo transnacional y la participación de la sociedad civil. Se ha constatado el fenómeno de "refuerzo normativo" entre el derecho internacional de los derechos humanos y los órdenes constitucionales domésticos, gracias en gran medida a las ONGs por la "espiral normativa virtuosa" descrita por Laurence Helfer.[23]

En la doctrina se explica esta espiral en función de las figuras de las "cascadas normativas" de armonización de los órdenes nacional e internacional así como de la "rutinización" de la aplicación de estándares internacionales.[24] Como bien afirma Martín Abregú, las ONGs de derechos humanos han sido actores claves en los procesos de consolidación democrática suramericana, primeramente reclamando las violaciones masivas y sistemáticas de las dictaduras y procurando para las víctimas lograr verdad y justicia en las transiciones post-dictatoriales, así como mediante la extensión de la nueva agenda hacia los temas de la lucha contra la pobreza y la corrupción.[25] Como lo expresa Viviana Krsticevic, el diálogo constante con organizaciones de la sociedad civil es característico del Sistema Interamericano.[26]

---

23 Helfer, L. R., "Overlegalizing Human Rights: International Relations Theory and the Commonwealth Caribbean Backlash Against Human Rights Regimes", Columbia Law Review, Vol. 102, 2002, pp. 1832-1911, p. 1832.

24 López-Medina, D. E. y Sánchez Mejía, A. L., "La Armonización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con el derecho penal colombiano", Revista Colombiana de Derecho Internacional, n. 12, Edición Especial 2008, pp. 317-352, p. 322.

25 Abregú, M., "Derechos Humanos para todos: de la lucha contra el autoritarismo a la construcción de una democracia inclusiva - una mirada desde la Región Andina y el Cono Sur", *SUR*, São Paulo, disponible en *http://www.surjournal.org/esp/conteudos/getArtigo8.php?artigo=8,artigo_abregu.htm*

26 Entre tanta literatura, véase a ilustrativo, Krsticevic, Viviana, "El derecho común transformador: el impacto del diálogo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos con las víctimas en la consecución de justicia", en Bogdandy, Armin von, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Morales Antoniazzi,

Otro concepto donde la doctrina ha acompañado a la Corte IDH es en el control de convencionalidad. Después de la sentencia *Almonacid Arellano vs. Chile* se ha interpretado que las autoridades nacionales, y los jueces en particular, deben verificar la compatibilidad entre las normas jurídicas susceptibles de aplicarse en un caso concreto y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, donde la jurisprudencia de la Corte Interamericana justamente representa una bisagra para la progresiva interamericanización.[27] Se toman en cuenta las normas comunes y se expanden criterios jurisprudenciales y estándares sobre temas sustantivos de derechos humanos y sobre las obligaciones de los Estados, especialmente sobre las obligaciones positivas y el deber de adecuación previsto en la CADH.[28] La Corte IDH es, en mi criterio, uno de los actores que se estudian en la doctrina como creadores del *ius commune*.[29]

Además, la academia también se ocupa de poner de relieve que todo juez de un Estado parte, sea ordinario o constitucional, está llamado a desarrollar el control de convencionalidad "en aplicación del deber jurídico de respetar y garantizar los derechos convencionales de conformidad con el artículo 1 de la CADH, y la obligación de aplicar las medidas jurisdiccionales para asegurar la adecuación al Sistema Interamericano exigida por el artículo 2 de la misma CADH, aplicando como estándar

Mariela, Saavedra Alessandri, Pablo (coords.), Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades, IECEQ, Querétaro, México 2019, pp. 479-512.

27 Henriquez Viñas, Miriam y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), El control de convencionalidad: un balance a 10 años de *Almonacid Arellano vs. Chile*, Santiago de Chile, DER, 2017.

28 Cfr. Saavedra Alessandri, P. y Pacheco, G., "Las sesiones itinerantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un largo y fecundo caminar por América", Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Nacional Autónoma de México, *http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2740/8.pdf*

29 Entre tantos, Ibañez Rivas, Juana María, "La República del Perú", en Burgorgue-Larsen, Laurence (coord.), Derechos Humanos en contexto en América Latina. El impacto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en los Estados parte (Colombia, Ecuador, Haití, México, Nicaragua, Perú, República Dominicana, Uruguay, Venezuela), Volumen 1, México, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 621-749.

mínimo los atributos de los derechos y garantías contenidos en la CADH y el *corpus iuris* interamericano, lo que constituye un control diferente y distinto del control de constitucionalidad", pues obedecen a distintos parámetros de control. El primero es "el *corpus iuris* interamericano, cuyo texto central y básico es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mientras que el control de constitucionalidad tiene como parámetro básico la Constitución Política de la República".[30] Sobre el auge de esta doctrina y su aplicación existen posturas a favor[31] y en contra.[32]

Así, la academia ha venido acompañando la labor de la Corte IDH. En palabras de Armin von Bogdandy, a "los académicos les corresponde ser críticos porque una construcción acrítica fácilmente se convierte en apologética y el derecho en un mero instrumento de poder". Las voces analíticas han acompañado hitos, por ejemplo en las decisiones sobre amnistía[33] o en el Acuerdo de Paz de Colombia.[34]

---

30 Nogueira Alcalá, H., "Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011", vol. 10, n. 2, Estudios constitucionales, 2012, p. 64.

31 Hitters, Juan Carlos,"Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)", vol. 7, no 2, Estudios constitucionales, 2009, pp. 109-128; Ibáñez Rivas, Juana María, "Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", no. 8, Anuario de Derechos Humanos, 2012, pp. 103-113.

32 Ruiz-Chiriboga, Oswaldo,"Conventionality Control: Examples of (Un) Successful Experiences in Latin America", vol. 3, The Inter-Am. & Eur. Hum. Rts. J., 2010, p. 200; Dulitzky, Ariel E., "Inter-American Constitutional Court-The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights", 50 Texas International Law Journal, 2015, pp. 45-48. Bogdandy, Armin von y Venzke, Ingo, In whose name: A public law theory of international adjudication, Oxford, OUP, 2014.

33 Guevara, María Gabriel y Sancho, María Gabriela, "Leyes de Amnistía: Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos", Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos 7.7, 2006: 2007; Binder, Christina, "The prohibition of amnesties by the Inter-American Court of Human Rights", International Judicial Lawmaking, Berlin-Heidelberg, Springer, 2012, pp. 295-328.

34 Huneeus, Alexandra y Urueña, René, "Introduction to symposium on the Colombian peace talks and international law", AJIL Unbound 110, 2016, pp. 161-164.

Litigios/tensiones

Con sus más de 360 decisiones, la Corte IDH ha desarrollado una jurisprudencia orientada a los problemas estructurales de América Latina, que puede ser interpretada como una forma de política de derechos humanos judicial y que encaja con lo que la Corte IDH denomina *corpus iuris*. Este *corpus iuris,* así como los efectos de su jurisprudencia, han despertado el debate sobre la legitimidad de sus actos y de la propia Corte como institución. Esta crítica no proviene únicamente de instituciones que han sido el blanco de sus acciones, por ejemplo, el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, que sostiene que las sentencias de la Corte IDH son "inejecutables", sino también de otras voces.

Investigar las resistencias estatales ante el cumplimiento de las sentencias, tanto políticas como judiciales, ha sido uno de los ejes temáticos a los que la academia ha dedicado su interés, especialmente en la última década.[35] La ciencia jurídica y la ciencia política estudian las resistencias políticas que ocurren cuando el incumplimiento de una sentencia se debe a factores institucionales, tales como el reparto de competencias entre los diferentes niveles administrativos del Estado, la intención de proteger a funcionarios o representantes estatales, el grado de institucionalidad o simplemente la voluntad política gubernamental.

Por otro lado, existen las llamadas resistencias judiciales, esto es, cuando es un alto tribunal de un Estado el que estipula que dicho Estado no se encuentra vinculado por las decisiones del tribunal de derechos humanos. Los académicos se han ocupado de indagar cuáles son los factores que generan dichas resistencias. El tema del cumplimento o el incumplimiento se enlaza de

[35] Soley, Ximena y Steininger, Silvia, "Parting ways or lashing back", Withdrawals, backlash and the Inter-American Court of Human Rights, MPIL Research Paper Series 2018-01, 2018; Negishi, Y., "The Subsidiarity Principle's Role in Allocating Competences between Human Rights Courts and States Parties: The Hybrid Model of Centralized and Diffused Conventionality Control of Domestic Law", en Bogdandy, Armin von, Piovesan, Flávia, Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), Direitos humanos e constitucionalismo regional transformador: *ius constitutionale commune* na América Latina, Brasil, 2015.

la misma manera con los avances dentro de la Corte IDH en materia de supervisión de cumplimiento.

Para evaluar el éxito de la Corte IDH se ha tomado como parámetro el llamado cumplimiento (*compliance*), es decir, si los Estados realmente implementan sus decisiones. Pero el enfoque estadístico es insuficiente. Los estudios más actuales promueven revisar más allá del cumplimiento. El cumplimiento no debería ser el criterio decisivo para evaluar el funcionamiento de un tribunal internacional que aborda problemas estructurales, especialmente cuando dispone de un mandato que le permite contribuir a un constitucionalismo transformador.[36] La Corte IDH al ejercer este mandato suele ordenar reparaciones que son a menudo difíciles de acatar plenamente, por ejemplo, la persecución de individuos que forman parte de grupos sociales poderosos. Si la Corte IDH aspirara a lograr el pleno cumplimiento, no podría desempeñar su mandato. Por lo tanto, en el constitucionalismo transformador, el criterio de cumplimiento debe dar paso a objetivos más amplios que son complementarios, con el propósito de las bases sociales que den lugar a las transformaciones y que atiendan los problemas estructurales.[37]

Probablemente el efecto más significativo es el fortalecimiento de los actores que se desempeñan dentro de las políticas de derechos humanos en el contexto latinoamericano. Vale la pena resaltar tres dimensiones que vinculan a ambos órganos del Sis-

[36] Este análisis ya se ha formulado junto con el Profesor Armin von Bogdandy en el trabajo en alemán "Menschenrechte und Menschenrechtspolitik", en Maihold, Günther *et al*. (eds.), Lateinamerika. Handbuch für Wissenschaft und Studium, Baden-Baden, Nomos, 2019.

[37] Saavedra Alessandri, Pablo, "40 años cambiando realidades: una mirada al impacto estructurales de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Bogdandy, Armin von, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Morales Antoniazzi, Mariela, Saavedra, Pablo (coords.), Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades, Querétaro-México, Instituto de Estudios Constitucionales, 2019, pp. 555-612. En otra dirección, Huneeus, Alexandra, "The Institutional Limits of Inter-American Constitutionalism' en Dixon, Rosalind, Ginsburg, Tom (eds.), Comparative Constitutional Law in Latin America, Edward Elgar Publishing, 2017.

tema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).[38] En primer lugar, el SIDH ejerce un papel esencial en la movilización de las organizaciones de la sociedad civil; en segundo lugar, enmarca los debates constitucionales internos, las estrategias de litigio, la argumentación jurídica y la práctica judicial; y en tercer lugar, refuerza el papel de las instituciones estatales con una orientación a los derechos humanos.[39]

En cuanto a la primera dimensión, el SIDH ofrece a los activistas nacionales y transnacionales la oportunidad de ejercer presión y producir cambios en sus sistemas políticos internos. Promueve coaliciones y alianzas entre organizaciones locales con un profundo conocimiento de los problemas locales y organizaciones transnacionales con experiencia en el SIDH.[40]

La gran mayoría de las decisiones de la Corte IDH se basan en el litigio estratégico llevado a cabo por organizaciones de la sociedad civil,[41] el cual tiene como objetivo provocar un cambio social. Por lo tanto, el litigio estratégico significa seleccionar casos paradigmáticos o simbólicos. En segundo lugar, el SIDH ha estimulado un cambio en la autopercepción de los jueces nacionales. Como se mencionó antes, numerosos jueces nacionales se consideran hoy en día jueces interamericanos encargados de hacer efectivas las normas regionales en sus sistemas jurídicos. La tercera y última dimensión se refiere a la interacción del SIDH con otros agentes institucionales, como ministerios, fiscales y otras autoridades.

---

38 Engstrom, Par (ed.), The Inter-American Human Rights System: Impact beyond compliance, 2019.

39 Keck, Margaret E. y Sikkink, Kathryn, Activists Beyond Borders. Advocacy Networks in International Politics, New York, Cornell University Press, 1998, p. 228.

40 Cavallaro, James L. y Brewer, Stephanie E., "Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court", American Journal of International Law, 2008, núm. 102, pp. 768-827.

41 Piovesan, Flávia, "*Ius Constitutionale Commune* latinoamericano en derechos humanos e impacto del Sistema Interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos", en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *Ius Constitutionale Commune* en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos, México, UNAM, 2014, pp. 61-81, en p. 72.

Esta interacción también promueve la difusión del discurso de los derechos humanos y una perspectiva basada en derechos humanos dentro de la política estatal.

En consecuencia, la Corte IDH, mediante su jurisprudencia, desempeña un papel decisivo en la creación de un espacio político en el que los derechos humanos juegan un papel principal. En el espacio de los derechos humanos, el arraigo o no de la cultura de la juridicidad representa un factor decisivo para avanzar en la interamericanización o para resistirse a ella.

Héctor Fix-Zamudio considera que el control complementario externo se ha revelado como un instrumento idóneo y deseable para impulsar la garantía eficaz de los derechos humanos.[42] Se afirma que el control complementario permite la fijación de estándares comunes para que los jueces nacionales los utilicen como parámetros de interpretación, originando una mayor cobertura de la vigencia de los derechos mediante el diálogo interjudicial.[43]

Reflexión final

La Corte IDH, a partir de las decisiones paradigmáticas y del *corpus iuris*, se ha constituido un actor clave para la construcción de un *ius constitutionale commune* en América Latina, un derecho común en derechos humanos, destinado a enfrentar problemas y déficits estructurales de la región. América Latina es una región que sufre de altos niveles de violencia, pobreza, exclusión social, extrema desigualdad, débil institucionalidad, híperpresidencialismo, falta de independencia judicial y corrupción.

---

42 Fix-Zamudio, H., "Relaciones entre los tribunales constitucionales latinoamericanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos", I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional, Corzo Sosa, Edgar (ed.), México, 2009, pp. 599-695, p. 670.

43 Del Toro Huerta, M. I., "El diálogo interjudicial entre las jurisdicciones constitucionales y los tribunales internacionales de derechos humanos. Especial referencia al Sistema Interamericano", I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional, Corzo Sosa, Edgar (ed.), México, 2009, pp. 531-575, p. 537.

Estos problemas se ven reflejados en las precarias condiciones de vida que afectan de manera desproporcional a personas y grupos en situación de vulnerabilidad. Para contrarrestar el impacto de estos fenómenos, en las últimas cuatro décadas, diversos actores han acudido a los derechos humanos debido a su potencial transformador de la realidad política y social de la región. La Corte IDH ha sido el órgano jurisdiccional que ha asumido el mandato transformador y ha desarrollado su jurisprudencia sobre la base de esta problemática.

En este contexto, la academia ha jugado un papel clave que se orienta en la línea de la interamericanización de los órdenes normativos nacionales.

Actualmente, los discursos políticos y los conflictos sociales se desarrollan y son caracterizados por el uso del lenguaje de los derechos humanos. Sin embargo, este lenguaje es usado cada vez más por fuerzas y actores con un claro tinte autoritario.[44] Es un gran desafío continuar acompañando a la Corte IDH con una crítica constructiva y propositiva.[45]

[44] Hay una literatura reciente sobre la erosión de la democracia. David Runciman, *How Democracy Ends*, Basic Books, Nueva York, 2018; Jason Brennan, *Against Democracy*, Princeton University Press, Princeton y Oxford, 2018; Yascha Mounk, The People vs Democracy, Why Our Freedom is in Danger and How to Save It, Cambridge, Harvard University Press, 2018.

[45] En el seminario de celebración de los 40 años de la Corte IDH su Presidente preguntaba en el panel a expresidentes del Tribunal ¿qué recomendaciones se podrían dar a la Corte IDH? En mi opinión personal, no como académica sino como Mariela Morales, que hace 27 años gané un amparo en mi país, el "*leading case*" para proteger los derechos de la mujer embarazada invocando la Convención Americana, solo cabe aconsejar: continúen desarrollando esta labor pionera de interpretar la Convención Americana como un instrumento vivo. En los testimonios de las víctimas, en las reflexiones de la academia, en el acervo que se ha construido y que ha tenido repercusiones en otros sistemas de protección de los derechos humanos, queda constatada la labor de la Corte IDH para enfrentar la impunidad, para la protección de las personas en situación de vulnerabilidad y, sobre todo, para continuar la apuesta de las reparaciones estructurales encaminadas a las transformaciones de las realidades nacionales.

El litigio desde la perspectiva de los Estados en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: una aproximación a los principales retos

*Juana Inés Acosta López**
*Cindy Vanessa Espitia Murcia***

Tras 40 años de funcionamiento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o Corte) ha tenido la posibilidad de conocer cerca de 240 casos, ha proferido más de 600 resoluciones sobre medidas provisionales, ha adelantado la supervisión del cumplimiento de los Estados de las medidas ordenadas en sus sentencias en 498 oportunidades y se ha consolidado como un órgano de referencia para importantes instituciones del orden nacional[1] e internacional.[2]

* Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana. Magíster en Derechos Humanos y Democratización de la Universidad Externado de Colombia. LL.M en International Legal Studies de la New York University.

** Abogada y Comunicadora Social y Periodista. Estudiante de la Maestría en Derecho Internacional de la Universidad de La Sabana.

1 Ver por ejemplo López, Juana Inés Acosta; Alvarado, Paola Andrea Acosta; Ramírez, Daniel Rivas. De Anacronismos y Vaticinios: Diagnóstico sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno en Latinoamérica. U. Externado de Colombia, 2018.

2 Corte Penal Internacional. Situación de la Democrática República del Congo en el caso de la *Fiscalía vs. Germain Katang*. Decisión del 24 de marzo de 2017. Orden de reparaciones con fundamento en el artículo 75 del Estatuto; TEDH. *Caso Baka vs. Hungría*, No. 20261/12, Sentencia del 23 de junio

La celebración de estas cuatro décadas de creación de la Corte IDH, además de ser una importante oportunidad para analizar los varios y muy relevantes avances del Sistema, constituye una ocasión para reflexionar sobre los retos no solo de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante, SIDH o Sistema Interamericano), sino también de los diversos actores que intervienen en éste, en aras de seguir promoviendo su fortalecimiento y la consecución de los fines sobre los cuales se ha fundamentado.

En particular, abordaremos los principales retos de la participación de los Estados durante el litigio ante el SIDH, desde dos perspectivas. Por un lado, aquellos que se predican directamente de los Estados, es decir, el conjunto de deberes y principios que deberían guiar su participación ante el Sistema Interamericano. Y por el otro lado, aquellos retos en cabeza de la Honorable Corte IDH y la Honorable Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH o Comisión), frente a la forma en la que conciben y abordan el rol de los Estados en el SIDH.

Los retos para los Estados: hacia una defensa que promueva plenamente la protección de los derechos humanos

Sin lugar a duda, los Estados juegan un importante rol en la construcción y fortalecimiento del SIDH. Por lo tanto, resulta necesario que se tenga presente que, a pesar de que estos durante el litigio actúan como la parte pasiva y, en consecuencia, deben efectuar su defensa ante los órganos que componen el Sistema, los Estados también tienen el importante deber, durante el desarrollo de la controversia internacional, de promover la protección de la persona humana y de aquellas prerrogativas y libertades esenciales contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH).[3]

de 2016; TEDH. *Caso Ertak vs. Turquía*, No. 20764/92, Sentencia del 9 de mayo del 2000.

[3] Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265.

La Corte IDH en reiteradas ocasiones ha señalado que el Estado es el principal garante de los derechos humanos.[4] Y tal rol esencial que recae en cabeza de los Estados no se agota en el ejercicio de los órganos, dentro de la jurisdicción interna, para promover la protección de los derechos de sus habitantes o en la disposición de un recurso efectivo en el nivel doméstico, sino que supone también responder, de forma coherente, a tal deber en cualquier escenario, con independencia de su carácter nacional o internacional.

Así pues, partimos en esta ponencia de tres premisas: (i) la eficacia del SIDH no depende exclusivamente de la actuación de sus órganos, sino también —y en gran parte— de la conducta desplegada por los Estados; (ii) el contexto del litigio ante el SIDH es un espacio más en el que el Estado debe hacer honra a su mandato de protección de los derechos humanos, ya que constituye parte de la garantía del derecho de acceso a la justicia de las personas sometidas a su jurisdicción, y (iii) no solo es posible, sino que resulta necesario adelantar una defensa de Estado que, a su vez, promueva los derechos concebidos en la CADH.[5]

Bajo este marco, consideramos central efectuar una reflexión sobre ciertos retos para los Estados en el marco del SIDH que, en últimas, redundan en la forma en la que se concibe el litigio internacional. En primer lugar, abordaremos la importancia de que se adelante una defensa de Estado y no de gobierno; en segundo lugar, expondremos la relevancia del respeto a las víctimas y a los órganos del Sistema como el eje central de la defensa y, por último, resaltaremos la necesidad de que se redefina el concepto de 'ganar' y 'perder' durante el trámite internacional.

---

4 Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144; *Caso Duque vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310; *Caso Andrade Salmón vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C No. 330.

5 Al respecto, ver por ejemplo Acosta López, Juana Inés y Londoño-Lázaro, María Carmelina, El papel de la justicia nacional en la garantía del derecho a un recurso efectivo internacional, 16 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 2010, 81-114.

Una defensa de Estado y no de gobierno

En el marco del litigio ante el SIDH, los Estados deben adelantar una defensa que sea independiente de los órganos o de las ramas del poder público que estén presuntamente involucradas en la violación de los derechos humanos dentro de su jurisdicción. El litigio no se debe entender como una oportunidad de defender exclusivamente los intereses de un gobierno de turno o de una institución en particular, sino como un escenario en el que el Estado, como garante de los derechos humanos, presenta una postura institucional integral en el asunto contencioso.

Lo anterior, por cuanto, en primer lugar, como ha sido resaltado por la Corte IDH, la responsabilidad internacional de los Estados: i) se deriva de la acción u omisión de cualquier órgano sin importar su jerarquía o ubicación dentro de la estructura política estatal,[6] y ii) con independencia de que el gobierno que resulte encargado de la defensa internacional no haya intervenido en la presunta violación a los derechos humanos.[7]

En segundo lugar, porque la defensa desde la concepción del Estado dota de mayor coherencia la postura ante los órganos del Sistema Interamericano, pues más allá de las discusiones que cada caso plantea, una vez más, el compromiso por la promoción de los derechos humanos, siempre, sin importar el gobierno o el órgano, debe ser el mismo.

En tercer lugar, permite el diseño y puesta en marcha de mecanismos institucionales que funcionan con independencia de la voluntad política de diferentes órganos, orientados a la materia-

6 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; 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.

7 Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105; *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de agosto de 2013. Serie C No. 264; *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165.

lización de las decisiones adoptadas en el seno de mecanismos internacionales de protección a los derechos humanos, como el SIDH. En este punto, resulta pertinente hacer referencia a dos buenas experiencias que han sido diseñadas e implementadas en Colombia: la ley 288/96 y la creación de un rubro especial en el Ministerio de Hacienda, para dar cumplimiento oportuno a las recomendaciones y órdenes de los órganos del Sistema Interamericano y del Sistema Universal de Derechos Humanos.

La Ley 288/96 surgió como respuesta a una solicitud planteada por las víctimas en un proceso de solución amistosa ante la Comisión Interamericana.[8] En virtud de esta disposición normativa, se despliega todo un trabajo interinstitucional que, con la participación de las víctimas, pretende dotar de plena efectividad las indemnizaciones que surjan de recomendaciones de la Comisión Interamericana o del Comité de Derechos Humanos, en el marco de controversias internacionales.[9]

Por su lado, el rubro especial para dar cumplimiento a las decisiones de los órganos internacionales[10] puso fin a varios años de discusiones interinstitucionales sobre la asignación de responsabilidades para el cumplimiento de las sentencias de la Corte. Por solicitud de la Cancillería, el Ministerio de Hacienda puede asignar la suma que corresponda a la entidad que se haya comprometido a cumplir con determinada medida de reparación, con independencia de su naturaleza.[11] De esta manera, se evita que los presupuestos de las entidades sean castigados para el pago de indemnizaciones y la implementación de otras medidas de repa-

8 Comisión de investigación de los hechos violentos de Trujillo, Informe final, 1995.

9 Cfr. Acosta-López, Juana Inés y Espitia Murcia, Cindy, Mecanismos de cumplimiento de sentencias y recomendaciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Colombia: Avances, retos y dificultades, 2018.

10 Denominado "Rubro 3613, Fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos".

11 Cfr. Acosta-López, Juana Inés y Espitia Murcia, Cindy, Mecanismos de cumplimiento de sentencias y recomendaciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Colombia: Avances, retos y dificultades, 2018.

ración y se evitan los debates acerca de la atribución de la responsabilidad en el plano nacional. Este rubro también puede ser utilizado para el cumplimiento de acuerdos de solución amistosa y para el cumplimiento de ciertos compromisos en el marco de la Ley 288/96.

Estos mecanismos institucionales responden a dos realidades inherentes del funcionamiento del SIDH: (i) la efectividad del Sistema depende, en gran parte, del compromiso de los Estados por implementar las decisiones de los órganos internacionales, y (ii) en consecuencia, en tanto la responsabilidad internacional es atribuida al Estado, las medidas que permitan remediar las violaciones a las víctimas deben contar con esa misma lógica institucional.

Por último, adoptar la perspectiva de una defensa de Estado, y no de gobierno, permite la articulación entre la política de derechos humanos y la defensa que se adelanta en el orden internacional, dotando así de más fortaleza los diversos esfuerzos institucionales para la garantía de las prerrogativas y libertades fundamentales de la persona y evitar así la volatilidad de los proyectos internos en curso.[12]

Las víctimas como el eje central de la defensa

Cuando indicamos que la defensa del Estado debe ubicar a las víctimas en el centro, nos referimos a que la postura estatal, durante el litigio ante el SIDH, debe: i) fundamentarse en el principio *pro personae*; ii) comprometerse con la búsqueda de la verdad; iii) orientarse a defender, únicamente, aquello que resulta 'defendible', y iv) participar, cuando sea posible, de los espacios de concertación que el Sistema dispone.

[12] Acosta López, Juana Inés, La defensa de Colombia ante la Corte IDH: Re-definiendo los conceptos de ganar y perder en el litigio internacional, en Prieto, Rafael (ed.), Derecho del litigio internacional: Herramientas jurídicas y estrategia para la solución de controversias internacionales en el Siglo xxi, 2015.

i) Los principios *pro personae* y de dignidad humana durante el litigio ante el SIDH

En virtud del principio *pro personae,*[13] la maximización de los efectos de las garantías y libertades de la persona humana debe ser un propósito para los diferentes actores, nacionales e internacionales, que intervienen en el proceso de protección y garantía de los derechos humanos. Este principio debe también operar de forma transversal en la participación que adelantan los Estados ante los órganos del SIDH.

Bajo esta premisa, el litigio y cada una de las etapas del trámite internacional debe verse, más que como una oportunidad de defender los intereses particulares del gobierno, como un mecanismo a través del cual: i) se promueve la protección de la persona humana; ii) se pretende revertir el impacto de graves violaciones a los derechos humanos, y iii) se persigue restablecer la confianza quebrantada de las presuntas víctimas hacia las instituciones internas.

Así pues, los Estados deben actuar con especial prudencia en el relacionamiento con las víctimas, en la forma en la que presentan sus argumentos y en la manera en la que abordan los hechos. Se debe evitar así que el escenario internacional se convierta en un escenario de violencia y de revictimización.

ii) El compromiso con la búsqueda de la verdad

La Corte IDH ha reconocido que el derecho a la verdad: i) tiene una dimensión tanto individual como colectiva,[14] ii) comporta

[13] Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 181; *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 18 de noviembre de 1999. Serie C No. 61, párr. 37.

[14] 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.

el derecho de la víctima y de la sociedad a conocer los hechos,[15] y iii) constituye un mecanismo de reparación efectiva de las víctimas.[16]

Así pues, si bien habrá asuntos que estarán en discusión durante el litigio y el Estado podrá controvertir los argumentos presentados por la CIDH y por la representación de las víctimas, la defensa nunca deberá dirigirse a distorsionar la realidad ni obstaculizar la búsqueda de la verdad que pretenden alcanzar las víctimas ante los órganos del SIDH. Si se concibe una defensa del Estado y no de gobierno y se ubica el principio *pro personae* como el eje de aquella, adoptar este reto no resultará problemático; sino que, por el contrario, será connatural a la misma estrategia de litigio planteada ante la CIDH o la Corte IDH, según corresponda.

iii) Defendiendo lo 'defendible'

Como consecuencia de los elementos abordados previamente, y buscando perseguir los propósitos esenciales del SIDH, es importante concebir que la defensa del Estado no supone la lucha por hacer prevalecer la postura del gobierno o del órgano correspondiente, pasando por encima de la verdad y los derechos de las víctimas. Resulta necesario que desde la fijación de la estrategia de litigio se identifiquen aquellos puntos que se encuentran fuera de discusión y, por lo tanto, se conciba como opción principal —cuando ello sea lo correcto según el material disponible en el expediente internacional—, el reconocimiento de responsabilidad internacional, y la petición sincera y simbólica de perdón a las víctimas del caso.

Tras revisar la totalidad de las sentencias de fondo proferidas por la Corte IDH, desde 1988 hasta 2018, se ha encontrado una dinámica llamativa frente a la conducta de los Estados en esta materia.

---

15 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

16 Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

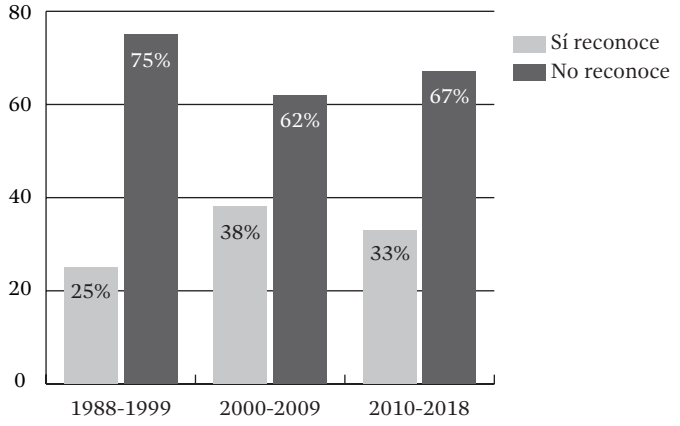


Gráfico 1. *Elaboración propia.*

De 1988 a 1999, se observa una proporción muy baja de casos —25%— en los que los Estados han reconocido responsabilidad internacional. Entre 2000 y 2009, se encuentra un importante incremento de Estados —13%— que han efectuado esta declaración en el marco del litigio ante los órganos del SIDH. Por último, entre 2010 y 2018, se observa una disminución del 5% de los asuntos en los que se ha efectuado un reconocimiento de responsabilidad.

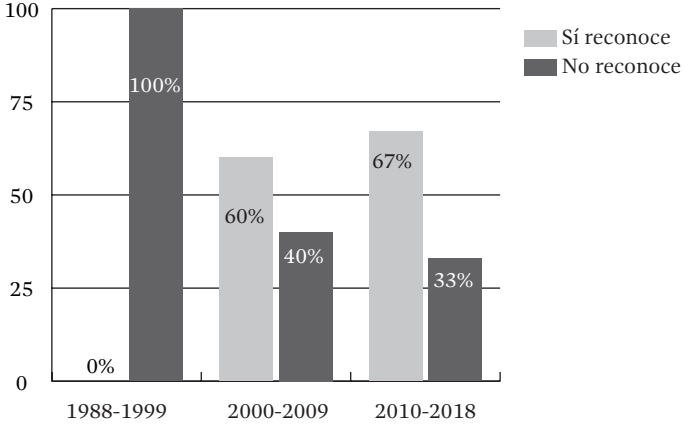


Gráfico 2. *Elaboración propia.*

En Colombia se da una dinámica bien interesante. Conforme se ha fortalecido el equipo de defensa, con la creación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, ha aumentado la proporción de casos en los que se ha reconocido responsabilidad internacional de forma parcial. Entre 2000 y 2009, en el 60% de los casos se presentó un reconocimiento por parte del Estado, y entre 2010 y 2018 en un 67%.

Estos datos se presentan de forma enunciativa, sin intención de efectuar algún juicio de valor. El mensaje en este punto no es que los Estados siempre deban reconocer responsabilidad. La idea que quiere dejarse con esta ponencia es que: i) no debe rechazarse de plano la posibilidad de efectuar este acto dentro del litigio ante el SIDH, ii) no pueden atribuirse al reconocimiento connotaciones negativas, y iii) la estrategia de litigio del Estado debe dirigirse a defender únicamente aquello que sea defendible.

Es importante tener presente que el reconocimiento de responsabilidad internacional genera importantes efectos durante el litigio.[17] Tal como ha sido señalado por la Corte IDH, este acto: i) contribuye al desarrollo de los procesos internacionales,[18] ii) cesa la controversia frente a los puntos que han sido reconocidos,[19] iii) constituye un mecanismo de reparación y una garantía de no repetición,[20] y iv) facilita el restablecimiento de la confianza de la víctima hacia el Estado.[21]

---

17 Acosta López, Juana Inés, La defensa de Colombia ante la Corte IDH: Re-definiendo los conceptos de ganar y perder en el litigio internacional, en Prieto, Rafael (ed.), Derecho del litigio internacional: Herramientas jurídicas y estrategia para la solución de controversias internacionales en el Siglo xxi, 2015.

18 Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*. Fondo. Sentencia de 26 de enero de 2000. Serie C No. 64.

19 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218.

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

21 Acosta López, Juana Inés, La defensa de Colombia ante la Corte IDH: Re-definiendo los conceptos de ganar y perder en el litigio internacional, en Prieto, Rafael (ed.), Derecho del litigio internacional: Herramientas jurídicas y estrategia para la solución de controversias internacionales en el Siglo xxi, 2015.

iv) La importancia de participar en espacios de concertación con las víctimas

El Estado juega un rol muy importante en los mecanismos de concertación y diálogo que concibe el Sistema Interamericano, como lo es el proceso de solución amistosa.[22] Además de poner fin a la controversia y agilizar la reparación a las víctimas del caso, demuestra la buena fe del Estado, permite ese acercamiento entre las dos partes y el reconocimiento del otro como un interlocutor válido y legítimo, forja un espacio en el que las víctimas pueden manifestar sus preocupaciones y necesidades,[23] y crea escenarios en los que se activa la participación de las víctimas no solo en la definición de las medidas orientadas a remediar las violaciones sufridas, sino en la creación de verdaderas políticas públicas que garanticen la no repetición de conductas que lesionan los derechos humanos.[24]

La defensa del Estado y el respeto hacia los órganos del SIDH

Un importante reto para los Estados constituye también adelantar una defensa que respete y valore el importante rol de los órganos del SIDH. Esto puede materializarse a través de diferentes conductas, por ejemplo, el reconocimiento de la legitimidad de la CIDH y de la Corte IDH, el respeto y cumplimiento de las reglas procesales en los asuntos que surten trámite ante los órganos del

---

22 Corte IDH. *Caso Andrade Salmón vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C No. 330.

23 Acosta López, Juana Inés, La defensa de Colombia ante la Corte IDH: Re-definiendo los conceptos de ganar y perder en el litigio internacional, en Prieto, Rafael (ed.), Derecho del litigio internacional: Herramientas jurídicas y estrategia para la solución de controversias internacionales en el Siglo xxi, 2015.

24 Revisar el caso de la Masacre de Trujillo, conocido por la Comisión Interamericana. Tras adelantar un proceso de solución amistosa, el Estado, entre otras medidas, se comprometió a adecuar el marco legislativo para agilizar el proceso de cumplimiento de las recomendaciones emitidas por la CIDH. Cfr. CIDH. Informe No. 68/16. Caso 11.007. Solución Amistosa. Masacre de Trujillo. Colombia. 30 de noviembre de 2016, párr. 40.

SIDH y la oportuna respuesta a las solicitudes y requerimientos presentados por la Corte o la Comisión, entre otras.

Ahora bien, lo anterior no constituye un impedimento para que, en un escenario de respeto y bajo los principios abordados anteriormente: i) con fundamento en la CADH y los reglamentos de los órganos del SIDH se presenten argumentos u objeciones relacionadas con el alcance de la competencia de la Corte IDH y la CIDH o de la admisibilidad del caso, o ii) en el marco del diálogo interamericano se propongan modificaciones al funcionamiento del Sistema Interamericano.

Hacia una redefinición del concepto de 'ganar' y 'perder'

Constantemente en el derecho suelen hacerse dos interpretaciones frente a las sentencias que resuelven las controversias presentadas en un asunto contencioso: o se gana el caso o se pierde. Difícilmente suele encontrarse otra perspectiva. No obstante, el litigio ante el SIDH tiene unas características tan particulares que la tradicional dualidad necesariamente debe superarse, pues una decisión puede representar múltiples lecturas de forma concomitante.

Esta redefinición del concepto de 'ganar' y 'perder' debe estar necesariamente acompañada tanto de una modificación en la forma en la que se construye la estrategia de litigio como del cambio en la valoración de los resultados obtenidos, tras el conocimiento de las decisiones proferidas por los órganos del SIDH.

Así pues, por un lado, es recomendable que los Estados, al definir los objetivos transversales del litigio, busquen armonizar la defensa de las políticas del Estado y el respeto por los derechos de las víctimas. Un objetivo que siempre deberá tenerse presente, como se mencionó anteriormente, será la búsqueda de la verdad. Y, por el otro lado, resulta necesario que la evaluación de las sentencias o informes se encamine a analizar el grado de cumplimiento de los objetivos planteados. Bajo esta dinámica, una sentencia condenatoria o absolutoria no representará,

de forma absoluta, un triunfo o un fracaso en el litigio ante el SIDH.[25]

Así, por ejemplo, una sentencia que condena a un Estado pero que reconoce ampliamente los avances que ha tenido el país en materia de derechos humanos, o que reconoce que ciertas políticas, leyes o actuaciones que fueron cuestionadas por las víctimas son compatibles con la Convención, representa ganancias importantes para los Estados. A su vez, una sentencia cuyas órdenes de reparación facilitan la solución e implementación de medidas que permiten superar problemas estructurales en los Estados, o que es consecuencia de un trámite que —por la misma actitud del Estado— ha permitido que las víctimas restablezcan así sea parcialmente la confianza en las instituciones del Estado, no puede más que verse como una ganancia. Por último, una sentencia en la que el Estado es condenado parcialmente porque ha reconocido responsabilidad, pero no es declarado responsable en otros aspectos importantes que han sido litigados, constituye un verdadero triunfo de los objetivos del Estado.

Los retos para el Sistema Interamericano: La redefinición del concepto de subsidiariedad

Como señalamos al principio, algunos retos también podrían recaer en la Corte IDH y la CIDH frente a su relación con los Estados y al reconocimiento de estos como miembros del Sistema Interamericano. Nos enfocaremos, en esta ponencia, en la redefinición del principio de subsidiariedad.

Al respecto, consideramos que algunos de los retos de los órganos del SIDH en este tema están en adoptar una concepción positiva de la subsidiariedad y dotar de contenido real este prin-

[25] Acosta López, Juana Inés, La defensa de Colombia ante la Corte IDH: Re-definiendo los conceptos de ganar y perder en el litigio internacional, en Prieto, Rafael (ed.), Derecho del litigio internacional: Herramientas jurídicas y estrategia para la solución de controversias internacionales en el Siglo xxi, 2015.

cipio.[26] Las distintas interpretaciones sobre la subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos muestran una tensión entre dos concepciones radicalmente distintas de este principio, tanto de su contenido sustancial y procesal como de sus fundamentos y fines.

Una primera —que llamaremos la perspectiva negativa— considera que el principio responde más a una facultad de los Estados de proteger su soberanía e impedir que los órganos de derechos humanos intervengan en sus asuntos internos. Desde esta postura, la subsidiariedad no se reconoce como un principio fundante y estructural del derecho internacional, sino como a un conjunto de reglas construidas por el consenso de los Estados en los tratados, para delimitar el grado de intervención de los órganos internacionales.[27]

Esta concepción no espera en el futuro que desaparezcan las denuncias individuales, sino que pretende que estas peticiones, conocidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y eventualmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: (i) permitan fijar parámetros claros a los Estados y (ii) sirvan para seguir fortaleciendo los lineamientos y las políticas dictados "desde arriba".

Una segunda concepción —que llamaremos la positiva— analiza la subsidiariedad como un principio estructural del derecho internacional. Desde esta visión, la subsidiariedad, antes que ser un obstáculo para la protección de los derechos de las personas, constituye una herramienta para su garantía. En virtud de esta

[26] Las consideraciones que se incluyen en esta sección son extraídas del proyecto de investigación de la tesis doctoral de Acosta López, Juana Inés: Hacia una delimitación de la plasticidad de la subsidiariedad en el SIDH.

[27] Besson, Samantha, Subsidiarity in International Human Rights Law, What is Subsidiary about Human Rights? The American Journal of Jurisprudence, 2016, vol. 61, no. 1, pp. 69-107; Paul Díaz, Álvaro, La revisión inicial de peticiones por la Comisión Interamericana y la subsidiariedad del sistema de derechos humanos, Revista de Derecho, Valparaíso, 2014, no. 43, pp. 609-639; González Domínguez, Pablo, Reconfiguración de la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho nacional sobre la base del principio de subsidiariedad, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, 2017, vol. 17, pp. 717-748.

perspectiva, por un lado, los Estados deben tomarse en serio su responsabilidad de ser los primeros llamados a respetar y garantizar los derechos de las personas sujetas a su jurisdicción y, por el otro lado, se reconoce que la misión de los órganos internacionales consiste en fortalecer las estructuras políticas y jurídicas de los Estados. Bajo este marco, las denuncias individuales no son fines en sí mismas, sino más bien una herramienta para la construcción de sistemas domésticos más fuertes en materia de derechos humanos.[28]

	Concepción positiva	*Concepción negativa*
Naturaleza/ Fundamento	Principio estructural del derecho internacional y del SIDH.	Fundamento: procesal, facultad de los Estados. No es un principio.
Caracterización	Instrumento de garantía de la dignidad humana. Lo central es la consolidación de los Estados y que los estándares de protección se reflejen y fortalezcan desde las instituciones domésticas, con plena observancia de las obligaciones internacionales.	Conjunto de reglas construidas por el consenso de los Estados en los tratados para delimitar el grado de intervención de los órganos.
Identificación del éxito del SIDH	Peticiones o casos conocidos por el SIDH: no es fin en sí mismo.	Éxito del SIDH está definido, entre otros, por el número de peticiones o casos que lleguen a la Corte IDH.

Tabla 1. *Elaboración propia.*

[28] Carozza, Paolo G., Subsidiarity as a structural principle of international human rights law, American Journal of International Law, 2003, vol. 97, no. 1, pp. 38-79; Carozza, Paolo G., Human dignity and judicial interpretation of human rights: A reply. European Journal of International Law, 2008, vol. 19, no. 5, pp. 931-944; Mowbray, Alastair, Subsidiarity and the European Convention on Human Rights, Human Rights Law Review, 2015, vol. 15, no. 2, pp. 313-341.

Adoptar la concepción positiva del principio de subsidiariedad reconfigura el verdadero rol de los órganos del SIDH. Si se reconoce que el Estado es el primer llamado a prevenir y remediar una violación a los derechos humanos[29] no solo porque es su deber, sino también porque es el que en mejor condición se encuentra para tal fin,[30] el papel de la CIDH y de la Corte IDH, en el marco de asuntos contenciosos, no se limita a resolver las controversias y ordenar las medidas adecuadas y efectivas para reivindicar a la víctimas, sino a efectuar una verdadera articulación que pretenda el fortalecimiento de las estructuras estatales para perseguir los fines del SIDH: la promoción, protección y garantía de los derechos humanos en la región.[31]

Así, si bien a hoy los órganos del SIDH han reconocido la importancia del principio de subsidiariedad en el funcionamiento del sistema de protección de los derechos humanos,[32] el reto está en dotar de contenido real tal presupuesto, en el marco de la revisión y análisis de asuntos contenciosos. Esto implica, por supuesto, seguir profundizando en la conceptualización de las figuras que implican la materialización de este principio, tales como la fórmula de la cuarta instancia, el agotamiento de los recursos internos, y el control de convencionalidad, entre otras.

Esta visión del principio de subsidiariedad también implica que no se descarte que un fallo que acoja excepciones preliminares puede ser también positivo, cuando el Tribunal Interamericano ha identificado que se han subsanado las violaciones o cuando

29 Corte IDH. *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260.

30 TEDH. *Caso de Musci vs. Italia*. Caso no. 64699/01. Sentencia de 29 de marzo de 2006.

31 Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 304.

32 Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166; *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227; *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012. Serie C No. 240.

se identifica que en el nivel interno se cuenta con los recursos adecuados y efectivos para remediar una violación. En nuestro criterio, antes que ver las sentencias de excepciones preliminares como "malas noticias" para los derechos humanos, deberían verse más bien como "buenas noticias" para el avance en la protección a los derechos humanos, pues implica que los propios Estados están fortaleciendo sus instituciones para cumplir su rol de principales garantes de estos derechos. Implica, a su vez, que el fortalecimiento de estas instituciones dará lugar a alcanzar a un mayor número de personas y no solo a aquellas que han acudido al SIDH.

Estos asuntos que proponemos en esta ponencia resultan centrales para redefinir ese rol subsidiario del SIDH, que lejos de buscar sustituir a la jurisdicción interna, como se señaló previamente, lo que pretende es el fortalecimiento de la institucionalidad de los Estados para promover la efectiva protección y garantía de los derechos humanos.

Algunos comentarios finales sobre los retos del SIDH frente a la transición del conflicto armado a la paz en Colombia

Colombia atraviesa un momento histórico: adelanta el proceso de construcción de paz, tras más de cinco décadas de padecer un conflicto armado. Este complejo tránsito que efectúa el Estado genera, por supuesto, importantes retos para el SIDH teniendo presente i) las dificultades inherentes al proceso de paz, ii) la fragilidad de la fase de implementación de los Acuerdos,[33] iii) la necesaria existencia de concertaciones entre las partes para alcanzar la solución pacífica y negociada del conflicto, y iv) la particularidad de cada escenario de construcción de paz, determinada por el contexto histórico, económico, político y social.[34]

[33] Porto, João Gomes y Alden, Chris, From soldiers to citizens: Demilitarization of conflict and society, Routledge, 2016.

[34] Acosta, Juana y Espitia, Cindy, La justicia transicional a la luz del derecho internacional: La perspectiva de la Corte Constitucional, en Anacronismos y Vaticinios, Universidad Externado de Colombia, 2017.

Procesos como el que vive Colombia requieren necesariamente definir el rol que cumplen los órganos del SIDH en el proceso de construcción de paz, entendiendo a esta última como la principal garantía de no repetición de aquellas violaciones a los derechos humanos, causadas en el marco del conflicto armado interno. Para esto, quisiéramos terminar con dos comentarios que, una vez más, lo que pretenden es activar un debate que permita fortalecer los diálogos entre la jurisdicción internacional y las nacionales.

Por un lado, debido a que cada contexto de construcción de paz presenta una serie de necesidades particulares, es importante que desde los órganos del SIDH se promueva el reconocimiento de un margen de discreción de los Estados en la definición de los mecanismos de justicia transicional, siempre que estos cumplan con los parámetros mínimos definidos en el derecho internacional.[35]

Esto requerirá de reconocer que, si bien existen unos presupuestos necesarios e irrenunciables para el ejercicio de los derechos de las víctimas: i) en un proceso de transición no operan los mismos estándares aplicables a escenarios ordinarios —como ya ha sido establecido por los órganos del SIDH—,[36] y ii) no es posible imponer normas rígidas o universales a contextos que se caracterizan por entrañar complejidades y necesidades particulares.

Por el otro lado, y en relación con lo anterior, la identificación de los órganos del SIDH, como actores del proceso de construcción de paz, también supone que estos valoren y respalden los esfuerzos de los Estados para crear mecanismos adecuados y efectivos, realistas y coherentes con el proceso de transición, con la finalidad de garantizar los derechos a las víctimas.

---

35 Aunque también resulta interesante el planteamiento acerca de si, en el derecho internacional, realmente existen o no estándares claros que tengan un efecto directo en el diseño de ciertos mecanismos, distintos a las amnistías.

36 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; *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221; Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.

A modo de ejemplo, en materia de reparación en contextos de justicia transicional, puede observarse que si bien la Honorable Corte ha reconocido la idoneidad de programas administrativos para garantizar un resarcimiento a las víctimas, desde una perspectiva integral, solidaria, con un enfoque colectivo y restaurador,[37] preocupa que cada vez más se limite su alcance, al momento de fijar las reparaciones,[38] o que incluso se llegue a cuestionar su efectividad comparándolo con mecanismos, como el judicial, que opera en escenarios ordinarios.

La idea no es que los órganos del SIDH deban avalar en su totalidad los mecanismos de justicia transicional creados por los Estados. La verdadera reflexión reside en que el eventual análisis que se efectúe sobre estos mecanismos no debe orientarse ni a aplicar estándares que operan en contextos de normalidad, ni a imponer modelos de justicia transicional que aplicaron en otros escenarios, pues como se ha señalado, cada proceso de construcción de paz es único.

Esperamos que las reflexiones planteadas sirvan para i) seguir abordando los debates más importantes que se derivan del litigio ante el SIDH, ii) fortalecer el diálogo entre los diferentes actores, y iii) construir Estados y órganos internacionales más fuertes y efectivos en la lucha por la promoción y garantía de los derechos humanos en el continente americano. La articulación y trabajo armónico entre estos dos actores resulta central para alcanzar dichos propósitos.

---

37 *Cfr.* Corte IDH. *Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270; *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287.

38 Corte IDH. *Caso Yarce y otras vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C No. 325.

El impacto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: una mirada desde la sociedad civil

*Katya Salazar**

La Fundación para el Debido Proceso (DPLF, por sus siglas en inglés) es una organización no gubernamental de alcance regional, fundada hace 20 años por el profesor y expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Thomas Buergenthal y sus colegas de la Comisión de la Verdad de El Salvador.[1] Conscientes del lamentable rol que había jugado el sistema de justicia salvadoreño durante el conflicto armado interno en ese país —lo que permitió que la violencia avanzara— crearon una organización dedicada a promover poderes judiciales independientes, capaces de responder a los desafíos de una región en transición. Con el tiempo, el mandato de la organización fue creciendo, pero este objetivo inicial, parte del ADN de DPLF, se mantiene más vigente que nunca.[2]

* Directora Ejecutiva de la Fundación para el Debido Proceso Legal.

1 La Comisión de la Verdad de El Salvador se creó en virtud de los Acuerdos de Paz firmados entre el gobierno salvadoreño y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional que dieron fin al conflicto armado en ese país. Su informe final titulado De la locura a la esperanza: la guerra de los 12 años en El Salvador fue publicado el 15 de marzo de 1992.

2 Actualmente DPLF cuenta con diversas iniciativas en el marco de cuatro programas: i) independencia judicial, ii) industrias extractivas y derechos humanos, iii) impunidad y graves violaciones de derechos humanos, y iv) Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Para más información ver *www.dplf.org*

En el marco de sus programas, DPLF lleva adelante diversas iniciativas donde, usando el Derecho Internacional y especialmente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos pone en cuestión aquellas tendencias que se van dibujando y avanzando en la región y que ponen en peligro la plena vigencia de los derechos humanos. En ese marco, por ejemplo, promovemos procesos de selección de jueces y magistrados de altas cortes y fiscales generales que respondan a lo establecido por aquellos estándares internacionales en materia de transparencia y participación ciudadana.[3]

Asimismo, promovemos el respeto de los Estados por aquellos estándares y principios relacionados con los derechos de los pueblos indígenas a sus territorios y recursos naturales, así como el derecho a la consulta previa, libre e informada[4] y persistimos en la lucha por obtener justicia en casos de graves violaciones de derechos humanos y crímenes internacionales.[5] Todas nuestras iniciativas se sostienen en un trabajo de análisis y producción de conocimiento, amplia difusión de nuestras conclusiones y recomendaciones, así como actividades de educación y cabildeo entre actores clave, siempre en colaboración con organizaciones aliadas en la región.

Nuestras iniciativas son fruto de una reflexión profunda que nos permite identificar aquellas tendencias regionales más recientes y peligrosas para el Estado de derecho, y sobre las que el Derecho Internacional ha producido estándares que deben ser tomados

[3] Véase, por ejemplo: DPLF, La Elección de Fiscal General en El Salvador: recomendaciones para elevar el perfil de una designación clave, noviembre de 2018 y Lineamientos para la Selección de Altas Autoridades del Sistema de Procuración de Justicia: Fiscal o Procurador(a) General, enero de 2017.

[4] Véase, por ejemplo, DPLF, Implementación de la consulta y consentimiento previo, libre e informado: experiencias comparadas en América Latina y discusiones sobre una ley de consulta en México, octubre de 2018 y Derecho a la Consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina, julio de 2017.

[5] Véase, por ejemplo, DPLF, Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre derechos de las víctimas, julio de 2015; Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional, Vol. II, julio de 2015; y Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional, Vol. I, marzo de 2010.

en cuenta. Por eso, para realizar nuestro trabajo, el Derecho Internacional, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en particular el Derecho Interamericano son fundamentales. Usamos los estándares producidos por la CIDH y por la Corte IDH en nuestras publicaciones y análisis, los difundimos, los promovemos y alentamos el desarrollo de nuevos estándares que respondan a las nuevas demandas y realidades de la región.[6]

Cuarenta años después de la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es evidente que la doctrina, principios y estándares producidos por los órganos del SIDH han permeado la actuación de los actores estatales. Dicha producción normativa ha sido un elemento fundamental en cambios sociales en la región y en el cambio de narrativas por parte de entidades del Estado y sociedad civil. Por eso, el SIDH —Comisión y Corte IDH— sigue siendo un actor fundamental en nuestra región y su impacto puede verse en los casos individuales resueltos, pero sobre todo en la forma en que sus estándares han permeado la actuación estatal. Si hoy podemos hablar de una "cultura de derechos humanos" en el continente americano, no perfecta pero plenamente vigente, es por el trabajo de la Comisión y la Corte IDH durante las últimas décadas.

En este marco, y desde la posición de una organización de la sociedad civil usuaria del sistema y con un mandato regional, voy a abordar dos puntos: i) de cara al pasado, quiero compartir un ejemplo de aquellos casos donde se dieron los elementos que mencioné antes (permearon la actuación estatal, promovieron un cambio social y un cambio de narrativa), convirtiéndose así en una causa que sigue teniendo plena vigencia en la región; ii) de cara al futuro, quiero proponer un tema de extrema relevancia para el continente, donde el SIDH podría jugar un rol relevante. Finalmente, cerraré mi presentación con algunas reflexiones finales.

[6] Véase, por ejemplo, DPLF, Manual para defender los derechos de los pueblos indígenas y tribales, septiembre de 2018 y Digesto de Jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria, 2013.

Los derechos de los pueblos indígenas: del litigio de casos a la defensa de una causa

Sin ninguna duda, las sentencias de la Corte IDH, así como las decisiones y recomendaciones de la CIDH, han sido piezas fundamentales para la protección de los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la región. Ambos órganos han interpretado el derecho a la propiedad recogido en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo XXIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de una manera amplia, entendiendo que éste no se refiere únicamente al derecho a la propiedad privada, sino también a la propiedad colectiva de la tierra, el territorio y los recursos naturales de los pueblos indígenas y tribales. Este derecho ha ofrecido la vía más importante para el reconocimiento y protección del territorio ancestral de los pueblos indígenas y, con ello, la protección de una serie de elementos vinculados a su cosmovisión, vida espiritual y forma de subsistencia tradicional.[7]

Fue hace 20 años que la CIDH envió el primer caso a la Corte IDH referido al derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas.[8] Desde entonces, la Corte IDH ha resuelto una veintena de casos más, que han sido fundamentales para avanzar en la interpretación y contenido del derecho a la propiedad colectiva de la tierra y el territorio. En la sentencia del caso *Saramaka vs. Surinam* del año 2007, la Corte IDH desarrolló por primera vez la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en casos de proyectos de desarrollo a gran escala.

Esta obligación fue ampliada posteriormente por la CIDH en su último informe temático sobre Industrias Extractivas y Pueblos Indígenas y Afrodescendientes, de abril de 2016. Dicho in-

7 Blanco, Cristina, "Más allá del derecho a la consulta previa: Derechos de los Pueblos Indígenas en el Sistema Interamericano frente a proyectos de inversión, desarrollo y extracción", en Quintana, Karla y Flores, Rogelio (coords.), Los derechos de los pueblos indígenas. Una visión desde el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.

8 Corte IDH. *Caso Comunidad Mayagma (Sumo) Awas Tigny vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2001.

forme da pautas más precisas sobre el alcance de la expresión "a gran escala" y plantea algunos supuestos adicionales donde es necesario obtener el consentimiento del pueblo indígena o tribal potencialmente afectado por la concesión de megaproyectos en su territorio.[9] Además de analizar los principales desafíos relacionados con el derecho a la consulta y al consentimiento de los pueblos indígenas, este informe dio un paso muy importante en aspectos vinculados al campo de las empresas y los derechos humanos.

Uno de los apartados más novedosos establece la obligación de ajustar la normativa interna y las políticas públicas de los Estados, tanto de origen de las empresas como receptores del proyecto extractivo, con el fin de prevenir, mitigar y reparar las violaciones de derechos humanos producidas en el marco del proyecto extractivo.[10]

Además, el informe desarrolla estándares más específicos en relación con los deberes de los Estados de origen de las empresas extractivas —en la línea de los desarrollos más recientes sobre responsabilidad extraterritorial—, los que han sido fortalecidos y complementados en las sentencias de la Corte IDH en los Casos *Kaliña y Lokono vs. Surinam*[11] y *Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*,[12] donde se hace referencia expresa a los Principios Rectores de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos para abordar la responsabilidad de los Estados en el marco de la actuación de empresas privadas. Aunque las referencias fueron hechas en pronunciamientos *obiter dicta*, se trata de avances importantes en el SIDH. En su reciente Opinión Consultiva No. 23, respecto de las obligaciones estatales en materia de derecho

9 CIDH, Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo, disponible en *http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/IndustriasExtractivas2016.pdf*

10 *Idem,* capítulo II.

11 Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015.

12 Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015.

ambiental, la Corte IDH dio un paso aún más importante al establecer una serie de parámetros de actuación estatal frente a actos de particulares.[13]

En dicho pronunciamiento la Corte IDH amplió los parámetros que habían sido previamente desarrollados por la CIDH en el informe sobre industrias extractivas previamente mencionado, planteando principios y reglas más claras sobre atribución de responsabilidades y obligación de los países de origen de empresas que cometen daños ambientales. Además, se establecen parámetros de actuación estatal en el cumplimiento del deber de prevención y garantía frente a daños transfronterizos y, por primera vez, se establecen parámetros en el SIDH sobre el principio precautorio y de prevención en relación con daños ambientales. La Corte IDH analizó tanto los deberes de los países de origen como huéspedes en este tema.[14]

La lectura combinada de las sentencias y la Opinión Consultiva No. 23 de la Corte con los informes de la CIDH —alimentados por las discusiones que se dan en las audiencias públicas y visitas *in loco*— ofrecen un marco de actuación para Estados y empresas muy completo en esta materia. Es clara la evolución que ha habido desde las demandas políticas por un reconocimiento de los derechos a la tierra y el territorio de los pueblos indígenas a demandas basadas en derechos, donde el riesgo para los Estados en caso de incumplimiento es la responsabilidad internacional. Este proceso fue largo y hubo una retroalimentación muy importante con las comunidades y sus representantes, pero también con las cortes nacionales, especialmente las cortes y salas constitucionales, que poco a poco empezaron a absorber la doctrina interamericana en esta materia, motivadas, además, por decisiones previas de otras cortes constitucionales de la región.[15]

---

13 Corte IDH. Medio Ambiente y Derechos Humanos OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017.

14 Un resumen infográfico en español de la opinión consultiva se encuentra en *http://www.dplf.org/sites/default/files/oc23_espanol.pdf*

15 En este punto la experiencia peruana es muy gráfica. En el caso conocido como "El Baguazo", el Poder Ejecutivo aprobó leyes que afectaban la propiedad comunal indígena sin tomar en cuenta las obligaciones estatales en

Otro efecto importante fue el cambio de narrativa que desencadenó este desarrollo jurisprudencial y que empoderó a comunidades indígenas y sus representantes permitiendo mover la balanza en el diálogo entre ellas, los Estados y las empresas. Ya no se trataba de pedir, sino de exigir el cumplimiento de obligaciones legales, cuyo incumplimiento podría ocasionar responsabilidad internacional del Estado en cuestión.

Aunque el cumplimiento total de los deberes estatales en esta materia esté lejos de alcanzarse, el conocimiento de los derechos y obligaciones estatales se ha extendido por toda la región, y los debates internos sobre las estrategias a seguir son ahora debates informados. Sin duda, el SIDH ha sido un actor clave en este proceso regional aún vigente y en evolución.

Combate a la gran corrupción: ¿hay un rol para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos?

En el ámbito internacional, el combate a la corrupción y la defensa de los derechos humanos han seguido caminos separados, se han dirigido a audiencias distintas y han usado lenguajes y marcos legales diferentes. Aunque los esfuerzos por desarrollar una arquitectura legal internacional contra la corrupción tienen cerca de dos décadas y se ha expresado principalmente en la Convención Interamericana contra la Corrupción (1996), adoptada por la Organización de Estados Americanos, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (2003), y la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Trasnacional —Convención de Palermo— adoptada en el año 2000, su conexión con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es más bien un ejercicio reciente y en evolución.

Estas convenciones internacionales anticorrupción no establecen una relación directa con la protección de los derechos humanos. Sin embargo, en contextos en que la gran corrupción ha

esta materia. Posteriormente, se trajo a la discusión la doctrina interamericana, las obligaciones internacionales de Perú en esta materia y decisiones tomadas por otras cortes, como la Corte Constitucional colombiana. Esto cambió los ejes del debate.

cooptado parcial o totalmente un Estado, es posible advertir la íntima relación que existe entre ambos conceptos. Los contextos de gran corrupción son el escenario propicio para la comisión de violaciones de derechos humanos, como lo muestra, por ejemplo, el asesinato de la activista ambiental Berta Cáceres en Honduras, cuyas actividades de defensa del ambiente pusieron en evidencia una red de corrupción que operaba en ese país,[16] o el asesinato de 120 periodistas en México entre el 2000 y 2018, muchos de ellos denunciantes de los vínculos entre el crimen organizado y agentes e instituciones estatales,[17] o los innumerables casos de personas detenidas arbitrariamente y torturadas en Venezuela durante la última década.

Pero también pensemos en casos menos difundidos como el de la tala ilegal en diversas regiones de Perú, donde los asesinatos de defensores del territorio y la inacción del Estado peruano con relación a la trata de personas muestran mecanismos de actuación estatal que funcionan a la perfección para mantener este negocio ilegal activo y estos hechos en la impunidad.[18]

En 2015, el Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas planteó que "la combinación de estrategias de lucha contra la corrupción y de promoción de los derechos humanos puede reforzar ambos objetivos. Por una parte, los derechos humanos pueden integrarse en una estrategia de lucha contra la corrupción por conducto de la utilización de mecanismos de derechos humanos. Por otra, la lucha contra la corrupción es, en sí misma, una forma de prevenir las violaciones de los derechos humanos".[19]

Por su parte, los órganos de tratados y los procedimientos especiales han observado que, cuando la corrupción es extendida, los Estados no pueden cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos. El Relator Especial de Naciones Unidas

16 Véase *https://gaipe.net/nota-de-prensa/*

17 Véase *https://articulo19.org/periodistasasesinados/*

18 Véase *http://red.pucp.edu.pe/ridei/noticias/tala-ilegal-detras-de-muerte-de-indigenas*

19 Véase *https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session28/Documents/AHRC2873SPA.doc*

sobre Independencia Judicial, en su informe presentado el año pasado al Consejo de Derechos Humanos sobre "Corrupción e Independencia Judicial", señaló que la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción "debe ser considerada, también, un instrumento internacional fundamental para la protección de los derechos humanos, y que debería merecer, en consecuencia, atención permanente por los órganos competentes sobre la materia", debido a que la corrupción tiene un efecto devastador sobre los sistemas de justicia en su conjunto.[20]

La Cumbre de las Américas celebrada en Lima en abril de 2018 tuvo como tema central la Gobernabilidad Democrática frente a la Corrupción y aunque la profundidad del diálogo durante la Cumbre se vio afectada por la situación política por la que pasaba el país anfitrión, la resolución final recoge recomendaciones muy valiosas en distintos campos, incluyendo derechos humanos, como expresamente se señala en la resolución.[21]

A nivel interamericano, la CIDH ha hecho evidente esta relación, con la aprobación de la Resolución 1/17 sobre Derechos Humanos y Lucha contra la Impunidad y la Corrupción, donde a propósito de la situación de Guatemala, exhortó al Estado a adoptar las medidas que faciliten el trabajo del Comisionado de la CICIG, en su calidad de defensor de derechos humanos, además de recordarle su obligación de implementar los mecanismos necesarios para prevenir, investigar y sancionar cualquier forma de corrupción que afecte el buen funcionamiento del sistema de administración de justicia y el Estado de Derecho.

La CIDH señaló en esta Resolución que "las consecuencias de la corrupción afectan no solo la legitimidad de sus gobernantes y los derechos de las personas gobernadas, sino en forma profunda al erario nacional, de por sí insuficiente para satisfacer los requerimientos de la ciudadanía en materia de alimentación, salud, trabajo, educación, vida digna y justicia" y agregó que "el estable-

20 Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, A/HRC/35/31, 9 de junio de 2017.

21 Compromiso de Lima: Gobernabilidad democrática frente a la corrupción, Resolución final de la Cumbre de las Américas realizada en Lima, en abril de 2018, *http://www.summit-americas.org/viii/compromiso_lima_es.pdf*

cimiento de mecanismos efectivos para erradicar la corrupción es una obligación urgente para lograr un acceso efectivo a una justicia independiente e imparcial y para garantizar los derechos humanos".[22]

Un año después, la CIDH amplió sus criterios con la Resolución 1/18 sobre Derechos Humanos y Corrupción, considerando que la corrupción es un fenómeno complejo, que establece estructuras que capturan las entidades estatales a través de distintos esquemas criminales, afectando a los derechos humanos en su integralidad —civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales—, así como el derecho al desarrollo; que debilita la gobernabilidad y las instituciones democráticas, fomenta la impunidad, socava el Estado de derecho y exacerba la desigualdad.

En esta resolución, la CIDH destacó algunos ejes fundamentales y formuló recomendaciones para abordar el fenómeno desde un enfoque de derechos humanos en los siguientes temas: la protección de los operadores de justicia, mejoras en los mecanismos de selección de magistrados para hacerlos aún más transparentes y meritocráticos, el aumento de los canales de comunicación entre los distintos operadores de justicia, mecanismos para garantizar el ejercicio de la libertad de expresión por parte de los operadores de justicia, el fortalecimiento de las instituciones y mecanismos de control de estos últimos y avances en el acceso a la información pública y la transparencia estatal.[23]

Aunque estas dos resoluciones son el desarrollo más reciente y relevante sobre el tema en el marco de la CIDH, una de las primeras menciones a este fenómeno se dio en el tercer Informe sobre la situación de derechos humanos en Paraguay de 2001.[24]

---

22 Véase *https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-17-es.pdf*

23 Véase *http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-18-es.pdf*

24 CIDH, Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay (2001), *http://www.cidh.org/countryrep/paraguay01sp/cap.2.htm*, párr. 47 "(...) otro punto de coincidencia entre la corrupción y los derechos humanos, también en el marco de la impunidad, es que la corrupción del juez en un juicio específico socava la independencia de éste al decidir, y constituye eventualmente una violación del Estado, por consiguiente, a derechos y garantías consagrados en la Convención Americana, entre ellos la garantía de toda persona a ser juzgada por un juez independiente e im-

Posteriormente, en su Informe sobre Pobreza y Derechos Humanos, la CIDH planteó la necesidad de mejorar los procesos de rendición de cuentas de las políticas públicas destinadas a erradicar la pobreza "para combatir con vigor la impunidad y la corrupción".[25] Y en su más reciente informe de país sobre Venezuela, se destacó la corrupción como agravante en situaciones de exclusión y discriminación, así como causa directa de violaciones de derechos humanos, especialmente de los DESCA, pero también del derecho de acceso a la justicia y libertad de expresión, de forma indirecta y cuando se limitan las posibilidades de denunciar actos de corrupción.[26]

Este precedente es fundamental porque puso de manifiesto las obligaciones del Estado para erradicar, investigar y prevenir el fenómeno. En el mismo sentido, la CIDH, en su Informe sobre políticas integrales de protección de defensores de 2018, recomendó "luchar por la erradicación de la corrupción. A tal fin, reforzar los mecanismos de administración de justicia y garantizar la independencia e imparcialidad de los operadores de justicia, ya que éstas son condiciones *sine qua non* para el acceso a la justicia de personas defensoras de derechos humanos, y para que los tribunales puedan cumplir con su deber de investigar, procesar y sancionar".[27]

Asimismo, en sus más recientes informes de país sobre la situación de los derechos humanos en Honduras, Guatemala y México, la CIDH identificó a la corrupción como uno de los factores que inciden en la impunidad en casos de violaciones de derechos humanos en esos países. En ese sentido, por ejemplo, el segun-

---

parcial, consagrada en el artículo 8(1) de la Convención Americana, entre otros".

25 CIDH, Informe sobre Pobreza y Derechos Humanos en las Américas, septiembre de 2017, *www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PobrezaDDHH2017.docx*

26 CIDH, Institucionalidad Democrática, Estado de Derecho y Derechos Humanos en Venezuela, *http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/venezuela2018-es.pdf*, diciembre de 2017, párr. 146.

27 CIDH, Hacia una política integral de protección a personas defensoras de derechos humanos, 2018, *http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Proteccion-Personas-Defensoras.pdf*, Recomendación No. 21.

do Informe del GIEI sobre Ayotzinapa llama la atención sobre la existencia en este caso de un patrón de actuación de distintas policías y la participación de grupos del crimen organizado en la comisión de las graves violaciones de derechos humanos que ha investigado.[28]

Por su parte, la Corte Interamericana, en el caso *Escobar vs. Guatemala* del año 2018 "destaca las consecuencias negativas de la corrupción y los obstáculos que representa para el goce y disfrute efectivo de los derechos humanos, así como el hecho de que la corrupción de autoridades estatales o prestadores privados de servicios públicos afecta de una manera particular a grupos vulnerables".[29] La Corte señaló que, debido al impacto de la corrupción (en este caso, una red de adopciones ilegales), hay un resquebrajamiento en "la confianza de la población en el gobierno y, con el tiempo, en el orden democrático y el Estado de derecho".[30]

Esta no es la primera vez que la Corte IDH mencionó en una decisión la existencia de actos de corrupción, lo ha hecho desde por lo menos el 2011, en el caso *López Mendoza vs. Venezuela*. Lo que no ha habido es una reacción homogénea de la Corte IDH frente a estas menciones en casos concretos. Algunas veces se hace mención al tema de manera informativa, no siempre se le ha vinculado directamente con las violaciones de derechos humanos cometidas y, en casi ningún caso, se ha tomado en cuenta este elemento al momento de establecer las medidas de reparación, especialmente aquellas que podrían tener un impacto en el combate a la corrupción.[31]

---

28 Véase *http://www.oas.org/es/cidh/actividades/giei/GIEI-InformeAyotzinapa2.pdf*

29 Corte IDH. *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 9 de marzo de 2018, párr. 241.

30 *Ibidem*, párr. 242.

31 Para un desarrollo exhaustivo del abordaje de la corrupción en la jurisprudencia de la Corte IDH, ver Nash, Claudio, Corrupción y Derechos Humanos, una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos, 2014.

A diferencia del derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas, en este campo el SIDH tiene aún la tarea pendiente de avanzar en el desarrollo de nuevos estándares que puedan ser un aporte en el combate a la corrupción en la región. Tomando como punto de partida la Resolución 1/2018, la CIDH podría, por ejemplo, promover el monitoreo de procesos de selección de altas autoridades judiciales, con la finalidad de determinar si éstos cumplen con los estándares internacionales en la materia.[32] Controlar los sistemas de justicia (y con ello garantizarse impunidad), a través del control de los procesos de elección de sus altas autoridades, sigue siendo uno de los mecanismos más utilizados por el poder político y otros poderes fácticos para controlar los sistemas judiciales de nuestros países. En esa misma línea, se podría evaluar si los criterios actuales de otorgamiento de medidas cautelares responden a los desafíos actuales a los que están sometidos aquellos operadores de justicia a cargo de casos de gran corrupción, quienes están en la primera línea de batalla contra este fenómeno.

Si queremos jueces y fiscales que realicen su trabajo a pesar de las presiones a las que puedan estar sometidos por parte de redes de corrupción —incluso dentro de las propias instituciones de justicia—, es necesario pensar creativamente en mecanismos de protección.

En el marco del sistema de casos, la CIDH podría utilizar el mecanismo del *per saltum* en casos donde exista una relación flagrante entre actos de corrupción y violaciones de derechos humanos o cuando estas últimas se hayan cometido en un contexto de gran corrupción. Una vez que el caso sea sometido a la Corte IDH, ésta podría hacer un desarrollo más amplio de este vínculo y al momento de determinar las medidas de reparación, incluir algunas dirigidas a atacar este fenómeno.

Este es un tema de gran actualidad y vigencia, donde es necesaria una mirada desde los derechos humanos que complemente

[32] Un antecedente interesante fue el de la Veeduría de Naciones Unidas para el proceso de selección y nombramiento de la Corte Suprema de Justicia de Ecuador, realizado en el año 2005. Véase *http://mobile.ecuadorinmediato.com/Noticias/news_user_view/csj_nuevo_veedor_internacional_se_suma_a_eleccion_de_magistrados--21392*

la perspectiva principalmente penal que ha tenido este fenómeno. La CIDH con la publicación de su informe sobre Corrupción y Derechos Humanos sin duda fortalecerá el trabajo de monitoreo y promoción del SIDH, pero que puede servir también como un aliciente para que el sistema de casos refleje la preocupación del Sistema sobre este tema.

Reflexiones finales

El SIDH ha sido un actor fundamental para avanzar en la protección de los derechos de los pueblos indígenas en América Latina. Interpretó de manera amplia el derecho a la propiedad contenido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, considerando a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas y tribales una expresión de este derecho.

Estas reglas permearon a nivel nacional, entre aquellos afectados y sus representantes, pero también entre actores estatales de los diferentes poderes del Estado, lo que promovió un cambio en la narrativa, pero también un cambio en la correlación de fuerzas entre estos distintos actores. Las comunidades ya no solo se sostienen en sus demandas ancestrales, sino que conocen y buscan ejercer sus derechos, amparados en pronunciamientos de los órganos del SIDH, cuyo irrespeto puede desencadenar la responsabilidad internacional de sus respectivos Estados.

El SIDH debe promover procesos similares en otros temas igual de vigentes y urgentes, como es el caso de la corrupción, y especialmente la gran corrupción. Cada vez está más claro el vínculo entre corrupción y violaciones de derechos humanos en general y en casos concretos. Y aunque no es tarea del SIDH acabar con la corrupción, involucrarse en esta batalla y aportarle una perspectiva de derechos humanos puede tener importantes efectos prácticos. En primer lugar, ayudaría a visibilizar el fenómeno y su impacto concreto en las personas. En segundo lugar, le daría al movimiento anticorrupción herramientas adicionales para abordar el fenómeno, no necesariamente desde la óptica de la persecución penal, sino más bien desde la reforma y fortalecimiento de las instituciones y la protección de las víctimas. Y en

tercer lugar, le permitiría al SIDH adecuar sus objetivos y mecanismos de actuación a los desafíos actuales de una región con algunos países cooptados total o parcialmente por la corrupción.

En este marco, es fundamental que las organizaciones de la sociedad civil no solo demandemos nuevos estándares a los órganos del Sistema, sino que seamos proactivos compartiendo con ellos información y análisis, solicitando audiencias públicas, presentando *amicus curiae* en casos idóneos para promover estos avances, y litigando, entre otras medidas. El informe sobre corrupción y derechos humanos de la CIDH puede ser una excelente oportunidad para avanzar en nuevos estándares y es importante alimentar ese informe.

Asimismo, debemos tratar de identificar potenciales casos o algunos actualmente en trámite en los cuales, además de violaciones de derechos humanos, también estén presentes actos de corrupción, y se pueda establecer el vínculo entre ambos. Si queremos un desarrollo real en este campo y que el SIDH haga un aporte concreto, debemos promover que las actividades de monitoreo y promoción que ya están dirigidas a este objetivo se vean reflejadas en el sistema de casos.

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos

*José Thompson**

Esta Aula Magna de la Universidad de Costa Rica es el escenario adecuado para un acontecimiento tan importante como este aniversario, esta conmemoración, que hoy hacemos. Quiero, por supuesto, extender mi agradecimiento a la Corte Interamericana, a su Presidente, jueza, jueces, exmiembros, a sus funcionarios y, muy especialmente, a algunas personas que no son siempre destacadas, sus abogados y asistentes que son talentosos, dinámicos y determinantes en elaborar esa jurisprudencia rica y variada que ofrece el Tribunal.

Quiero, además, extender mis felicitaciones por esta actividad y transmitir un saludo muy especial de parte de nuestro Presidente, Claudio Grossman, a quien compromisos en Europa le han impedido acompañarnos como hubiera sido su deseo. Asimismo, quiero también reconocer la presencia de algunos miembros de la Asamblea General del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Estas sesiones han sido muy valiosas y, muy especialmente, quiero destacar el panel de las personas que sufrieron violaciones de derechos humanos y llevaron sus casos a la Corte Interamericana. El hecho de oír la voz y el testimonio de las víctimas, creo que nos obliga a todos a volver a centrar dónde debe estar

* Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

el énfasis y la dirección del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Es en función de las víctimas que el Sistema Interamericano cobra sentido y es en función de ellas que comprendemos su trascendencia, lo que significan estos 40 años de historia y los muchos años por venir.

Antes de expresar en algunas palabras qué hace el Instituto Interamericano, quisiera que nos trasladáramos a hace 40 años para comprender lo que estamos conmemorando y la necesidad que hubo de crear el Instituto porque, como Manuel Ventura bien lo dijo, el IIDH fue uno de los primeros actos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El Instituto se creó hace 38 años, aun antes que la Corte Interamericana emitiera su primera opinión consultiva o resolviera su primer caso.

¿Por qué era importante crear un Instituto y qué carencias había?, ¿en qué mundo estábamos hace 40 años en esta parte del universo? En primer lugar, se necesitaba que la gente supiera que había una Convención Americana sobre Derechos Humanos y que se había creado una Corte Interamericana. Hace 40 años, la gente no sabía esto y apenas se conocía la Declaración Americana. En realidad, no había un instrumento obligatorio ni un tribunal regional en materia de derechos humanos. La misma Comisión Interamericana de Derechos Humanos había ido ganando competencias a pesar de los Estados y a partir del valor de sus integrantes y de la forma que ellos supieron interpretar su mandato.

En segundo lugar, era muy importante que las personas conocieran sus derechos y que comprendieran que ellas eran de interés para el derecho internacional, que ya no estaban librados al antojo y al capricho de sus Estados, que los temas de derechos humanos se habían convertido en temas internacionales, algo que, como ustedes verán, hay que seguirles recordando a algunos Estados en esta parte del mundo.

En tercer lugar, había que lograr que la Corte Interamericana se instalara, porque hace 40 años existía en el papel. Esa Corte tenía que instalarse y ese no fue un proceso necesariamente fácil, porque no había suficiente comprensión de parte de los Estados de qué significaba este Tribunal. Todavía se necesitó una década

más para que la Corte emitiera su primer fallo en un caso contencioso.

Piensen ustedes, entonces, que estamos hablando de un inicio lento para la Convención Americana, difícil para la Corte Interamericana. Incluso la Corte tuvo una cierta incomprensión de parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en sus primeros años y los casos no fluían de la Comisión a la Corte. Teníamos un continente plagado de violaciones de derechos humanos y una Corte que conocía una opinión consultiva cada dos años, ese era el promedio. Entonces era una ironía y una pérdida de recursos valiosísimos, porque lo que siempre sí se cuidó es que la composición de la Corte incluyera algunos de los mejores juristas del continente. Por lo tanto, vean donde estamos hoy en día.

Por otra parte, también se necesitaba que hubiera una representación legal adecuada, capaz y especializada para las víctimas y que la sociedad civil se volviera más densa, más capaz y atendiera los diferentes ángulos de las violaciones de derechos humanos. Eso a pesar de que América Latina, hace 40 años, ya tenía una sociedad civil organizada, pero respondió sobre todo a las violaciones sistemáticas, generalizadas y no a las violaciones por sectores específicos o por vulnerabilidades específicas.

Por entonces, no había ni siquiera un curso de grado o de posgrado en ninguna universidad de América Latina sobre derechos humanos. Simplemente imaginen donde estamos hoy en día comparado con lo que es, apenas, 40 años atrás. Sin formación formal en derechos humanos, ninguna tesis publicada sobre la materia, ni libros con qué enseñar. De hecho, uno de los primeros libros fue el de Thomas Buergenthal, Robert Norris, Dinah Shelton que se tradujo al español, pero que era un libro muy denso para iniciar a la gente en derechos humanos, era un libro más para el nivel universitario.

Entonces teníamos que empezar a producir material para enseñar derechos humanos porque no había con qué hacerlo. Apenas se estaban construyendo precedentes jurisprudenciales, prácticamente no había ninguna referencia de ningún juez nacional a ningún instrumento internacional de derechos humanos.

Algo pasó en Costa Rica con el caso *Smith*, en el que una valiente jueza penal costarricense se atrevió a aplicar el artículo 13 de la Convención Americana, como una causa de justificación para sobreseer a alguien acusado de ejercicio ilegal de la profesión. Pero, por supuesto, su sentencia fue revocada por la sala de casación que dijo que los jueces —siempre hay espíritus pioneros y visionarios— no deben aplicar el derecho internacional de manera directa. Esta jueza se adelantó muchos años al concepto de control de convencionalidad y pagó su atrevimiento y su osadía con una regañada.

Por eso, para remediar esas carencias nació el Instituto Interamericano. El IIDH fue creado por la Corte Interamericana, mediante un convenio entre la Corte y el Estado de Costa Rica en 1980, como una entidad autónoma. El IIDH es auxiliar del Sistema Interamericano, no es parte, formalmente, del Sistema Interamericano, y su especialidad es la enseñanza, la investigación académica y la promoción de los derechos humanos en las Américas.

La razón de ser del IIDH es el Sistema Interamericano, aunque sus actividades no están estrictamente limitadas al Sistema regional. Evidentemente, cada sentencia de la Corte Interamericana, cada informe temático de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es una fuente de inspiración y de trabajo para el Instituto. Es una especie de universidad interamericana especializada en los temas de derechos humanos. Por eso mismo hay ciertas limitaciones. Por ejemplo, el IIDH no puede conocer sobre alegadas violaciones de derechos humanos; fue creado como una entidad académica para que colabore con las entidades del Sistema, las diera a conocer y compartiera con el mundo cómo estaban viendo los temas de derechos humanos.

¿Y cómo entendimos nuestro trabajo? Nos concebimos siempre como una entidad educativa y fuimos dotándonos de una serie de líneas de acción en las cuales interpretamos que podíamos contribuir a llenar esa falta de recursos, esa falta de doctrina, esa falta de conocimiento sobre el Sistema y sus implicaciones. Algunas de ellas son muy conocidas: nuestro Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos, nuestros cursos especializados para funcionarios o para la sociedad civil, nuestro Centro de Asesoría y

Promoción Electoral. A nuestros cursos han asistido más de 10 mil personas, el Curso Interdisciplinario se lleva a cabo desde hace más de 35 años y todavía es una actividad que sirve de referencia para la renovación de la agenda en los temas de derechos humanos en el continente.

Creamos también un Centro de Asesoría y Promoción Electoral. Es muy interesante esa experiencia porque CAPEL nació en una época en donde la democracia era solo una excepción en América Latina. Sin embargo, se tuvo la visión de crear un centro de apoyo a las elecciones y a los procesos electorales y CAPEL, aún muchos años después, no solamente es un nombre importante, sino que ofrece cifras muy significativas: 315 misiones de observación electoral. Es la Secretaría de las Asociaciones de Organismos Electorales en esta parte del mundo y también pionero en la creación de la primera asociación de organismos electorales del mundo, que sucedió en Tikal, Guatemala, en 1985.

En generación de doctrina, el IIDH ha hecho muchas contribuciones. El Instituto ofrece 330 publicaciones elaboradas a lo largo de estos años y desde un tiempo también ofrece una cantidad de cursos en línea, tutoriales o autoformativos que permiten también adaptarlos a las necesidades universitarias o de otra formación.

El Instituto, además de recibir a la gente en su sede, que está ubicada a dos cuadras de la Corte Interamericana, se ha extendido a los Estados y cuenta con oficinas en Montevideo, Bogotá y en la Ciudad de México en función de sus proyectos. Por supuesto, también hemos ido frecuentemente a los países y contamos con más de veinticuatro mil exalumnos de cursos en distintos países. Esto de alguna manera ha querido atender esas necesidades que había hace 40 años.

Afortunadamente, contamos con un acervo de doctrina, de experiencia, de materiales didácticos, una red de colaboradores y una cantidad muy significativa de exalumnos, que nosotros llamamos agentes multiplicadores y que nos permiten interactuar con los gobiernos y con la sociedad civil, porque no creemos en trabajar solamente con un sector, sino hacer de los derechos humanos un lenguaje común.

Los Estados deben ser defensores de derechos humanos y no necesariamente contrincantes, adversarios. A veces les digo a los representantes de los Estados: el 95% de los casos que llegan a la Corte Interamericana se resuelven contra el Estado ¿por qué ustedes siguen defendiendo lo indefendible? ¿Por qué se plantean excepciones preliminares que no tienen sentido? ¿Por qué no acogerse a soluciones amistosas en el proceso ante la Comisión? ¿Por qué no allanarse a los hechos ante la Corte Interamericana? Lo cierto del caso es que encontramos mucha buena voluntad, pero a veces falta de comprensión de los Estados respecto de qué significa el Sistema Interamericano.

Los hechos que estamos viendo alrededor del mundo demuestran que no solamente en las Américas hay falta de comprensión acerca de qué significa un *corpus iuris* internacional, qué significan los tribunales internacionales y, mucho más, en derechos humanos. Precisamente porque estamos enfrentando esas dificultades, por los valores que vemos en redes sociales, en comentarios digitales y en las frases de algunos de los líderes mundiales, se hace necesario redoblar esfuerzos. Hay razones para seguir insistiendo en que tenemos que educar, que tenemos que cambiar mentalidades, que tenemos que hacer comprender cuál es el sentido de los derechos humanos y, sobre todo, tenemos que seguir promoviendo el respeto a los demás y la valoración de la diversidad como la clave para el futuro, si es que queremos que nuestras sociedades sigan expandiéndose, sigan comprendiéndose y no vayan cada vez más hacia la separación y hacia el temor respecto de las otras personas.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

*Esmeralda E. Arosemena de Troitiño**

Es un gran honor en mi condición de Primera Vicepresidenta de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos poder participar en este importante evento sobre los 40 años de la entrada en vigor de la Convención Americana y de creación de la Corte Interamericana. Desarrollaré mi exposición en cuatro desafíos claves para el sistema de peticiones y casos en particular:

1. Incorporación efectiva de los estándares interamericanos a nivel interno.
2. Cumplimiento de las decisiones de ambos órganos del SIDH.
3. Atraso procesal y dar pertinencia al Sistema.
4. Importancia de la universalización de la ratificación.

Me corresponde comentar sobre los desafíos que enfrenta el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) desde la perspectiva de la Comisión Interamericana y, en atención al tema que nos convoca, evaluar lo relativo al litigio ante la Corte Interamericana, con énfasis en el sistema de peticiones y casos, como la función principal que ambos órganos del Sistema Interamericano comparten.

---

* Vicepresidenta de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2018.

A lo largo de estos 40 años de vigencia de la Convención Americana, el sistema de peticiones y casos de la CIDH ha desarrollado un proceso de evolución tanto en lo procesal como en lo sustantivo. Partimos de dos importantes logros de los casos atendidos y resueltos por la Comisión y la Corte que han permitido el desarrollo de una vasta jurisprudencia respecto de casi todos los derechos contemplados en la Convención, salvo contadas excepciones. Además, hemos alcanzado valiosos pronunciamientos sobre diversos grupos en situaciones de exclusión histórica o de especial riesgo de afectación a sus derechos, atendiendo el acceso a la justicia y la prohibición de discriminación como ejes transversales de la protección de los derechos humanos, que están asegurados en el Pacto de San José.

Hoy, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos cuenta con sólidas líneas jurisprudenciales sobre graves violaciones de derechos humanos en distintas temáticas, tales como los casos de ejecuciones extrajudiciales, tortura y desaparición forzada,violencia contra la mujer, derechos de la niñez, pueblos indígenas, independencia judicial, orientación sexual e identidad de género, libertad de expresión, esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso, debido proceso; derecho a la identidad, derecho a la salud, derecho a la familia, personas privadas de libertad, desplazamiento forzado, discapacidad, personas migrantes, estatuto de refugiados, derechos reproductivos, constituyéndose en posiciones firmes para la exigibilidad de los derechos vulnerados. Un desafío constante para el Sistema Interamericano continúa siendo lograr la mayor incorporación posible de los estándares que se desprenden de la Convención Americana, en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados de la región. Para ello, resulta necesaria y urgente la creación de un marco jurídico interno, con un diseño institucional que sea capaz de hacer efectivos los derechos establecidos en la Convención, así como la eliminación o adecuación de normas, prácticas o interpretaciones judiciales que pudieran impedir tal efectividad y cuya vigencia o surgimiento, lamentablemente, no son ajenos al continente.

El concepto de "control de convencionalidad", como uno de los grandes aportes de la Corte IDH para lograr avanzar en la atención de este desafío, implica traducir en la normativa interna

de nuestros países la actuación jurisdiccional, la Convención en la aplicación de los derechos y el cumplimiento de los estándares. Debo aquí destacar el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* en 2006, en el cual la Corte IDH plasma la tensión a la que se enfrentan jueces y juezas nacionales, llamados a aplicar normas de derecho interno que pueden resultar incompatibles con las obligaciones internacionales del Estado. Para abordar este desafío, la Corte hizo referencia explícita al control de convencionalidad y a su importancia.

El desarrollo y consolidación posterior de dicho concepto, tanto en la propia jurisprudencia de la Corte como a nivel interno en varios Estados, permite afirmar que actualmente se constituye en una herramienta crucial para lograr el objetivo de la plena incorporación de los estándares que se desprenden de la Convención Americana en toda la actuación del Estado, lo que necesariamente redunda en la prevención de futuras violaciones de derechos humanos y en la efectividad del Sistema.

Otro gran aporte de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos es el relativo a las reparaciones. La Corte IDH ha sido pionera, incluso a nivel comparativo con otros sistemas de protección tanto a nivel universal como regional, en el desarrollo y consolidación de la noción de reparación integral con todos sus componentes: restitución cuando es posible, compensación, satisfacción, rehabilitación, justicia y no repetición, permitiendo a las víctimas una mayor comprensión de lo que implican los propósitos y fines del SIDH. Sin embargo, el pleno cumplimiento de las decisiones de la Comisión y de la Corte continúa siendo un desafío importante.

Si bien un número importante de los casos resueltos por la Corte IDH permanecen abiertos en etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia, esto no significa que haya un incumplimiento generalizado de las decisiones de la Corte, en el entendido de que muchas medidas de reparación han sido cumplidas, y en algunos casos se mantiene abierta la supervisión por tratarse de reparaciones puntuales que presentan mayor complejidad. Por otro lado, es innegable que existe un porcentaje relevante de medidas en materia de verdad, justicia y adecuaciones normativas e institucionales en las que los Estados aún tienen dificultades en

implementarlas de manera completa y efectiva. En este contexto, se plantea la importancia de continuar con una reflexión sobre cómo lograr una mayor efectividad de las decisiones de la Corte IDH, incluyendo estos procedimientos de supervisión y, para la Comisión, sobre el seguimiento en el cumplimiento de sus recomendaciones.

Desde la Comisión hemos visto cómo las audiencias de supervisión de cumplimiento de sentencias implementadas hace poco más de una década, así como la emisión constante y periódica de resoluciones de cumplimiento con pautas específicas para materializar las reparaciones han contribuido con este propósito. Particularmente, la CIDH reconoce que las audiencias públicas de supervisión pueden traer consigo mayores niveles de cumplimiento, en la medida en que implican una mayor visibilidad y escrutinio público.

Para la Comisión, el efecto de identificar este gran desafío ha sido incluir este tema de forma transversal en el Plan Estratégico 2017-2021, componente que hoy está en pleno proceso de implementación y que la Comisión tuvo la oportunidad de compartir con la Corte en un importante evento académico, el V Seminario internacional, celebrado en Alemania *"Evaluando los impactos potenciales y desafíos en clave de Diálogos"* con la participación de múltiples actores bajo el patrocinio del Instituto Max Planck y la Fundación Konrad Adenauer, colocando el tema en el debate.

Identificado el tema de implementación de las recomendaciones, la Comisión lo reconoce como uno de los grandes desafíos del Sistema Interamericano. En este sentido, la CIDH realiza un trabajo reflexivo sobre la efectividad e impacto de sus recomendaciones, de manera que la formulación de éstas sea lo más favorable, precisa y práctica posible para un cumplimiento efectivo.

Otro tema ligado al sistema de peticiones y casos es el relativo al atraso procesal. Se trata de uno de los principales obstáculos que enfrenta la Comisión, y que también tiene un impacto en el trabajo de la Corte Interamericana. Como es de conocimiento general, la demanda del sistema de peticiones y casos continúa incrementándose, y está reflejado en el aumento más o menos sostenido en el número de peticiones que se reciben anualmen-

te. En el 2017 se recibieron 2494 peticiones. Históricamente la Comisión viene adoptando medidas para combatir el atraso procesal, pero es importante señalar que, en los últimos años, se ha reforzado como una prioridad mediante la creación de un grupo especial sobre el tema a nivel de la Comisión y la implementación de una serie de medidas específicas en la estructura administrativa y en recursos humanos.

Es importante destacar que la Comisión ya logró atacar el atraso procesal en la etapa de revisión inicial y se han logrado números históricos en la producción de informes de admisibilidad y fondo. El desafío actual es, justamente, desplegar todos los esfuerzos necesarios para reducir significativamente el atraso en estas dos etapas. La inclusión del tema como prioridad se refleja en el Plan Estratégico 2017-2021 y en que recientemente se inició una nueva etapa de implementación de medidas adicionales.

Por otro lado, reconocemos como una fortaleza la relación Corte y Comisión, como los órganos del SIDH, y lo que representa para la protección de los derechos humanos; así en los últimos años ambos órganos han retomado un diálogo institucional constructivo sobre los desafíos del sistema de peticiones y casos, y sobre otros asuntos importantes. Desde la perspectiva de la Comisión, el fortalecimiento de este diálogo resulta de crucial importancia en cuanto a la implementación de medidas para enfrentar el atraso procesal, como la piedra angular para la efectividad de nuestro mandato. Por ello, es fundamental que los debates en torno a las medidas a tomar tengan en cuenta distintos aspectos como la autonomía de la CIDH en el cumplimiento de sus responsabilidades, el contexto de la región en materia de protección y defensa de los derechos humanos, y las realidades que enfrenta en la implementación del sistema de peticiones y casos.

Concluyo este aspecto señalando que el combate efectivo al atraso procesal constituye un medio fundamental para brindar justicia y reparación a las víctimas de violaciones de derechos humanos que se encuentran esperando respuesta. Sin embargo, además de ello, resulta necesario para lograr que el sistema de peticiones y casos fortalezca su componente estratégico, que me-

diante las decisiones-informes y el sometimiento de casos a la Corte Interamericana se logren abordar problemáticas actuales en el continente, sin dejar de lado su esencia como mecanismo de justicia internacional, en los términos concebidos por la Convención Americana.

Por último, debo hacer una breve referencia a la importancia de continuar reflexionando sobre la universalización en la ratificación de la Convención Americana y la aceptación de la competencia de la Corte por parte de todos los Estados de la región. Este desafío también demanda acciones conjuntas y coordinadas entre ambos órganos, y así está contemplado en el Plan Estratégico 2017-2021. En el Plan, la CIDH se propuso abrir espacios de diálogo e intercambio con los Estados y la sociedad civil, cuyo objetivo es identificar los obstáculos existentes para que el proceso de ratificación se complete en aquellos países aún pendientes de hacerlo. La Comisión Interamericana también espera abordar con la Corte Interamericana este tema en el marco de su diálogo institucional.

Una mirada desde la cooperación internacional

*Marie-Christine Fuchs**

En primer lugar, quiero agradecer a la Corte Interamericana por la invitación a San José. Para el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer es un enorme honor estar de nuevo acá y poder participar en este evento histórico con la presencia de los representantes y actores más ilustres y renombrados del Sistema Interamericano, Europeo y Africano de Derechos Humanos, académicos, intelectuales, víctimas reconocidas y defensores de derechos humanos.

Muchos atributos inteligentes ya se han hablado sobre la Corte, su historia de éxito y sus desafíos en los últimos días. Hemos escuchado tantos análisis jurídicos brillantes y profundos que uno se puede preguntar qué podría añadir una fundación política alemana. No somos actores ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tampoco litigamos, ni somos academia. Ni siquiera somos americanos. ¿Entonces qué hacemos, qué queremos acá?

Reflexionando sobre el asunto y para contestar la pregunta llegó a mi mente una imagen muy simple. Me gustaría invitarles a cerrar los ojos e imaginar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos es un árbol, un árbol de manzanas. Hace

* Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer.

40 años, con la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la creación de la Corte Interamericana, los Estados sembraron una semilla que se ha convertido en una joven planta. A finales de los años ochenta (1987) nacieron las primeras manzanas, las primeras sentencias. Hoy en día ya es un árbol fuerte, que tiene frutas y a veces es más o menos abundante.

Es cierto que en los últimos 40 años la Corte ha sentado sus raíces en todo el continente. Ha logrado generar la sensación en el ciudadano de que en América Latina conceptos como Estado de derecho y derechos humanos no existen solo en el papel, especialmente, en aquellos países de la región en donde, desafortunadamente, la justicia nacional en unos casos no cumple su rol. En los 40 años de su existencia, la Corte —basada en el principio del efecto útil en la interpretación, a veces, digamos, creativa de la CADH— ha definido y ampliado significativamente su competencia y los efectos de su jurisprudencia. La noción del control de convencionalidad o, aún más importante, la creación del concepto de "reparaciones estructurales", que es la base del impacto transformador de sus sentencias, son solo algunas evidencias.

Pero como todo árbol en crecimiento, necesita fortalecer sus ramas con buena luz, porque existen vientos fuertes que por momentos le hacen perder hojas e incluso podrían derrumbar su tronco. Es un hecho que, por una combinación de falta de voluntad u oportunidad política, por conflictos entre la normativa internacional y el orden jurídico interno, por restricciones presupuestales y técnicas y conceptos morales y sociales tradicionales que todavía prevalecen en la región, en muchos casos los Estados parte no quieren o no pueden cumplir con el orden jurisprudencial de los órganos del SIDH. Lo hacen solo parcialmente o con mucha dilación.

Algunos autores incluso han hablado de una "crisis de cumplimiento" en los sistemas regionales de derechos humanos teniendo en cuenta el alto número de casos pendientes de cumplimiento. Otros, a quienes pertenezco, quieren defender e indagar en una perspectiva más diferenciada basada en el tipo de reparación otorgada y con mejor deslinde entre cumplimiento e impacto. Independientemente de las definiciones queda claro que

las razones principales para la no ejecución se encuentran en las resistencias políticas y judiciales de los Estados parte. Resistencias que se ven reforzadas en unos países de nuestra región con sociedades seducidas por populismos que han reemplazado los programas políticos y los mensajes de derechos humanos por discursos de odio. Por ende, en casos extremos como Venezuela, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha quedado desarraigada. En otros, como en Perú, por ejemplo, hemos sentido fuertes vientos anti-Sistema Americano en el último año.

¿Qué podemos hacer entonces? Constatamos que el árbol no vive en un vacío. Tiene que buscar la armonía con su entorno para crecer y para superar resistencias. Si no hay buen suelo en el cual puedan crecer las raíces, no tiene buen fundamento. Si no vive en equilibrio con otros árboles, plantas y animales en su entorno, no va a dar frutos. ¿Y cómo lograr la armonía? Debemos darnos cuenta de que la forma más prometedora para superar las resistencias y la herramienta más eficaz en nuestras manos es el diálogo, el diálogo franco, contundente y sostenible; un diálogo multidimensional de distintas modalidades como mecanismo idóneo para hacer frente a los vientos en contra.

1. En primer lugar, la Corte tiene un árbol gemelo que tiene las mismas raíces, está hecho de la misma madera: la Comisión Interamericana. Si bien se trata de mecanismos y órganos diferentes, estamos convencidos de que las dos instituciones del Sistema Interamericano están enfrentando desafíos y resistencias similares no solo en cuanto al cumplimiento —o incumplimiento— de sus decisiones. Las víctimas ven al Sistema en su conjunto. Si la CIDH no refiere los casos a la Corte, el árbol se seca porque le falta el agua. Vale la pena considerar que al árbol le podrían crecer ramas más fuertes si el número de casos sigue creciendo. Es cierto que el intercambio de experiencias o, mejor aún, el establecimiento de un diálogo técnico constante puede generar sinergias valiosas y que será fructífero para la realización de los estándares establecidos por la CADH en todo el continente. Un órgano nutre el otro. Es un solo Sistema Interamericano con una única y misma causa.

2. En segundo lugar, así como el árbol necesita suelo fructífero para nutrirse y para arraigarse, la Corte depende de la buena voluntad de sus Estados miembros para tener impacto. Tenemos que enfrentarnos al hecho de que mientras los Estados tengan la soberanía en sus países, al final del día, la ejecución de las sentencias depende de su cooperación. La supervisión de cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana no funcionará, aun siendo la más elaborada y eficaz del mundo, si no entra en un diálogo permanente con los Estados para evaluar juntos la factibilidad y estrategia más oportuna para la ejecución de sus fallos. Forma parte de este diálogo el intercambio vertical con los tribunales, cortes y salas constitucionales de los Estados del SIDH, por ejemplo, a través de referencias jurisprudenciales mutuas, la interpretación del derecho nacional según la CADH o la jurisprudencia de la Corte Interamericana y el llamado "control de convencionalidad". Sin embargo, las cortes nacionales no son las únicas responsables para el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH. Dependiendo del orden jurídico interno, esta obligación se reparte entre diferentes instituciones y procedimientos internos, jurídicos y políticos, que tienen como objetivo fomentar el cumplimiento de las sentencias supranacionales y que, por ende, deberían ser parte del diálogo.

3. En tercer lugar, hay otros bosques en Europa y África en los cuales crecen árboles con desafíos similares. Es fundamental resaltar el diálogo trans-regional como aquel que se produce entre los diferentes sistemas de protección regional de los derechos humanos. En Europa, por ejemplo, aunque finalmente la reciente Declaración de Copenhague de abril de 2018 fue mucho más favorable de lo esperado, hay fuertes tendencias dentro de los Estados miembros del Consejo de Europa de reforzar la naturaleza subsidiaria del Sistema Europeo y de favorecer la institucionalización del valor jurídico del margen de apreciación estatal. No sorprende que, como en el caso de Dinamarca, se levantaran inconformidades alrededor del tema de migración, siendo un eje que también en La-

tinoamérica ha desatado una ola de cuestionamientos. Es el caso, entre otros, de República Dominicana respecto de las personas haitianas y los reclamos de soberanías nacionales más amplias. Por eso, porque las resistencias son similares, hay que buscar el diálogo interregional. ¿Cómo los estándares de un Sistema Regional se pueden utilizar en el otro con relación a situaciones o grupos similares? Es oportuno investigar las soluciones que los jueces de cortes hermanas han encontrado en el pasado e indagar la factibilidad para Latinoamérica y viceversa, por ejemplo, lo ha hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de la avanzada jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a grupos vulnerables o a las leyes de amnistía.

4. En cuarto lugar, cabe fortalecer los vínculos igualmente a nivel intra-estatal. Procede considerar los mecanismos de coordinación entre los diferentes poderes y niveles administrativos del Estado en el proceso de cumplimiento, lo cual se da en muchas ocasiones a través de Secretarías o Direcciones Generales de Derechos Humanos creadas en varios Estados específicamente para tal propósito. En cuanto al diálogo interestatal, es interesante investigar cómo, por ejemplo, el análisis del cumplimiento de determinadas medidas por parte de los Estados tiene el potencial de ayudar a que otros Estados con problemáticas similares también puedan avanzar en el cumplimiento de sentencias en su contra.

5. Finalmente, el medioambiente no solo depende de árboles. Hay flores y animales y ríos y seres humanos que forman un ecosistema y están interrelacionados. Los derechos humanos no deberían ser la causa de los juristas únicamente, deberían ser la causa de todos. En consecuencia, tenemos que ampliar nuestros conceptos y nuestros medios para promoverlos y defenderlos. Deberíamos indagar en un diálogo inter y multidisciplinar con otras cátedras, con la sociedad civil en general. También por medio del arte, del periodismo, o del cine se puede transmitir el mensaje de los derechos humanos, incluso de forma más amplia y en un lenguaje más entendible respecto del que brindan los conceptos jurídicos. Estamos conven-

cidos de que en esta dirección hay un enorme potencial de posibles alianzas y de interrelación para conocer conceptos más integrales de protección de derechos.

Pero falta algo esencial para que el árbol pueda vivir. El árbol necesita agua para crecer. De lo contrario, va a morir. Las víctimas son el agua del Sistema Interamericano. Si no acudieran a la Comisión y a la Corte, si no confiaran en su impacto, si no creyeran que su jurisprudencia puede cambiar sus realidades, el Sistema simplemente no tendría casos y, por ende, no tendría ningún impacto.

Y se necesita algo adicional. Se necesitan abejas para polinizar las flores que se transformarán en manzanas. La Corte necesita aliados, necesita facilitadores del diálogo. El diálogo es una construcción que no viene "de la nada". Por el contrario, es el resultado de un arduo proceso de concertación y de intercambio de ideas entre los actores relevantes de todos los niveles.

Desde hace casi 30 años el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer busca brindar estas posibilidades de encuentro y construir puentes. Puentes entre cortes, a través de iniciativas como el Encuentro Latinoamericano de Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales, en el cual desde hace años participa la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El encuentro se ha consolidado como una plataforma crucial para el intercambio, el entendimiento mutuo y para superar diferencias entre las cortes en todos los niveles.

Recientemente, estuvimos en Heidelberg otra vez para investigar juntos con el Instituto Max Planck las causas del incumplimiento de la jurisprudencia del Sistema Interamericano, para indagar estrategias orientadas a la profundización de su impacto y para fortalecer los vínculos entre la Comisión y la Corte Interamericana. En el mes de noviembre buscamos fortalecer el puente con Europa en un viaje de los jueces de la Corte Interamericana para visitar a sus cortes hermanas regionales de derechos humanos en Estrasburgo y Luxemburgo y también al Tribunal Constitucional Federal de Alemania.

Aportamos al fortalecimiento de los vínculos interregionales y, como último ejemplo, para promover el diálogo interdiscipli-

nario, pudimos sumar a la Corte Interamericana como contraparte en el Festival Internacional de Cine por los Derechos Humanos que tuvo lugar en Bogotá en agosto de 2017 por cuarta vez.

¿Y por qué hacemos todo esto? Simplemente por convicción y admiración. Una convicción de que solo dialogando se puede lograr una mejor protección de los derechos humanos en el mundo, y porque la ley fundamental de Alemania nos dice que la dignidad del ser humano es intocable y esto vale para todos los seres humanos independientemente de fronteras y nacionalidades. Y admiración porque con menos recursos de los que dispone el tribunal de primera instancia en mi pequeña ciudad —y crecí en el campo—, las cerca de 300 sentencias que componen la jurisprudencia de la Corte Interamericana han tenido un impacto tan alto que no solo ha marcado la cara de la justicia de este continente para siempre, sino que ha transformado realidades. Logró cambiar el día a día de aquellos cuyos derechos se vieron vulnerados en siglos y cuyas voces jamás habían sido escuchadas.

Que el árbol que hemos plantado hace 40 años siga creciendo y que produzca frutas en cantidades cada día más abundantes. Hoy y aquí nos comprometemos a brindar nuestro humilde aporte en cuidarlo y regarlo también en los próximos años.

El papel transformador de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

*Viviana Krsticevic**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o el Tribunal) tiene un notable rol en la promoción y protección de los derechos humanos de las víctimas para transformar las realidades injustas de nuestro continente.

Su jurisprudencia sobre el derecho a la justicia frente a crímenes contra la humanidad es una de las muestras más claras de su liderazgo, pero los cambios a los que ha abonado el tribunal no se limitan a su rico desarrollo de estándares legales. Adicionalmente, su impacto tampoco se explica exclusivamente en virtud del cumplimiento de una orden vinculante de un tribunal internacional. Más aún, relevar los logros, comprender cómo ocurrieron y abordar los desafíos del Sistema son tareas críticas para sostener lo avanzado y garantizar la mayor efectividad de la protección regional en beneficio de quienes habitamos el continente americano.[1]

---

* Directora Ejecutiva del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional. Este artículo rescata las notas que fueron base de la presentación pública en el evento convocado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con ocasión de sus 40 años en Costa Rica en 2018. La autora agradece el apoyo de Gisela Hurtado, Alejandra Vicente y Jessica Ramírez en la edición del texto.

1 En las últimas dos décadas y media, tuve el privilegio de acompañar de cerca el desarrollo del Tribunal desde la representación de centenares

Por ello, estas notas rescatan, en primer lugar, algunos de los importantes logros de la Corte; en segundo lugar, exploran ciertos factores que explican la magnitud de su impacto y, en tercer lugar, enumeran algunos de los desafíos pendientes para la década que inicia, para luego concluir.

El impacto de la Corte

El desarrollo de estándares protectores de los derechos humanos que ha realizado la Corte Interamericana en sus 40 años de historia es vertiginoso. El Tribunal se ha convertido en un referente mundial al definir el alcance del delito de desaparición forzada, de las obligaciones de garantizar la verdad y la justicia respecto a crímenes contra la humanidad, de la obligación de investigar en casos de violencia sexual y de género, de los derechos de las víctimas, las medidas de protección de los pueblos indígenas al territorio y a la participación política, el derecho a la democracia, el derecho a la reparación integral, entre otros. Por ello, la Corte Interamericana es citada y renombrada a nivel global en estas y otras muchas materias. Sin embargo, quizás uno de los impactos más significativos del Tribunal radica en haber sido un importante actor de cambio social como ilustraremos más adelante.

Considero que hay un ejemplo que ilustra los logros y el impacto del Tribunal y del Sistema en su conjunto. Este es la secuencia de casos relativos a las graves violaciones de derechos humanos cometidas durante el Gobierno de Fujimori en el Perú. El desarrollo por parte de la Corte Interamericana de estándares jurídicos y de las medidas de reparación de avanzada influyeron en el curso de la historia del país, en la vida de las víctimas que acudieron al Tribunal y en la búsqueda de verdad y justicia en otros países de la región y a nivel mundial. A su vez, esta serie de casos ilustra la interacción de la Corte Interamericana con el movimiento de derechos humanos, con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), así como con sectores del

de personas que acudieron al Sistema Interamericano para enfrentar agravios y patrones de injusticia, desde mi calidad de abogada y luego Directora Ejecutiva de CEJIL.

Estado en momentos de transición y en democracia para abonar a la mayor protección de derechos.

Las sentencias de *Barrios Altos*, *La Cantuta* y otros casos peruanos[2] catalizaron una cascada de justicia al dejar sin efectos las leyes de amnistía que libraban de responsabilidad a los perpetradores de graves violaciones a derechos humanos, abonar a la extradición y posterior procesamiento de Alberto Fujimori, así como poner límites a la actuación de diversos órganos del Estado que perpetuaban la impunidad. De esta manera, la Corte IDH se transformó en un actor determinante de la historia peruana en materia de derechos humanos de los últimos 20 años.

Las sentencias referidas no solo tuvieron implicaciones en el Perú, sino también en la búsqueda de verdad y justicia en países de la región como Argentina, Colombia, El Salvador y Brasil.[3] De igual forma impactaron en el desarrollo de estándares en la materia de la Corte Europea de Derechos Humanos, así como en otros órganos internacionales de promoción y protección de derechos humanos.[4]

Resulta importante destacar que estos estándares internacionales de derechos humanos se desarrollaron en buena medida a partir de un diálogo estrecho entre la Corte con las víctimas y el movimiento de derechos humanos en el curso del proceso internacional. Estas últimas han tenido un rol protagónico en la lucha por la dignidad humana y en la búsqueda de la verdad y la justicia en el hemisferio.

Así, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) tomando en cuenta el importante rol de todos los actores propi-

---

2 Ver Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.

3 Ver, por ejemplo, Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina en el caso *Simón* de fecha 14 de junio de 2005, en la cual declaró la inconstitucionalidad e invalidez de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida sustentándose en el caso *Barrios Altos*.

4 Ver, por ejemplo, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en el caso *Human Rights NGO Forum vs. Zimbabwe* de 25 de mayo de 2006, hace referencia al SIDH, en específico al caso *Barrios Altos*.

ció un espacio único que permitió a las víctimas interactuar de manera directa con sus Estados y cuestionar lo ocurrido a ellas mismas o a sus familiares. La Corte ofreció un procedimiento que tomaba en cuenta la desigualdad de poder de las partes, respondía de manera oportuna a los patrones de violación sistemática y, además, generaba decisiones obligatorias con medidas concretas para combatir y sobrepasar estas situaciones de violencia, impunidad y discriminación estructural.

Este diálogo entre la Corte Interamericana con las víctimas y los movimientos de derechos humanos ha moldeado algunos de los desarrollos más osados y pioneros de la propia Corte Interamericana. Lo anterior se refleja en la propia jurisprudencia del Tribunal, la cual ha llevado al punto de quiebre de procesos de justicia y de verdad en los países de la región. Sin embargo, no todas las propuestas de las víctimas y del movimiento de derechos humanos presentadas a la Corte fueron acogidas; mientras que en algunos casos la Corte recibe las solicitudes efectuadas por las víctimas, en otros, son rechazadas.[5]

Si se mira con detenimiento el desarrollo del proceso en *Barrios Altos* se puede observar el papel fundamental de las víctimas y del movimiento de derechos humanos no solo en la persistencia del reclamo, sino en diversos desarrollos jurídicos novedosos. Así, por ejemplo, fueron los representantes de las víctimas los que solicitaron a la Corte una orden expresa para dejar sin efecto las leyes de amnistías en la decisión del mérito del caso[6] —lo que

[5] Ver, por ejemplo, en el caso *El Amparo vs. Venezuela*, las víctimas y la CIDH planteaban modificaciones a las normas que regulan la jurisdicción militar, medidas de restablecimiento del honor, el establecimiento de una fundación, que fueron controvertidas por el Estado y, finalmente, no aceptadas.

[6] La CNDDHH y CEJIL solicitaron a la Corte que "no solo establezca las violaciones en concreto de los artículos violados en la Convención en las que ha incurrido el Estado en virtud de los hechos reconocidos por el honorable gobierno, sino que también establezca de manera específica en el resolutivo de la sentencia: la necesidad de esclarecer los hechos de modo de proteger el derecho a la verdad, la necesidad de investigar y de castigar a los culpables de estos trágicos hechos, la incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana y también específicamente —y con el objeto de remover los obstáculos para el efectivo castigo y sanción de los

en ese momento no tenía precedentes— y en una formulación que no riñera con la doctrina y jurisprudencia local. Esta fórmula propuesta tuvo el respaldo tanto de la CIDH como del Estado.[7]

A su vez, es importante mirar el contexto en el que la decisión se emitió. El Sistema Interamericano tenía credibilidad en sectores democráticos de la sociedad y el Estado peruano, dado el rol de denuncia activa de la CIDH durante el gobierno de Fujimori. A su vez, el movimiento de derechos humanos peruano, uno de los más fuertes en nuestra región, cumplió un papel clave contribuyendo a la transición democrática.[8] Hasta la actualidad, las organizaciones peruanas apuestan al Sistema Interamericano como un espacio clave para defender el Estado de derecho en el país.

Asimismo, los vínculos construidos con sectores democráticos dentro de la prensa fueron de gran relevancia para esclarecer la verdad en torno a graves violaciones de derechos humanos, para generar mayor debate social y apoyo a las causas de la verdad, la justicia y contra la corrupción, así como para sostener, a mediano plazo, el debate sobre las consecuencias en derechos humanos de ciertas decisiones judiciales y del ámbito ejecutivo. Estas relaciones reforzaron mutuamente la legitimidad y efectividad del Sistema.

---

responsables— que la Corte establezca la obligación del Estado de dejar sin efecto las leyes de amnistía".

7 El gobierno de transición en representación del Estado peruano prefería la búsqueda de un acuerdo amistoso y la remisión de la solución a una serie de compromisos y alternativas para explorar caminos para la superación de la impunidad. La fórmula propuesta fue rechazada luego de idas y vueltas de una negociación que incluyó a quienes estábamos en Costa Rica y a los colegas que hacían la evaluación política sobre la viabilidad de la propuesta en el contexto en Lima.

8 Al 2013, el Estado peruano tenía el mayor número de casos a nivel de la Corte Interamericana: de 193 casos de la Corte, 28 eran peruanos, lo cual representaba el 14% del total, mientras que 21 de los 28 casos correspondían a temas de justicia transicional. Ver Boti Bernardi, Bruno, "Transitional Justice and the Inter-American Human Rights System in Peru: The Role of Anti-and Pro-compliance Constituencies", en Engstrom, Par (ed.), The Inter-American Human Rights System: Impact Beyond Compliance, Londres, Reino Unido, Palgrave Macmillan, 2019, p. 224.

Finalmente, es fundamental observar a los actores y sectores democráticos que actúan como vehículos para hacer posible el impacto dentro del Sistema. La implementación de las decisiones del Sistema Interamericano en estos casos requirió de un trabajo activo y vigilante de las personas amparadas por la sentencia y sus representantes, rodeados asimismo por numerosos aliados que apoyaron el proceso. Ello ha permitido que las sucesivas decisiones del Tribunal hayan contribuido a redirigir el curso de la búsqueda de verdad y justicia en el Perú con un impacto directo en las acciones del Poder Ejecutivo y judicial por más de una década y media.[9]

Como representante de cientos de víctimas frente al Sistema, no puedo dejar de mencionar como un logro que los procesos ante la Corte Interamericana hayan tenido un efecto reparador y transformador en la vida de muchas personas. Tener un espacio donde se sienten escuchadas, conseguir una decisión que ratifique y reconozca las violaciones y aspire a su reparación integral ha resultado en que muchas de las víctimas de estos procesos internacionales hoy día hayan decidido alzar sus voces y se hayan convertido en estandartes de la defensa de derechos en sus países y en la región, por ejemplo, Alberto Cantoral Benavides, Gisela Ortiz, Emma Molina, Linda Loayza, Patricia Gualinga, Valentina Rosendo Cantú y muchas otras. En ese sentido, la Corte ha actuado, y esperamos que lo siga haciendo, garantizando el rol central de las víctimas en la protección regional.

A su vez, el trabajo del SIDH ha reforzado su propia autoridad y legitimidad en su interacción con actores sociales e institucionales en Perú. De igual forma ha irradiado a otros actores dentro y fuera de la región. Así, la decisión de la Corte IDH en *Barrios Altos* fue determinante en los desarrollos de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina en el caso *Simón*, que limita el alcance de las leyes de impunidad para crímenes cometidos en la dictadura de dicho país. A su vez, *Barrios Altos* es una

[9] Entre el 2005 y el 2013, 46 casos de derechos humanos relacionados con el periodo de violencia peruano (años ochenta y noventa) tuvieron 60 sentencias, en las cuales 67 perpetradores fueron condenados. Ver Boti Bernardi, Bruno, "Transitional Justice and the Inter-American Human Rights System in Peru: The Role of Anti-and Pro-compliance Constituencies", p. 225.

decisión ampliamente citada en decisiones de tribunales y órganos de monitoreo a nivel internacional y nacional.

Una propuesta de análisis de los factores clave para explicar el impacto del Tribunal: ¿Qué explica que una Corte con menos de 300 fallos en su haber tenga un impacto de esa magnitud?

Los impactos del trabajo de Tribunal son notables bajo cualquier estándar, pero más aún si tomamos en cuenta que ha emitido menos de 300 fallos. Sin ánimo de ser exhaustiva, quisiera enumerar algunos factores que contribuyeron a este nivel de impacto.

En primer lugar, menciono su capacidad y osadía al innovar en cuestiones de derecho y procedimiento para que su actuación no respondiera a un ideal moldeado en otros contextos, sino que fuera efectivo para abordar las complejas realidades de nuestra región. De esa manera, la Corte fue más allá de las soluciones de su par europeo o de los órganos de tratados de Naciones Unidas, a fin de responder a las realidades de violencia, impunidad y discriminación estructural que nos asolan.

En desarrollo de su mandato, el Tribunal tuteló los derechos de quienes fueron afectados de manera directa generando también un impacto que se refleja, mucho más allá, en el estudio de las causas y las consecuencias de las violaciones; la mirada sobre los antecedentes, patrones, prácticas y políticas que rodearon los sucesos sometidos ante el Tribunal; en procesos orales donde se debatieron temas centrales para las naciones; en las reparaciones ordenadas; en el desarrollo del control de convencionalidad; en el establecimiento de un complejo sistema de supervisión de sus decisiones; y en el interés del Tribunal de pulir sus decisiones de modo que fueran relevantes a los procesos de carácter jurídico, político y social de las naciones americanas, entre otros. La ampliación de la agenda de derechos impulsada por la Corte fue clave para su legitimidad y autoridad.

En segundo lugar, en mi opinión, un factor importante para explicar el impacto del trabajo de la Corte está vinculado a las

condiciones de recepción de la actuación del Sistema. El inicio del trabajo contencioso más consistente del Tribunal coincide en parte de la región con procesos de transición o consolidación de la democracia, tras las dictaduras y conflictos armados que plagaron la región en los años setenta y ochenta. Al finalizar estos procesos nuestras sociedades trazaron hojas de ruta con refuerzos dirigidos a la protección de derechos a fin de que las tragedias del pasado no se repitiesen, alzando las voces y exigiendo un nunca más.

Ello se tradujo incrementalmente en normas que reconocieron con rango constitucional a la Convención Americana y otros tratados de derechos humanos, pero también en una serie de actores políticos y sociales comprometidos con la democracia y con la protección de los derechos fundamentales.[10] Los actores clave —algunos que preceden las aperturas democráticas— incluyen diversas expresiones organizativas agrupadas en el movimiento de derechos humanos (asociaciones de víctimas, organizaciones no gubernamentales, etc.), pueblos indígenas, y otros movimientos sociales y políticos que adoptan una agenda de derechos humanos.

Un tercer factor a tener en cuenta, el cual considero que tenemos que estudiar en mayor profundidad, es el papel de la CIDH frente a algunas situaciones de violaciones sistemáticas de derechos, que abonó a la legitimidad del Sistema en su conjunto para actuar en diversas coyunturas, y redundó en su papel decisivo cuando se generaron cambios políticos en varios países de la región; el caso de Argentina ilustra este fenómeno con claridad.[11]

[10] No afirmo que estábamos ante el fin de la historia, ni que este haya sido un proceso lineal e idéntico en todas las regiones y países, pero más allá de los severos problemas de derechos humanos que subsistían, el discurso y la promesa de buena parte de los Gobiernos —de manera individual y colectivamente— y de otros actores sociales clave en la sociedad, se expresó en compromisos de protección de derechos y de la democracia. Un ejemplo de ello fue la resolución sobre acción colectiva contra los golpes de Estado de la AG de la OEA, la Carta Democrática Interamericana, etcétera.

[11] Entre el 6 y el 20 de septiembre de 1979, durante el periodo de la dictadura argentina, la Comisión Interamericana realizó una visita *in loco* al país, en la cual se entrevistó con autoridades públicas, expresidentes, religiosos, organizaciones de derechos humanos, etc., con el fin de observar la situación

Así las decisiones iniciales del Tribunal en algunos países fueron precedidas por el trabajo de respuesta rápida, monitoreo e interlocución política y social de la CIDH. En algunas coyunturas, Naciones Unidas tuvo también un papel central en avanzar una agenda común a través de casos, reportes o presencia física —con las oficinas del Alto/a Comisionado/a de Derechos Humanos.

Los desafíos: no todas son luces, ni las luces tienen el mismo voltaje

Pese a las luces y logros de la Corte IDH, hay importantes deudas pendientes en la protección efectiva de los derechos de las víctimas. A los efectos de esta presentación voy a enumerar cuatro desafíos que la Corte puede tener. En primer lugar, muchas víctimas que acceden al Sistema no tienen una respuesta oportuna a sus reclamos tanto por la demora procesal como por la dilación en el cumplimiento de las decisiones que las benefician. Esta realidad es una de las sombras y desafíos del Tribunal para garantizar los derechos de las víctimas y mantener su legitimidad.

La Corte interviene en situaciones que, en promedio, llevan más de 10 años ante la CIDH y están alejadas en el tiempo de los hechos que dieron origen a la demanda. Las demoras no son responsabilidad primordial de la Corte en la medida en que el retraso ocurre en el seno de la CIDH, pero lo cierto es que, con los recursos y la organización del trabajo actual, muchos reclamos justos quedarán sin respuesta.

Respecto de este tema, el Tribunal tiene la posibilidad de abonar a que existan respuestas en tiempo y forma a través del desarrollo de su jurisprudencia. Por ejemplo, reevaluando el valor jurídico de los informes de fondo de la CIDH con relación a los países que ratificaron la Convención Americana o dando guías para la acumulación de casos, o simplemente adoptando medidas y garantías de no repetición que refuercen la institucionalidad,

de vulneración de derechos humanos en Argentina. El 20 de septiembre de 1979 emitió su Informe formulando recomendaciones preliminares sobre la situación de desaparecidos, detenidos, régimen carcelario, jurisdicción militar y garantías procesales.

eviten la repetición de violaciones estructurales o empoderen a actores clave para el cumplimiento efectivo y oportuno de sus decisiones.[12]

En esta área, la CIDH debería considerar actividades de cooperación para el cumplimiento de los mismos objetivos. Pero a la Corte le cabe de modo directo asegurar el cumplimiento efectivo y oportuno de sus fallos a fin de garantizar los derechos de las víctimas.

En segundo lugar, es clave que la Corte aborde el impacto y cumplimiento diferenciado de sus decisiones en diversos países. En nuestra experiencia, la efectividad del Tribunal en Perú en los últimos 18 años no es similar a la de Venezuela o a la de República Dominicana en el mismo período. Sin quitar el valor a las decisiones emitidas, lo cierto es que, en el caso de estos últimos dos países, las sentencias de la Corte no han cumplido su propósito de tutela efectiva de derechos. Lo que nos lleva a pensar que el trabajo de la Corte sobre el tiempo tiene luces, pero no todas tienen el mismo voltaje.

Así, es clave comprender la relación entre la protección nacional y la internacional, y en particular la efectividad del Sistema Interamericano y de las decisiones de la Corte IDH, a efecto de trazar una hoja de ruta institucional que apuntale los factores determinantes para que el Sistema sea capaz de garantizar el cumplimiento pleno de las medidas estructurales emitidas en las sentencias. En ese sentido, quizás se debe apostar más por el afianzamiento de la relación con el poder judicial como vía privilegiada para la ejecución de las decisiones que expresa la

[12] Empoderamiento no solo a las víctimas o a los movimientos de derechos humanos, sino también a autoridades judiciales y fiscales frente a interferencias de otros poderes del Estado. Por ejemplo, en los procesos de la "parapolítica" en Colombia, la Comisión otorgó medidas cautelares a cuatro magistrados y un auxiliar, debido a las amenazas que recibían por procesos seguidos en contra de congresistas. Ver Parra-Vera, Oscar, "Institutional Empowerment and Progressive Policy Reforms: The Impact of the Inter-American Human Rights System on Intra-state Conflicts", en Engstrom, Par (ed.), The Inter-American Human Rights System: Impact Beyond Compliance, Londres, Reino Unido, Palgrave Macmillan, 2019, p. 147.

Corte a través del control de convencionalidad; a través del fortalecimiento de la institucionalidad. Sin embargo, los procesos de cumplimiento no dependen únicamente de la institucionalidad, sino que reflejan los cambios que se generan a partir de habilitar espacios de reclamo y la protección de dichos espacios.

Es importante para ello, reconocer la labor de las víctimas y del movimiento de derechos humanos para avanzar las causas de la justicia a nivel nacional e internacional. Si miramos la trayectoria de derechos humanos en América Latina, no es posible explicar los avances en el Sistema sin su participación. La capacidad transformadora del SIDH en nuestras sociedades se da gracias al involucramiento de todos sus actores, entre ellos las víctimas, las personas defensoras y el movimiento de derechos humanos. A su vez, la Corte en la protección de derechos y la generación de espacios habilitantes.

En tercer lugar, la Corte debe seguir considerando el contexto regional y global en el que opera, para mantener una mirada aguda sobre las realidades más apremiantes del hemisferio. Así, la migración y sus efectos, el tráfico de personas, la violencia, los ataques en aumento a los defensores, la defensa del medioambiente, la desigualdad social o la responsabilidad del Estado frente a violaciones cometidas por actores no estatales representan desafíos críticos de la región. Por ello, en el desarrollo de estándares, el Tribunal no debe dar pasos al costado que lo dejen al margen de la posibilidad de analizar vulneraciones de derechos fundamentales en estas áreas o de emitir reparaciones adecuadas para abordarlas.

Por último, una medida clave para fortalecer la legitimidad del Sistema es el perfeccionar los mecanismos de selección de los integrantes de la Corte para reflejar las condiciones de mérito y experticia, sumada a la diversidad de sistemas jurídicos, el balance de género y la diversidad de experiencias y tránsitos vitales. He aquí uno de los espacios donde los procedimientos de nominación y votación existentes no garantizan un resultado adecuado que fortalezca la legitimidad del Tribunal. Por décadas, hemos tenido una corte internacional de derechos humanos sin representación de mujeres, sin contar hasta hoy con un miembro de un pueblo indígena y, en los últimos años, la experticia en derecho

internacional de los humanos no ha sido un factor fundamental para la selección a nivel nacional. Los Estados aquí tienen una deuda pendiente que es urgente abordar.

Conclusión

Para concluir, hoy reconocemos los grandes logros que la Corte Interamericana ha cosechado en estos 40 años y nos llena de alegría a quienes la hemos acompañado. Por ello miramos al futuro del SIDH con esperanza, reconociendo que estamos pasando por un momento histórico crítico en el que se están cuestionando a nivel global muchos de los avances conseguidos en materia de derechos humanos. Hoy más que nunca, necesitamos una Corte fuerte, con capacidad de resolver un mayor número de casos e irradiar sus decisiones para lograr cambios sobre los problemas estructurales que enfrenta el continente. No estamos en el momento de la deferencia, sino de la acción decidida.

Celebramos una Corte Interamericana que siga haciendo camino, que tenga una inserción social e institucional que permita garantizar un accionar a la medida de las necesidades del hemisferio. Así como los logros no llegaron solos, el futuro de nuestro Sistema Regional depende también de todas y todos.

La experiencia de litigio de la República Argentina ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Javier Salgado[*]

En nombre de la Cancillería argentina quisiera, en primer término, agradecer a la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos por la invitación a participar de este importante evento de conmemoración del 40 aniversario de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la creación del Tribunal. Es un placer y un honor para mí compartir este panel sobre estrategias de litigio en el Sistema Interamericano e impacto de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Argentina y el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Estrategias y perspectivas

Como ustedes saben, en la experiencia trágica vivida por mi país durante la última dictadura militar, el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, aún antes de la entrada en vigor para la Argentina de la Convención Americana, jugó un rol de enorme importancia haciendo visibles en el plano internacio-

* Director de Contencioso Internacional en Materia de Derechos Humanos, Cancillería de la República Argentina.

nal las violaciones sistemáticas a los derechos humanos que por aquel entonces allí ocurrían.

Argentina comprendió por entonces que un sistema internacional de protección vigoroso, autónomo e independiente constituye una herramienta extraordinaria en la defensa de la democracia y en la construcción de un mejor Estado de derecho. Y a partir de esa convicción, desde la recuperación del Estado de derecho, Argentina ha venido recorriendo un sendero de construcción de institucionalidad en el cual el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos tiene un lugar de privilegio.

Esa construcción de institucionalidad se ha venido forjando a través de diferentes vías. Por un lado, mediante un proceso de tipo normativo, mediante el cual la Argentina ha venido ratificando progresivamente diversos instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, siendo en la actualidad Estado parte de la totalidad de los tratados de derechos humanos vigentes no solo en las Américas, sino también de aquellos adoptados bajo los auspicios de la Organización de las Naciones Unidas. Este proceso normativo alcanza su mayor potencia con la reforma constitucional de 1994, a través del reconocimiento de jerarquía constitucional a un importante número de tratados de derechos humanos en los que la República Argentina es parte.

Por otro lado, el Estado argentino ha venido manteniendo, desde la recuperación de la democracia, una política constante y permanente, una auténtica política de Estado que, más allá de los matices y de la impronta de las distintas administraciones que se han sucedido en el gobierno, se ha traducido en un apoyo irrestricto al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, y en una relación de intensa cooperación con sus órganos, tanto con la Comisión, como con la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Esta introducción es importante para comprender la manera en que el Estado entiende al Sistema Interamericano y al rol de sus órganos, en tanto y en cuanto esa visión del Sistema es la que explica la forma como la Argentina piensa su estrategia de litigio y su posicionamiento frente a un caso en el que se le atri-

buye responsabilidad internacional por violación de derechos humanos.

El Estado argentino concibe al Sistema Interamericano no como un mero procedimiento contencioso, sino como un indicador de problemas, un mecanismo de alerta temprana, una herramienta de mejoramiento institucional al interior de los Estados. Y es de esa visión conceptual del Sistema de la que se deriva la política argentina de considerar a la solución amistosa, tanto ante la CIDH como ante la Corte, como una opción preferente en el marco del sistema de peticiones individuales.

Parece claro que un caso que llega al Sistema es siempre un indicador de que algo puede estar fallando al interior del Estado y que los resortes institucionales disponibles a nivel local no han logrado neutralizarlo. Los casos pueden ser vistos como puntas de icebergs, como exponentes de un problema mayor, que muchas veces revelan patrones estructurales que van mucho más allá del caso concreto que dio lugar a la denuncia, que no son debidamente atendidos a nivel interno y que generan, en consecuencia, el incumplimiento estatal de sus obligaciones de respeto y garantía derivados de la Convención.

Es allí donde la respuesta esperable de un Estado democrático debería ser, a mi juicio, la adopción de una estrategia en la que se agoten todos los caminos que puedan conducir a una solución amistosa del caso, en cooperación con los órganos del Sistema. Y en caso de que ello no fuera posible, limitar el enfoque contencioso solo a aquellos escenarios en los que se deba litigar, sea por no compartir que hubiera habido efectivamente una violación de derechos y/o garantías, sea por definir aspectos esencialmente controvertibles u opinables, tales como aquellos relacionados con el alcance de las reparaciones pretendidas, tanto en términos de indemnizaciones pecuniarias como medidas de satisfacción y/o de no repetición.

En ese sentido, dicho posicionamiento se refleja con claridad en la paradoja de que el Estado argentino, a pesar de ser uno de los Estados más denunciados del Sistema, y que cuenta con una de las carteras más nutridas y complejas, tanto en términos cuantitativos como cualitativos, es uno de los Estados que

menos casos tiene sometidos a la jurisdicción contenciosa de la Corte.[1]

En este aspecto, la Argentina ha mantenido en su historial de litigio ante la Corte una estrategia clara y permanente en términos de que, como Estado comprometido con la promoción y la protección de los derechos humanos, se ha reconocido responsabilidad internacional en aquellos casos que así lo ameritaban. Más aún, el propio Estado argentino ha promovido, por ejemplo en el caso *Juan Francisco Bueno Alves vs. Argentina*, que la CIDH someta el caso a la jurisdicción contenciosa de la Corte en orden a la imposibilidad de poder avanzar en un acuerdo de solución amistosa con la representante de la víctima en atención a una desproporcionada expectativa en materia indemnizatoria.

Esta estrategia de transparencia también se refleja fielmente en lo acontecido en el marco del caso *Jorge Omar Gutiérrez vs. Argentina*, en el cual el propio Estado no solo reconoció con contundencia su responsabilidad internacional en los hechos denunciados, sino que instó a la Corte a considerar los argumentos de los representantes de la víctima relacionados con la calidad de "cosa juzgada fraudulenta" que estos atribuían a una sentencia de la justicia de la Provincia de Buenos Aires que se encontraba firme y que había generado, como consecuencia, que uno de los acusados por la ejecución extrajudicial del Sub Comisario Gutiérrez fuera absuelto de culpa y cargo.

El impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la República Argentina

Este posicionamiento estratégico en el marco del ejercicio de la representación del Estado, en particular ante la Corte In-

[1] Desde el 5 de septiembre de 1984, oportunidad en que se depositó el instrumento de ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a julio de 2018, Argentina ha sido objeto de 16 sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de las cuales en una (*Jorge Fernando Grande vs. Argentina*) el tribunal no encontró violación alguna de derechos humanos ordenando el archivo del caso.

teramericana, tiene su reflejo en el impacto que los pronunciamientos del Tribunal han tenido en el ámbito interno de la República Argentina, en tres dimensiones:

a) En materia de adopción de medidas normativas o de otra índole tendientes a adaptar el plexo jurídico interno a las obligaciones internacionales que se derivan de la Convención Americana sobre Derechos Humanos;
b) En causas judiciales concretas cuyo trámite o resultados fueron objetados en el Sistema Interamericano;
c) En la aplicación de estándares interamericanos que surgen de la jurisprudencia de la Corte tanto en casos contenciosos como en el ejercicio de su función consultiva en el marco del "control de convencionalidad" que deben ejercer los órganos jurisdiccionales internos.

En el primer escenario, se destacan las reformas normativas implementadas en Argentina a raíz de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Eduardo Gabriel Kimel vs. Argentina*. El caso internacional se origina en la condena impuesta al señor Kimel por el delito de calumnias, a raíz de la opinión crítica por este expresada en el libro "La masacre de San Patricio", en la que se refería al desempeño del juez a cargo de la investigación del asesinato de cinco religiosos ocurrido en 1976 durante la dictadura militar. En ese marco, el Estado argentino formuló un reconocimiento parcial de responsabilidad internacional, en particular vinculado con la imprecisión del tipo penal de calumnias e injurias vigente al momento de los hechos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos aceptó el reconocimiento de responsabilidad formulado por el Estado y, entre otras medidas, dispuso que éste debía adaptar su ordenamiento interno a las obligaciones internacionales derivadas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de libertad de expresión. Es así, a raíz de dicha sentencia, que el Estado reformó las normas pertinentes del Código Penal estableciendo que no serán sancionadas "las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas. Tampoco configurarán delito de injurias los calificativos lesivos al honor cuando guardasen relación con un asunto de interés público". De

esta manera, quedaron a salvo las expresiones y opiniones sobre los funcionarios públicos, un reclamo histórico de los periodistas que argumentaban que, en las figuras penales de calumnias e injurias, tal como estaban tipificadas al momento en que se producen los hechos del caso *Kimel*, constituían una amenaza para la libertad de expresión.

En el segundo escenario, hubo varios casos que surgen de la experiencia de litigio de la Argentina ante el Tribunal Interamericano que han generado impactos concretos en causas judiciales sustanciadas en sede interna. En ese sentido, la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Bulacio* tuvo un impacto directo e inmediato en el marco de la causa penal que se sustanció oportunamente contra el, por entonces, Comisario Espósito —a quien se atribuyó responsabilidad penal en los hechos que derivaron en la muerte del joven Walter Bulacio—. A raíz de lo dispuesto por el tribunal regional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, reconociendo el carácter plenamente vinculante de las decisiones de la Corte IDH, revocó la sentencia firme que desvinculaba al señor Espósito de la causa penal por imperio de la prescripción.

Dicho antecedente fue replicado luego en el caso *Derecho* a raíz de la sentencia dictada por la Corte Interamericana en el caso *Juan Francisco Bueno Alves*, razón por la cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al igual que en *Espósito*, revocó la sentencia que desligaba por prescripción a René Jesús Derecho de las actuaciones penales en las que se lo investigaba como presunto autor de las torturas aplicadas a Bueno Alves.

Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han tenido también impacto directo en decisiones firmes dictadas no solo en el ámbito de la justicia nacional —tales son los casos *Espósito* y *Derecho* antes reseñados—, sino también respecto de sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada dictadas en el ámbito de poderes judiciales provinciales. Tal es lo que aconteció en el marco de la causa penal *Santillán, Alejandro Daniel s/Recurso de Casación interpuesto por Agente Fiscal*, en cuyo marco la Sala III del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires hizo lugar a la acción de nulidad de sentencia firme —*res judicata irrita*— que había sido interpuesta por el agente

fiscal interviniente contra la sentencia absolutoria pronunciada a favor de Alejandro Daniel Santillán, quien fuera imputado como presunto autor del homicidio del Subcomisario Jorge Omar Gutiérrez. El Tribunal de Casación fundó dicha decisión en la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Jorge Omar Gutiérrez vs. Argentina* en tanto el tribunal regional sostuvo que en el caso bajo examen "(...) las diligencias judiciales no se ajustaron, en realidad, a las garantías del debido proceso prevista en el referido artículo 8 y, por ende, tampoco se produjo la sentencia firme aludida en el numeral 4 del mismo (...)"[2] para concluir que no resultaba aplicable en el caso en especie lo dispuesto por el artículo 8.4 de la Convención. El tribunal subrayó que "(...) las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pronunciadas en causas en el que el Estado argentino sea parte deben ser cumplidas por los poderes constituidos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, sus sentencias son obligatorias, definitivas y ejecutables (artículos 63, 67 y 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)".[3]

Respecto del tercer escenario relacionado con la aplicación de estándares interamericanos que surgen de la jurisprudencia de la Corte tanto en casos contenciosos como en el ejercicio de su función consultiva, en el marco del "control de convencionalidad", que deben ejercer los órganos jurisdiccionales internos, debe recordarse que ya desde 1992, aún antes de la reforma constitucional de 1994, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha venido reconociendo el valor de los pronunciamientos de la Corte Interamericana como "guía" para la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.[4]

Más recientemente, y siguiendo la doctrina establecida por la Corte Interamericana en el caso *Almonacid Arellano y otros*

---

2 Cfr. Corte IDH. *Caso Jorge Omar Gutiérrez y Familia vs. Argentina*, Sentencia del 25 de noviembre de 2018, párr. 129.

3 Cfr. Causa 80.636 — Registro Interno de Sala No. 22.508- caratulada *Santillán Alejandro Daniel s/recurso de casación interpuesto por Agente Fiscal*, punto IV.

4 Cfr. CSJN en *Ekmekdjian c. Sofovich*, sentencia del 7 de julio de 1992, considerando N° 21, Fallos 315.1492.

vs. Chile,[5] la Corte Suprema de Justicia de la Nación receptó con toda claridad la doctrina del control de convencionalidad en el marco de la sentencia recaída en el caso *Rodríguez Pereyra c. Ejército Argentino s/daños y perjuicios* en cuyo marco postuló, recordando pronunciamientos previos de la Corte Interamericana, que "la jurisprudencia reseñada no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la CADH están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado.

Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (artículo 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa —formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte IDH— que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango".[6]

Conclusiones

A 40 años de la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mucho se ha avanzado en la región en materia de protección internacional de los derechos humanos. En ese camino, esta Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado una jurisprudencia extraordinaria que no solo ha contribuido a una mejor protección de los derechos humanos en la región, sino que ha sido fuente de inspiración para otros sistemas regionales de protección, y una sólida guía interpretativa y en permanente evolución para las administraciones de justicia de las Américas, tal como lo demuestra el impacto que sus de-

[5] Cfr. Corte IDH, Sentencia del 26 de septiembre de 2006.

[6] CSJN, R. 401. XLIII, sentencia del 27 de noviembre de 2012. Posición mayoritaria, considerando 12.

cisiones han tenido en la experiencia de litigio de la República Argentina.

Sin embargo, no son pocos los desafíos que la Corte Interamericana —y el Sistema de Protección de Derechos Humanos en general— enfrenta de cara al futuro. El aumento sostenido de los casos que llegan al Sistema, la escasez de recursos presupuestarios suficientes para atender el creciente trabajo del Tribunal y la carencia, en general, de normas internas que garanticen la efectiva ejecución de sus decisiones en todos sus aspectos, son asignaturas que los Estados deben enfrentar con decisión y creatividad.

Hago votos para que ello así sea, de manera tal que esta Honorable Corte pueda contar con todos los recursos necesarios para continuar con su extraordinaria labor jurídica, así como también para que las víctimas cuenten con las garantías específicas en torno a que sus decisiones van a ser efectivamente cumplidas por los Estados.

La Corte Interamericana, la Justicia y la Paz

*Douglass Cassel**

Aun cuando he tenido el privilegio de participar en la defensa de varias víctimas ante la Corte Interamericana, creo que el mayor valor agregado que puedo aportar en este evento importante es destacar el impacto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en los acuerdos de paz entre las FARC y el Gobierno de Colombia.

Como bien es sabido, luego de décadas de guerra civil y de varios años de negociación, se firmaron los acuerdos de paz en Colombia en 2016. No era nada fácil. Se acordó ampliar la participación política, promover el desarrollo rural, y tratar los temas delicados del narcotráfico, cese de combate, desarme de las FARC y la reintegración de sus efectivos en la sociedad colombiana, entre otros.

Para mediados de 2015, sin embargo, las negociaciones se encontraban en un momento precario. En la agenda de las negociaciones se había llegado al tema de las víctimas. Por supuesto se debía reparar a las víctimas, en lo factible, y contarles la verdad histórica y jurídica de su sufrimiento y sus causas. Si fuera solamente cuestión de atenderlas a ellas, se podía llegar a un acuerdo sin gran confrontación entre los equipos negociadores de los dos lados.

* Profesor Emérito de la Universidad de Notre Dame.

En la realidad, la dificultad tenía que ver, no tanto con las víctimas, sino con los victimarios. ¿Qué hacer con los responsables de gran cantidad de desapariciones forzadas, de secuestros, de asesinatos, de masacres, de torturas, de reclutamiento forzoso de menores, de violaciones sexuales? ¿Qué hacer con los crímenes graves de guerra, con los crímenes de lesa humanidad, con el encubrimiento, con la impunidad? ¿Qué hacer con los delitos graves cometidos por las dos bandas, tanto por los militares como por los guerrilleros de las FARC? Es decir, ¿qué hacer con la justicia?

En la primavera de 2015, las conversaciones sobre la justicia estaban estancadas. Por un lado, el Gobierno insistió —con mucha razón— en la justicia penal para los mayores delincuentes de las FARC. Por otro lado, algunos comandantes de las FARC insistían —tanto pública como privadamente— que no iban a entregar sus armas para caer presos ante la justicia del enemigo. Mientras tanto, los altos oficiales de los cuerpos de seguridad del Estado esperaban y escuchaban, a ver si habría repercusiones para ellos y para su tropa.

La verdad es que, sin resolver el tema de la justicia, existía riesgo real del fracaso de las negociaciones y la continuación de la tragedia bélica de Colombia. En un intento por superar tal amenaza para el avance de las negociaciones, el Presidente Santos y el Comandante alias Timochenko, jefe de las FARC, acordaron crear una subcomisión de abogados para buscar una resolución al tema de la justicia. Por el lado del Gobierno, el Presidente Santos nombró a dos destacados juristas colombianos, Manuel José Cepeda y Juan Carlos Henao, ambos expresidentes de la Corte Constitucional, y a quien hoy les habla, para integrar a la subcomisión. Por el lado de la guerrilla, se nombró al abogado español Enrique Santiago, al político conservador colombiano (y abogado) Álvaro Leyva, y al abogado colombiano Diego Martínez. La subcomisión se reunió en múltiples ocasiones y durante largas horas entre julio y diciembre de 2015, tanto en La Habana como en Bogotá, siempre en comunicación cercana con los negociadores plenipotenciarios de los dos lados.

Desde el comienzo hasta el final, la jurisprudencia de la Corte Interamericana era clave para el trabajo de la subcomisión. En un inicio, algunos comandantes de las FARC querían amnistía

para sus graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. A la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, les decíamos, esto era jurídicamente imposible.

Comenzando con la sentencia en el caso *Barrios Altos vs. Perú* de 2001[1] y pasando por numerosas sentencias posteriores en casos de otros países, la Corte Interamericana dejó bien claro que no son admisibles las amnistías en casos de graves crímenes violatorios de los derechos humanos. Tan contundente era esta jurisprudencia en contra de amnistías respecto de atrocidades que el propio abogado principal de las FARC, el señor Santiago, no tuvo más remedio que aceptar la imposibilidad de una amnistía respecto de las graves violaciones a los derechos humanos (a diferencia de una amnistía para delitos políticos, la cual sí se acordó). Nuestro consenso era que ni la Corte Interamericana, ni la Corte Constitucional de Colombia, respetando la jurisprudencia interamericana, dejaría pasar una amnistía para las graves violaciones.

Pero si bien no era admisible una amnistía, por otro lado, tampoco era factible la vía de la justicia penal ordinaria para procesar las violaciones perpetradas. Los comandantes de las FARC declararon que, antes de rendirse de esa forma, iban a regresar a la montaña y al combate y los negociadores del Gobierno tuvieron que tomar en cuenta que, si bien las FARC, luego de más años de sangre iban a perder la guerra, ¿cuántos colombianos más iban a perder la vida y a sufrir si se mantenían en guerra?

Así es que, si la jurisprudencia de la Corte Interamericana hubiera sido interpretada de manera totalmente inflexible, es muy probable que no se habría llegado a ningún acuerdo sobre el tema de la justicia y, sin ello, no hubiese habido acuerdo global de paz. Afortunadamente, a mi juicio, varios jueces de la Corte Interamericana anticipaban las posibles desventajas de una jurisprudencia absolutista sobre una negociación de paz. En el voto razonado del juez Diego García-Sayán en el caso *Masacre de El Mozote vs. El Salvador*, fallado por la Corte en 2012, se reconoció la necesidad de un grado de flexibilidad para lograr la paz, en los términos siguientes:

[1] Corte IDH. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 41.

> "Los Estados tienen el deber jurídico de atender los derechos de las víctimas y, con la misma intensidad, la obligación de prevenir nuevos hechos de violencia y alcanzar la paz en un conflicto armado por los medios que estén a su alcance. La paz como producto de una negociación se ofrece como una alternativa moral y políticamente superior a la paz como producto del aniquilamiento del contrario. Por ello, el derecho internacional de los derechos humanos debe considerar a la paz como un derecho y al Estado como obligado a alcanzarla".[2]

De los siete jueces de la Corte que fallaron el caso *El Mozote*, cinco se adhirieron a este criterio, y los otros dos guardaron silencio sobre el tema. Este párrafo del voto razonado fue un fundamento jurídico, y una guía filosófica, para la resolución del tema de justicia por parte de la subcomisión. Se citó textualmente en el primer párrafo del acuerdo sobre la llamada Jurisdicción Especial para la Paz,[3] que acordamos en la subcomisión; luego fue aceptada por los plenipotenciarios y, a fin de cuentas, por las partes al conflicto armado de más de 50 años.

El mismo Voto Razonado precisaba que, en aras de lograr la paz, se puede considerar el "reconocimiento de responsabilidades por parte de los máximos líderes," lo cual "puede contribuir a promover un proceso de esclarecimiento tanto de los hechos como de las estructuras que hicieron posible esas violaciones".[4] Afirmaba también: "la reducción de penas, la concesión de penas alternativas, la reparación directa del perpetrador a la víctima, el reconocimiento público de responsabilidad, son otras vías que se pueden considerar".[5] Sin entrar en los detalles del acuerdo sobre justicia en Colombia, intentamos tomar en cuenta tales lineamientos.

---

2 Corte IDH. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252, Voto Razonado del Juez Diego García-Sayán, párr. 37.

3 Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, 24 de noviembre de 2016, p. 143, párr. 1, en *http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf* (visto el 16 de julio de 2018).

4 Voto Razonado, párr. 31.

5 *Ibid*.

Ahora bien, estoy consciente de que el resultado —la Jurisdicción Especial para la Paz— es un tema controvertido. Respeto a quienes lo critican. Yo mismo hubiese preferido una justicia más dura, de ser alcanzable en las negociaciones. Pero no lo era.

Sin embargo, éste no es el momento para profundizar ese debate. Lo que sí es oportuno en esta ocasión es reconocer que la jurisprudencia de la Corte Interamericana resultó clave tanto para acercarnos a la justicia como para lograr la paz. Sin *Barrios Altos* y las sentencias consecuentes, las FARC hubieran podido seguir insistiendo en una amnistía inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos. Y, sin *El Mozote*, difícilmente los negociadores hubieran podido resolver el tema de la justicia, abriendo así las puertas a un acuerdo global para la paz con las FARC, para poner fin a medio siglo de guerra sangrienta en Colombia.

Breves reflexiones sobre el litigio ante la Corte IDH y los avances en su jurisprudencia

*Carlos Ayala Corao**

Es para mí un honor participar en este evento organizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) para conmemorar el 40 aniversario de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y a su vez de la creación de la Corte IDH. Haré unas breves reflexiones surgidas de mi experiencia personal.

He tenido la oportunidad de conocer el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) en diversas perspectivas. En los años ochenta, comencé su estudio desde la academia como profesor de Derecho Constitucional, de Amparo Constitucional y luego de Derechos Humanos. En esa década y la siguiente, comencé a ejercer diversas acciones y recursos constitucionales, tanto en casos individuales como colectivos (pueblos indígenas), en los cuales invocaba el fundamento convencional, doctrinal y jurisprudencial del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Con posterioridad, en el año 1995 fui electo por la Asamblea General de la OEA como miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) para el período 1996-1999,

* Vicepresidente de la Comisión Internacional de Juristas.

siendo designado como su presidente en enero de 1997. Esta fue una oportunidad única no solo para conocer y trabajar desde dentro del Sistema, sino, sobre todo, para servir a las víctimas de violaciones de derechos humanos en su búsqueda de la justicia. Ello me permitió, en el trabajo diario, concebir a los órganos del SIDH como verdaderos órganos de "protección" de los derechos humanos y no como meros tribunales atrapados en el principio dispositivo.

Mi experiencia como presidente de la CIDH fue literalmente a tiempo completo ya que decidí trasladarme a su sede para atender mis responsabilidades de manera presencial y a tiempo completo. Una vez terminado mi período en la Comisión y transcurridos dos años, comencé a acudir al SIDH como peticionario de víctimas, solicitando medidas cautelares y en su caso provisionales, así como litigando sus casos. Esta responsabilidad como abogado defensor de derechos humanos la he ejercido siempre representando a las víctimas. Esa experiencia, como comisionado y como litigante ante el SIDH, ha sido rica y diversa, la cual me ha permitido estar y ver al Sistema mucho más de cerca, desde una perspectiva integral, con sus virtudes, aciertos y deficiencias.

Si 20 años no es nada, como dice el tango, 40 años de vigencia de la CADH y de la Corte IDH sí son algo. Fue un comienzo difícil, complejo, pero esperanzador. No había nada escrito sobre cómo debía evolucionar la Convención y la Corte, pero ambas fueron haciendo camino al andar.

Hoy en día es un hecho que el SIDH creado en un principio por los propios Estados ya no les pertenece de manera exclusiva. El Sistema lo integran y componen: (i) los Estados; (ii) los órganos internacionales de protección (CIDH y Corte IDH); (iii) las víctimas y la sociedad civil, conformada por los defensores de derechos humanos y las organizaciones no gubernamentales. Pero además de estos actores principales, otros actores sociales participan en los procesos ante la Corte IDH a través de otros mecanismos, por ejemplo, los peritajes y los *amicus curiae*, como ha sido el caso, entre otros, de universidades, colegios profesionales, centros de derechos humanos, expertos independientes, relatores de la ONU y diversas orga-

nizaciones internacionales, como es el caso de la Comisión Internacional de Juristas. Ello sin duda ha contribuido a generar un sentido de pertenencia a la Corte IDH con una variada y diversa base social, que ha contribuido a fortalecer su legitimidad en el continente americano y más allá de él.

Desde la entrada en vigor de la CADH, ésta ha estado en una evolución dinámica constante, como un "instrumento viviente", mediante la interpretación autorizada de la Corte IDH, guiada por el principio pro persona o de progresividad. Ello —a semejanza de lo ocurrido en el Sistema Europeo— ha dado lugar a una lectura expansiva de la CADH que ha superado sus originales y a veces limitadas expresiones gramaticales. Por ello, ya no se puede hablar ni comprender la CADH sin hacer referencia a la jurisprudencia de la Corte IDH.

Hoy en día es necesario analizar la CADH a la luz de esas interpretaciones autorizadas, obligatorias y, en su caso vinculantes de la jurisprudencia de la Corte IDH, entendiendo, además, que ello ha dado origen a un derecho convencional judicial interamericano. De allí, la importancia no solo del "precedente" judicial internacional como tal, sino de su contribución a la previsibilidad y certeza del ordenamiento jurídico interamericano.

Debemos reconocer que, en buena parte, esta evolución ha sido posible gracias a los desafíos planteados por las víctimas y sus representantes, y a los avances producidos por la CIDH, que luego han sido aceptados y desarrollados en sede judicial por la Corte IDH. Algunas claves interesantes en ese desarrollo de la CADH en la jurisprudencia de la Corte IDH, que deseo resaltar en este momento, son las siguientes.

La centralidad de las víctimas

La CADH, como instrumento de derechos humanos, fue redactada y suscrita por los Estados en clave de "toda persona humana" como los sujetos centrales de las obligaciones de respeto, garantía, protección y reparación. Así, por ejemplo, en relación con el artículo 8 sobre el debido proceso, su redacción inicial evidentemente tuvo en mente los derechos del imputado, acusado o

procesado en sede penal, a fin de que el proceso se lleve a cabo de manera justa y con todas las garantías: "persona inculpada", "inculpado" y "defensa".[1]

Los familiares de Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez lograron llegar en el primer caso ante la Corte IDH. Se trataba de una víctima de desaparición forzada a cuyos familiares no se había garantizado, entre otros, el derecho a una protección judicial y una reparación en el derecho interno. Lo mismo va a ocurrir con tantos otros casos, me atrevería a decir la mayoría, como son, entre otros, *Genie Lacayo*,[2] las

[1] El artículo 8 de la CADH establece: "Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a. derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b. comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c. concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d. derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia".

[2] Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30.

víctimas del *Caracazo*,[3] *Barrios Altos*,[4] *La Cantuta*[5] y "*Campo Algodonero*".[6]

Por otro lado, si bien la CADH reconoce expresamente en el artículo 25 el derecho a la protección judicial ("recurso efectivo") en el derecho interno para el amparo de todos los derechos reconocidos en dicha Convención, su lenguaje no llega mucho más allá en términos del contenido de las obligaciones del Estado y el contenido de la reparación. De allí que, bajo los principios de responsabilidad internacional del Estado, la Corte IDH haya desarrollado magistralmente en *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*[7] las obligaciones del Estado frente a una víctima de violación de los derechos reconocidos en la CADH, es decir, la obligación de investigar y sancionar a los responsables; así como la obligación de reparar íntegramente a las víctimas.

Este *dictum* de la Corte IDH definió el arquetipo de la protección integral de las víctimas bajo la CADH, por lo que, no sin razón, ha sido una de las sentencias que más ha impactado en otras jurisdicciones, incluida la jurisprudencia de la Corte o Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Estos importantes pasos dados por el SIDH, posteriormente, por insistencia de la CIDH —cuando yo la integraba—, fueron abriendo las puertas a la representación autónoma de las víctimas en los procesos ante la Corte IDH.

En mi caso, como ya lo dije, he tenido la oportunidad de representar a las víctimas ante la Corte IDH, en muchas y diversas modalidades y oportunidades: primero, en mi condición

---

3 Corte IDH. *Caso del Caracazo vs. Venezuela*. Fondo. Sentencia de 11 de noviembre de 1999. Serie C No. 58.

4 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C. No. 75.

5 Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.

6 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.

7 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

de representante de la CIDH, y posteriormente, como abogado defensor o representante autónomo. En esa última condición, tuve la oportunidad de instar a la Corte IDH a adoptar la protección cautelar, a través de sus medidas provisionales autónomas, a grupos colectivos de víctimas (que se acababan de iniciar con las medidas adoptadas en el poblado colombiano de San José de Apartadó),[8] para la protección en Venezuela de los colectivos de periodistas de los medios como El Nacional,[9] Globovisión,[10] y RCTV,[11] así como de sus sedes y las personas que se encontraran en sus instalaciones.

De igual forma, representando a grupos de la población carcelaria (internos) en Venezuela, junto con el Observatorio Venezolano de Prisiones, hemos tenido la oportunidad de lograr tener una buena parte de los reclusos del país bajo la protección de medidas provisionales, adoptadas por la Corte IDH respecto de nueve cárceles.[12] Asimismo, habiendo litigado previamente con la ONG

8 Corte IDH. Asunto de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó respecto de Colombia. Medidas Provisionales. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 9 de octubre de 2000.

9 Corte IDH. Asunto Diarios "El Nacional" y "Así es la Noticia" respecto de Venezuela. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 6 de julio de 2004.

10 Corte IDH. Asunto de la Emisora de Televisión "Globovisión" respecto de Venezuela. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 4 de septiembre de 2004.

11 Corte IDH. Corte IDH. Asunto Luisiana Ríos y otros respecto de Venezuela. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de noviembre de 2002.

12 Corte IDH. Asunto del Internado Judicial de Monagas ("La Pica") respecto de Venezuela. Medidas Provisionales. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 13 de enero de 2006. Asunto del Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II respecto Venezuela. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de marzo de 2006. Asunto Centro Penitenciario de la Región Centro Occidental: Cárcel de Uribana respecto de Venezuela. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2 de febrero de 2007. Asunto del Internado Judicial Capital El Rodeo I y El Rodeo II respecto de Venezuela. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 8 de febrero de 2008. Asunto Centro Penitenciario de Aragua "Cárcel de Tocorón" res-

venezolana COFAVIC —a quien tanto admiro y estimo— el caso de la *Masacre del Retén de Catia (Montero Aranguren y otros vs. Venezuela)*,[13] debo expresar la importancia de que el Estado adopte las medidas de no repetición para evitar nuevas violaciones. En concreto, me preocupa profundamente el hecho de que, por no dar cumplimiento a ese fallo de la Corte IDH, y concretamente por no haber adoptado el Estado las medidas de "no repetición" requeridas por la Corte en ese caso, es que se ha llevado a cabo en Venezuela la violencia carcelaria más grave de este hemisferio.

Por último, aunque no menos importante, desde mi participación en la CIDH en las decisiones de los casos *Ivcher Bronstein vs. Perú*[14] y *Cantos vs. Argentina*,[15] que posteriormente fueron elevados a la Corte IDH, se ha incluido bajo su protección como víctimas a las personas humanas cuyos derechos son ejercidos a través de la ficción de personas jurídicas, pero cuyos derechos humanos se ven violados a través de la violación de los derechos de la persona jurídica. La exclusión de estas personas humanas de la protección internacional significaría frustrar el objeto y propósito de la CADH de brindarle protección coadyuvante y complementaria a toda persona que ha sido víctima de una violación de los derechos reconocidos en dicho tratado.

La situación se tornaría aún más grave en aquellos casos en los cuales la persona humana, para poder ejercer ciertos derechos bajo la CADH, tiene que hacerlo a través de personas jurídicas,

---

pecto de Venezuela. Medidas Provisionales. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de noviembre de 2010. Asunto Internado Judicial de Ciudad Bolívar "Cárcel de Vista Hermosa" respecto de Venezuela. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 15 de mayo de 2011. Asunto Centro Penitenciario de la Región Andina respecto de Venezuela. Solicitud de Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 6 de septiembre de 2012.

13 Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150.

14 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.

15 Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97.

por ejemplo, los derechos de sindicalización, religión o libertad de expresión a través de un medio, etc. Tal es el caso de los periodistas, directivos y accionistas de la estación privada de televisión RCTV (caso *Granier y otros vs. Venezuela*),[16] el cual me tocó litigar como abogado representante de las víctimas junto con mi querido amigo y colega el Dr. Pedro Nikken (expresidente de la Corte IDH). Dicha televisora fue cerrada por el gobierno venezolano, de manera arbitraria, discriminatoria, sin debido proceso ni protección judicial y en clara desviación de poder, impidiéndole con ello a sus periodistas, directivos y accionistas ejercer su libertad de expresión crítica a través de dicho medio, y a la sociedad poder recibir sus informaciones y opiniones.

En el ámbito interamericano, este tema de la protección internacional de la persona humana bajo la CADH, cuando la violación ha sido causada a través de la violación de derechos de una persona jurídica, fue finalmente aclarado y establecido con carácter general por la Corte IDH en su Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016.[17]

La expansión de las garantías del debido proceso más allá de los procesos judiciales

Una lectura superficial y gramatical del artículo 8.1 de la Convención Americana[18] daría la impresión de que por tratarse de ga-

[16] 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.

[17] Corte IDH. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22.

[18] El artículo 8.1 de la CADH reconoce que "[t]oda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal

rantías "judiciales", éstas solo serían aplicables en sede judicial, es decir, ante un juez. Incluso la cláusula final de dicha norma podría ser malinterpretada de manera reduccionista, como la determinación de derechos de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier carácter, pero siempre en sede judicial. Debo notar que esta lectura reduccionista, casi gramatical, aún es la aplicada por algunos órganos de protección internacional (ej. Comité de Derechos Humanos).

La Corte IDH le ha dado a esta norma convencional una interpretación evolutiva y progresiva, tomando en consideración el objeto y propósito de la CADH, llegando así a la conclusión de que el artículo 8.1 se aplica a cualquier procedimiento, judicial o no, que tenga por objeto o resultado una restricción de los derechos convencionales o la sanción a las personas. Así, la Corte IDH ha expandido la aplicación de las garantías mínimas del debido proceso del 8.1 de la CADH a procedimientos que tienen lugar en la sede de otros poderes públicos, como pueden ser los procedimientos parlamentarios y administrativos.

Los primeros casos me tocó decidirlos como miembro de la CIDH y luego litigarlos como representante de la CIDH ante la Corte IDH. Así, por ejemplo, en el caso *Tribunal Constitucional vs. Perú*,[19] la Corte aplicó el 8.1 al procedimiento de *impeachment* o juicio político llevado a cabo en el Congreso peruano en contra de los tres jueces/magistrados del Tribunal Constitucional, en violación a las garantías básicas del debido proceso. Este criterio ha sido reafirmado en los casos de *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*[20] y *Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*.[21]

---

formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter [...]".

19 Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Ferry y Revoredo Marsano) vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71.

20 Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 268.

21 Corte IDH. *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C No. 266.

Asimismo, este criterio ha sido aplicado a los procedimientos administrativos en sede de la Administración Pública. La Corte IDH tuvo oportunidad de aplicar el artículo 8.1, por la violación de las garantías mínimas del debido proceso, en la revocatoria administrativa de la nacionalidad y el pasaporte en el caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*,[22] y respecto de la aplicación de sanciones administrativas de destitución de empleados públicos, en el caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*.[23]

La sujeción de las Constituciones a la CADH

Como constitucionalista educado originalmente en los años setenta del siglo pasado en la escuela *ius* publicista de la supremacía constitucional, es decir, de la Constitución como la norma suprema del ordenamiento jurídico interno, durante mi mandato en la CIDH, a finales de los años noventa, me interesó muchísimo la posibilidad de aplicar los principios *pacta sunt servanda* y la imposibilidad de justificar el incumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados alegando el derecho interno, incluida la propia Constitución.

Por ello, cuando tuve frente a mí, como comisionado de la CIDH, una Constitución con normas concretas abiertamente contrarias a la CADH, me fascinó la idea de la CADH como "norma superior del ordenamiento jurídico" bajo la cual debía sujetarse la propia Constitución. Es decir, la idea del sometimiento de la Constitución (como derecho interno) a las obligaciones internacionales convencionales y, de ser el caso, determinar la inconvencionalidad de la Constitución —lo cual venía a resolver un viejo problema de la posible inconstitucionalidad de normas constitucionales.

En el caso *Olmedo Bustos y otros vs. Chile*[24] relativo a la censura de la película "La Última Tentación de Cristo" (en el cual me tocó

22 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, op. cit*.

23 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.

24 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.

participar en la decisión de la CIDH y luego litigarla ante la Corte IDH), resultaba evidente que la Corte Suprema de Chile había aplicado la censura de dicha película aplicando la norma del artículo 19 número 12 de la Constitución de Chile, que permitía la censura de espectáculos públicos. Si bien los jueces chilenos han debido no aplicar o desaplicar la norma constitucional y aplicar el artículo 13 de la CADH que prohíbe la censura previa, dicho caso nos permitió cuestionar que, precisamente, la aplicación de la norma constitucional no solamente había causado esa violación, sino que, de seguir existiendo, podía seguir siendo aplicada para repetir futuras violaciones de censuras similares.

Por ello, la sentencia de fondo de la Corte IDH fue de gran importancia no solo en la determinación de la inconvencionalidad de la norma constitucional que había causado la violación, sino al condenar al Estado chileno a reparar el daño y a cumplir con su deber convencional de adaptar dicha norma constitucional a la CADH, para evitar la repetición de la violación: "el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa". Es notable cómo el Estado chileno cumplió con dicha obligación, llevando a cabo la modificación de la Constitución para adaptarla a la CADH.

Desde la CIDH —en mi caso como miembro y luego como su representante ante la Corte IDH— sostuve el mismo argumento en el caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*,[25] respecto a la norma de la Constitución de ese país cuyo artículo 43 autoriza la aplicación retroactiva incluso de leyes sancionatorias —como era la Ley 25 en cuestión— por razones de orden público o interés social. Sin embargo, en su sentencia, por razones no explicadas, la Corte no hizo las mismas consideraciones respecto a la norma constitucional inconvencional y, por el contrario, afirmó expresamente, que "[l]a Corte no se pronunciará sobre la solicitud de la Comisión de declarar la incompatibilidad del artículo 43 de la Constitución Política de Panamá con la Convención, por cuanto ya ha resuelto la cuestión de la irretroactividad de las leyes en el contexto de las particularidades del presente caso". Al día de hoy, dicha norma constitucional sigue vigente, y solo una aplicación

[25] Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, op. cit.*

correcta del control de la convencionalidad en el derecho interno podría prevenir que con su aplicación se causen nuevos daños y violaciones de la CADH.

Respecto al control de la convencionalidad de las Constituciones, con posterioridad a estos casos, la Corte IDH ha seguido avanzando en esta materia, como lo hizo respecto a las "cláusulas de exclusión del control de la constitucionalidad de las leyes coloniales preconstitucionales", por ser violatorias del derecho a la protección judicial efectiva reconocido en el artículo 25 de la CADH. Así lo afirmó la Corte respecto a las sanciones de azotes de la Ley de Castigos Corporales por ser tratos crueles e inhumanos, en su sentencia en el caso *Caesar vs. Trinidad y Tobago*[26] y en el caso de la ley sobre la aplicación de la pena de muerte obligatoria y sin atenuantes, en su sentencia *Boyce y otros vs. Barbados*.[27]

El juez como titular del derecho a la independencia judicial

La garantía convencional del derecho de "[t]oda persona" a ser oída por un juez o tribunal "independiente e imparcial" había sido invocada por las víctimas y la CIDH y aplicada por la Corte IDH, desde la dimensión de las partes de un juicio y en definitiva de los justiciables, pero no como una garantía del propio juez.

Con ocasión de los casos llegados a la Corte IDH cuyas víctimas son los jueces mismos, la jurisprudencia interamericana ha tenido la oportunidad de leer la garantía de la independencia desde la dimensión de los propios jueces como titulares del derecho a la independencia judicial. Así, con su génesis en el caso *Tribunal Constitucional vs. Perú*,[28] la Corte va a conti-

[26] Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Serie C No. 123.

[27] Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169.

[28] Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Ferry y Revoredo Marsano) vs. Perú, op. cit*.

nuar desarrollando, en la zaga de casos de jueces respecto a Venezuela, la dimensión del derecho de los jueces a gozar de la estabilidad en sus cargos y a no ser removidos o destituidos arbitrariamente.

En los tres casos de jueces venezolanos Apitz Barbera y otros,[29] María Cristina Reverón Trujillo[30] y Mercedes Chocrón,[31] la Corte declaró la violación, respecto de ellos, de la garantía de la independencia de los jueces del artículo 8 de la CADH, en virtud de que, a pesar de su condición de jueces provisorios, su remoción se llevó a cabo sin causal legal, sin procedimiento alguno y sin derecho a un recurso judicial efectivo. En el caso Reverón Trujillo,[32] la Corte hizo un desarrollo adicional al considerar que esta violación de su derecho a la estabilidad en el cargo de juez, como parte de la independencia judicial, había causado a su vez una violación bajo el artículo 23 de la CADH al derecho a "tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país".

Ampliación del contenido esencial de los derechos: el derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior (8.2.h)

La Corte IDH, asimismo, ha tenido oportunidad de desarrollar el contenido esencial de los derechos humanos reconocidos en la CADH. En efecto, existen derechos cuya configuración normativa tiene una formulación mínima o simplemente no contiene todos sus elementos. Ha sido el caso, entre otros, de la garan-

[29] Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.

[30] Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197.

[31] Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227.

[32] Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela, op. cit*.

tía judicial mínima consistente en "derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior".

En el caso *Mauricio Herrera Ulloa*,[33] que por cierto fue el primer caso que tuve oportunidad de litigar ante la Corte IDH como representante de las víctimas, se cuestionaba el hecho de que la condena penal de primera instancia solo había podido ser recurrida ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, mediante el recurso de casación. Es decir, se cuestionaba si ese recurso de casación había satisfecho las exigencias del artículo 8.2.h de la CADH. Lo cierto es que el recurso de casación, que era entonces el único disponible en el ordenamiento costarricense, que aunque contaba con una interpretación en teoría amplia por parte de la Sala Constitucional, se trataba, primero, de un recurso extraordinario, de causales limitadas y, segundo, solamente le había permitido a la defensa de Mauricio (y así lo había conocido y tramitado la Sala de Casación Penal) cuestionar las violaciones de derecho, pero no los asuntos fácticos o de pruebas, como la falsa o incompleta apreciación de los hechos.

Ese derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior no fue interpretado ni por la CIDH ni, a su turno, por la Corte IDH, como un derecho formal que se satisface de cualquier manera o recurso, sino como un derecho de contenido sustancial, mediante un recurso ordinario no excepcional que —independientemente de su denominación— permita impugnar y, por tanto, revisar en la integralidad la sentencia condenatoria de primera instancia, tanto en los hechos como en el derecho.

Permítaseme terminar con dos breves reflexiones finales:

En primer lugar, estos avances y estos desarrollos en la jurisprudencia de la Corte IDH, que he vivido personalmente de cerca, han tenido algunas, muy pocas afortunadamente, sombras y retrocesos. Como representante de las víctimas, me tocó explicarle a Yelitze Moreno, la viuda de Joe Castillo,[34] que la Corte

[33] 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.

[34] Corte IDH. *Caso Castillo González y otros vs. Venezuela*. Fondo. Sentencia de 27 de noviembre de 2012. Serie C No. 256.

IDH, aplicando una aislada y absurda tesis sobre el deber del Estado de diligencia en la investigación de la ejecución de su esposo en sus brazos, había llevado a declarar que en su caso no había violación de la CADH y, por tanto, no procedía la condena al Estado ni reparación alguna.

En otro caso relativo a Venezuela, *Allan Brewer Carías*,[35] en cuyo litigio participé como asesor con varios eminentes juristas interamericanos, también me llamó la atención negativamente los argumentos dados por la Corte IDH para declarar la inadmisión del caso por no agotamiento de los recursos internos, por parte de un perseguido político con una orden de detención arbitraria dictada por el gobierno. En este caso, afortunadamente, el voto salvado conjunto de los jueces Eduardo Ferrer y Manuel Ventura permitió visualizar la injusticia cometida y, al mismo tiempo, los fundamentos de la que ha debido ser la sentencia reparadora que no fue. Ambos casos esperan su turno de una inusual segunda oportunidad de justicia en la ONU, ante el Comité de Derechos Humanos bajo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En segundo y último lugar, es importante señalar que los avances y desarrollos en la jurisprudencia de la Corte IDH, a los que he hecho referencia de manera somera, han producido nuevos estándares internacionales que son objeto de estudio en otras jurisdicciones internacionales, así como por parte de académicos y estudiosos de la materia. Pero, como siempre le digo a mis alumnos, no hay que perder de vista que detrás de cada sentencia hay una vida humana, un rostro de una o unas víctimas y sus familiares, quienes han tenido un largo y tedioso recorrido para finalmente ver su "día de justicia" en la Corte IDH.

Por eso, siempre hay que tener presente, en especial por quienes integran los órganos internacionales, que les toca la delicada tarea de adoptar decisiones de protección y reparación integral, ya que las víctimas no vienen ante ellos a buscar estándares jurídicos, sino a obtener justicia y, precisamente haciéndoles justicia a las víctimas, es que salen los buenos estándares. No olvidemos

[35] Corte IDH. *Caso Brewer Carías vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de mayo de 2014. Serie C No. 278.

que, al final, tanto la CIDH como la Corte IDH son definidos en la CADH no como órganos abstractos e indiferentes, sino como los "órganos de protección internacional" para garantizar el respeto y salvaguarda de los derechos humanos.

Termino estas breves reflexiones personales dejándole un mensaje a la Corte IDH en este su 40 aniversario, para que continúe como comenzó, poniendo el norte en las víctimas y su protección internacional, recordando así con el gran poeta Antonio Machado, que se hace camino al andar:

Caminante, son tus huellas
el camino y nada más;
Caminante, no hay camino,
se hace camino al andar.
Al andar se hace el camino,
y al volver la vista atrás
se ve la senda que nunca
se ha de volver a pisar.
Caminante no hay camino
sino estelas en la mar.[36]

[36] Machado, Antonio, Extracto de Proverbios y Cantares XXIX.

Lecciones de la Semana del 40 Aniversario de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

*Armin von Bogdandy**

Este último panel de la semana del 40 Aniversario de la Convención Americana nos invita a mirar hacia el futuro del Sistema con base en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. ¿Cómo continuar su desarrollo exitoso justamente celebrado en esta semana?

Para alcanzar dicho objetivo, puede ser de utilidad retomar la discusión generada en el marco de este seminario: primero, el estado de la autoridad del Sistema; segundo, un bosquejo de su principal producto jurídico, el derecho común latinoamericano en derechos humanos, y, tercero, una crítica acerca de este debate con miras a propuestas para futuras semanas de estudio.

La autoridad del Sistema

Esta semana nos ha enseñado que el Sistema Interamericano puede dirigirse con más confianza hacia el futuro porque tiene más autoridad de lo que muchos asumen y algunos esperan.

* Director del Instituto Max Planck, Heidelberg. Agradezco a Douglass Cassel, Laurence Burgorgue-Larsen, Viviana Krsticevic y Mariela Morales Antoniazzi por sus comentarios a un texto anterior.

Las celebraciones de los aniversarios de instituciones internacionales en general, y de sus cortes en particular, no son un gasto inútil de fuerza, tiempo y dinero. Más bien son funcionales, hasta esenciales, para que operen bien, para que cumplan con sus mandatos. Ante todo, sirven para construir y mantener el que probablemente es su recurso más importante: su autoridad. Sin autoridad, ninguna corte internacional puede cumplir su misión. La semana de estudio que está por acabar tiene el potencial de quedarse en la memoria global como una ejemplar celebración en este sentido. Este éxito tiene tres aspectos: jurídico, político y social.

El éxito en el aspecto jurídico es fácil de constatar. En primer lugar, la celebración ha propiciado numerosas contribuciones de alto nivel jurídico. Estas han valorado y elogiado el trabajo del Sistema en general y de la Corte en particular, reforzando con ello su autoridad. Al mismo tiempo, han producido numerosas ideas sobre cómo ir adelante, respaldando así posibles pasos del Sistema en la dirección propuesta. La autoridad jurídica de los ponentes contribuye a la autoridad jurídica de la Corte.

En segundo lugar, visto el conjunto de las exposiciones, se vislumbran mejor ciertos rasgos esenciales de este derecho común latinoamericano en derechos humanos al cual se han hecho considerables referencias. Quizás es este derecho latinoamericano el principal producto del Sistema y el que congrega a todas y todos aquí. Durante esta semana, los rasgos de este derecho y, por ende, la naturaleza o identidad del Sistema mismo se aprecian de manera más clara. Tal esclarecimiento respalda a su vez la autoridad del Sistema porque muestra sus profundas raíces.

La semana ha sido también un éxito político, como lo demuestra el poder de convocatoria de la Corte. Ya la presencia de representantes de instituciones públicas importantes respalda políticamente al Sistema, aunque un apoyo más visible de los Estados sujetos a la autoridad de la Corte no habría sido perjudicial en esta ocasión. No obstante, constituye un hecho político de primer orden el que las instituciones presentes explícitamente tomaran una postura a favor de la labor del Sistema, como efectivamente ocurrió durante esta semana.

La Corte ha sido respaldada por instituciones importantes del poder ejecutivo. Dos voces cuentan realmente y me explico. No solo una, sino dos veces tomó la palabra el Presidente de Costa Rica. Habló en público, con un fuerte compromiso, incluso en una situación de conflicto político interno sobre la autoridad de la Corte. Tal apoyo por el más alto representante del país anfitrión tiene un significativo valor.

El Secretario General de las Naciones Unidas, quizá el más alto representante del sistema administrativo global, visitó la Corte. Además, él también manifestó su apoyo explícito al Sistema Interamericano. Es una premisa que no podía darse por sentado, vista la tensión subliminal entre el Sistema Universal y los sistemas regionales: la fragmentación del derecho internacional sigue siendo un problema relevante.

En cuanto al poder judicial, la semana mostró que la autoridad de la Corte Interamericana se apoya en una red de tribunales, tanto internacionales como nacionales. Las otras dos cortes regionales de derechos humanos participaron tanto con sus presidentes como con otros de sus miembros. No es un hecho menor que para algunos de los jueces africanos implicó viajes verdaderamente extenuantes, pero su presencia confirma su compromiso. De la semana resultó un acuerdo de cooperación como prueba de una voluntad para una interacción más intensa y continua.

A pesar de los posibles conflictos derivados de la fragmentación, los principales conflictos del Sistema en general y de la Corte en especial no tienen lugar con otras cortes internacionales, sino con las cortes nacionales. La presencia de juezas y jueces de cortes nacionales, sobre todo de aquellas con las cuales hay tensiones, es por lo tanto de particular transcendencia. Más aún, todas y todos los representantes de dichas cortes se han pronunciado a favor del Sistema en general y de la Corte en particular. El valor de tal apoyo es especialmente alto, ya que no se ocultaron las serias diferencias. Cierto, de estas presencias y pronunciamientos no se puede deducir la dimensión del consenso a favor de la obra del Sistema. Al mismo tiempo, sí quedó evidenciado que tal consenso existe en el poder judicial de los Estados parte, que ya es mucho, vista la audacia de la Corte con su control de convencionalidad.

Igualmente es políticamente notable la repercusión general de la semana. Es significativa la afluencia inesperada de participantes; fue necesario trasladar la sede hacia las salas más grandes del país. Una huella semejante se reflejó en las redes sociales y en los nuevos medios de comunicación. Todo ello muestra los consensos en torno a la Corte, los cuales son hechos políticos que nutren su autoridad.

Por último, hay que enfatizar el éxito social de la celebración. Más precisamente, la semana parece haber fortalecido el sistema social que constituye la base del éxito de la Convención Americana. Ante todo, queda claro que el sistema social interamericano no solamente abarca instituciones internacionales, sino también nacionales. A este respeto, merece atención no solo la participación de representantes de cortes nacionales, sino también de otras instituciones nacionales como los defensores del pueblo.

Asimismo, es muy significativo el involucrar a muchas organizaciones sociales y víctimas individuales. Quedó clarísimo que el Sistema no está conformado solamente por instituciones oficiales, sino que va más allá, pues concibe a los individuos y agrupaciones de ellos como una parte activa. Esto llega incluso a transformar a los individuos involucrados. Como expresó muy bien la señora Lucrecia Molina Theissen, la activa participación en el Sistema, en particular su rol ante la Corte, la hizo, en sus propias palabras, ciudadana. Esta dimensión, a veces cubierta por la terminología 'víctima' que sugiere una actitud pasiva de estas personas, revela un rol democratizador del Sistema.

Esta amplitud del Sistema Interamericano, que enlaza directamente a distintas instituciones nacionales y a la sociedad civil, nutre la autoridad y legitimidad de la Corte. Al mismo tiempo, revela la fuerza escondida del Sistema: es mucho más que sus instituciones, Corte y Comisión, con sus siete jueces, siete comisionados y su personal. El Sistema se basa hoy en una robusta red de miles y miles de personas repartidas por todas partes. Una red que incluye instituciones, actores colectivos e individuales, organizaciones de la sociedad civil y víctimas que dan legitimidad y efectividad a la labor del Sistema. Diversos grupos sociales relacionados con transformaciones de la sociedad y del Estado se han "apropiado" del trabajo de la Corte.

La significación social de la celebración no se limita a delinear quiénes forman parte del grupo social del Sistema. También ha fortalecido a este grupo porque la semana ha esbozado mejor su identidad. Un sistema social jurídico a menudo se identifica por los grandes casos que del mismo modo procuran una narración.

La Corte señala en su publicación "40 Años Protegiendo Derechos", en ocasión de la celebración, cuáles son las decisiones que a su entender deberían formar parte de esta identidad, de esta narración. La semana de análisis confirma que esto ha sido otro éxito. La importancia de estas decisiones ha sido reiterada muchísimas veces por muchos participantes. Estas decisiones forman, pues, un eje central de la identidad del Sistema.

Otro elemento fundamental de la identidad es el objetivo por el cual se está en el Sistema. En este respecto, también hay un gran consenso: combatir la violencia, la exclusión social, la débil institucionalidad. Queda claro que en el Sistema se trabaja en los grandes temas de la región. Tal convicción de formar parte de algo tan importante fortalece regularmente una identidad de grupo.

La fuerza de tal identidad del Sistema Interamericano se puso de relieve en comparación con los otros dos sistemas regionales de derechos humanos. El Sistema Africano todavía se encuentra en un proceso de conformación y está desarrollando una identidad. El Sistema Europeo, en cambio, se ve confrontado con una variedad tan grande de desafíos que, hasta el momento, no parece haber podido desarrollar una identidad tan marcada como la del Sistema Interamericano.

El derecho común latinoamericano

Una característica esencial en la configuración de la identidad del Sistema Interamericano es la convicción de construir en conjunto un derecho común latinoamericano en derechos humanos para enfrentar problemas estructurales de la región. Eso fue articulado propiamente en términos de identidad. Basta recordar al ministro mexicano de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea quien dejó claro que, para él, cada juez nacional mexicano *es* un juez interamericano. La presidenta

(en ejercicio) de la Corte Suprema de Costa Rica, Carmenmaría Escoto Fernández, no dejó duda de que, no obstante diferencias importantes, considera que su corte contribuye en conjunto con la Corte Interamericana hacia la construcción de un *Ius commune* interamericano.

El Sistema Interamericano rige a un grupo de juristas nacionales e internacionales involucrados en un derecho común de gran vocación. Este derecho latinoamericano no es un castillo en el aire. Aunque seguramente no es todavía un entendimiento jurídico compartido por todos los operadores jurídicos relevantes, sí tiene impacto real en la región. Después de la semana de estudio, tres rasgos de este derecho común latinoamericano destacan visiblemente.

Tales rasgos se pueden trazar con Georg Jellinek, uno de los padres fundadores tanto de los derechos individuales como del derecho público, sea nacional o internacional. Para Jellinek, el derecho se entiende a partir de un hecho psicológico. En esta luz, el rasgo fundamental del derecho común latinoamericano estriba en la convicción de muchos y muchas jueces, sean nacionales, sean internacionales, de juntos ser jueces interamericanos.

Esta convicción ya es significativa y de ninguna manera es dada por descontada ni siquiera por los jueces y las juezas de la Corte Interamericana. No es automático que un juez internacional se considere parte de un sistema común con jueces nacionales. Pero esta convicción es aún más significativa y hasta transformadora para las juezas y los jueces nacionales, ya que en América Latina reinó por mucho tiempo un dualismo rígido a raíz de una concepción muy soberanista de la Constitución.

Contra este fondo, las afirmaciones de los jueces nacionales durante esta semana han sido de grandísima importancia, ya que todas y todos afirmaban y subrayaban este hecho psicológico: su convicción de ser también juezas y jueces interamericanos, no obstante, las diferencias a veces profundas.

Vale la pena añadir que todos los demás participantes en el debate sobre este tema subrayaron que esta percepción corresponde al derecho y a la idea de justicia para la región. Como dice Viviana Krsticevic: “Desde mi experiencia, el derecho común se

afirma en que la gente, muchas víctimas, el movimiento de derechos humanos, parte de los/las funcionarios de Estado, hasta presidentes y expresidentes, lo vean como una construcción jurídica con autoridad. Creo que los juristas son solo una parte de ese colectivo relevante".

Este hecho apunta al segundo elemento de este derecho común: el papel regional que tienen las decisiones de un tribunal del sistema, sobre todo una corte de cierre (Tribunal o Corte Constitucional, Corte Suprema, Corte Interamericana) para los demás tribunales. Esto vale particularmente en la relación entre el nivel nacional y el internacional. Es un rasgo fundamental del derecho común latinoamericano el que una decisión judicial nacional debe reconocer, en principio, la autoridad de una decisión pertinente de la Corte Interamericana. Eso vale, *cum grano salis*, también viceversa, en el sentido de que decisiones de cortes nacionales definen el horizonte en el cual la Corte Interamericana se mueve. Cierto, este principio no es la solución, sino solamente el marco para abordar muchos problemas. Quedan numerosas dudas e incluso disputas sobre cómo hacer valer este principio en la operación compleja y multiforme de la justicia en la región. Pero también en este punto crítico han surgido líneas comunes bastante definidas en las ponencias de esta semana.

Nadie, pero nadie, defendió una supremacía total y autoridad blindada de todas las decisiones de la Corte Interamericana para todos los tribunales nacionales en todas las situaciones. Nadie propuso una obediencia ciega. En cambio, ha vislumbrado más bien un consenso en cuanto a que se necesitan soluciones matizadas. Parece que se reconoce también que, probablemente, no se puede alcanzar una solución de la cuestión que sea compartida por todos. Al mismo tiempo y ello es clave, sí que hay un consenso amplio de que los disensos no deben degenerar en un daño al Sistema común, vista su importancia para la región. Esto lleva al tercer rasgo fundamental del derecho común latinoamericano en derechos humanos.

Este tercer rasgo consiste en la percepción de muchos actores y sobre todo la de las juezas y los jueces involucrados, de estar juntos en un sistema común para un mejor cumplimiento de sus mandatos. Tanto las constituciones nacionales de la re-

gión como la Convención Americana les prescriben a los jueces enfrentar, en el ámbito de sus competencias y procedimientos, la violencia, la exclusión social y la falta de institucionalidad. Todas y todos los que intervinieron durante esta semana dejaron en claro que la cooperación representa un factor coadyuvante para adelantar un cambio social de esta índole en la región.

El derecho común latinoamericano sirve para enfrentar en común los grandes desafíos de la región. Aunque nadie ha postulado que las cortes puedan por sí solas superar dichos desafíos, todas y todos estaban convencidos de que la acción judicial en el campo de los derechos humanos tiene un rol esencial, comprobado en estos 40 años. En palabras de Humberto Sierra Porto "la relación entre los sistemas nacionales y la Corte IDH se explica en clave de búsqueda de legitimidad. En muchos casos las cortes nacionales se ven enfrentadas a resolver casos complejos, donde la opinión pública está dividida o mayoritariamente en contra, y las citas de la jurisprudencia de la Corte le confieren autoridad".

Los tres elementos mencionados pueden entenderse como una definición clasificatoria, y minimalista, del derecho común latinoamericano que marca su naturaleza o identidad jurídica. Continúan abiertas un sinnúmero de cuestiones difíciles. No obstante, el logro es muy significativo y de relevancia global. Podemos afirmar la existencia de un nuevo fenómeno jurídico compuesto por elementos provenientes de varios ordenamientos jurídicos interconectados por un impulso común.

Hoy, por fin, puede afirmarse que hay un derecho común latinoamericano al que se aspiraba desde los primeros momentos postcoloniales. Este derecho hoy no está solamente en la imaginación, ni únicamente en el papel. Está institucionalizado y tiene operatividad por parte de actores definidos que gozan de autoridad.

Ciertamente, este entendimiento de un derecho común latinoamericano no es compartido por todos en la región. Seguramente este derecho latinoamericano en derechos humanos no determina todas las relaciones de poder en la región. Más bien choca con realidades adversas que a menudo también están basadas en y protegidas por el derecho. ¿Cómo avanzar para que el

derecho común latinoamericano tenga más consensos, más eficacia, más impacto? Otra vez, la semana ofrece algunas claves.

Crítica constructiva

Si algo ha faltado en esta semana, ha sido una autocrítica más fuerte del Sistema Interamericano. Esto se puede entender a la luz de una percepción de que el Sistema es débil y está bajo amenaza por fuerzas hostiles. Ya que esta semana ha mostrado la autoridad de la que goza el Sistema, se puede con mayor razón buscar la fuerza innovadora que resulta de la crítica. Esto vale para las críticas que provienen tanto desde dentro como desde fuera.

Un sistema con una fuerte identidad puede soportar divergencias internas enormes y es capaz de vivir con fuertes disputas sobre temas clave. Es incluso capaz de utilizarlas para fortalecerse: la discusión de tales diferencias puede volver al Sistema más creativo y resistente. Se puede permitir un conflicto abierto porque la convicción de estar en un sistema común es una herramienta fundamental a fin de no dejar escalar tales conflictos a un punto fuera de control.

Algo parecido vale para la crítica desde fuera. Quizás se ve aquí otro rasgo distintivo del derecho común latinoamericano: el rechazo de una visión *Schmittiana* que encuadra categóricamente al mundo social conforme a la dicotomía amigo-enemigo. La búsqueda de un diálogo en torno a las críticas, donde sea posible, es esencial.

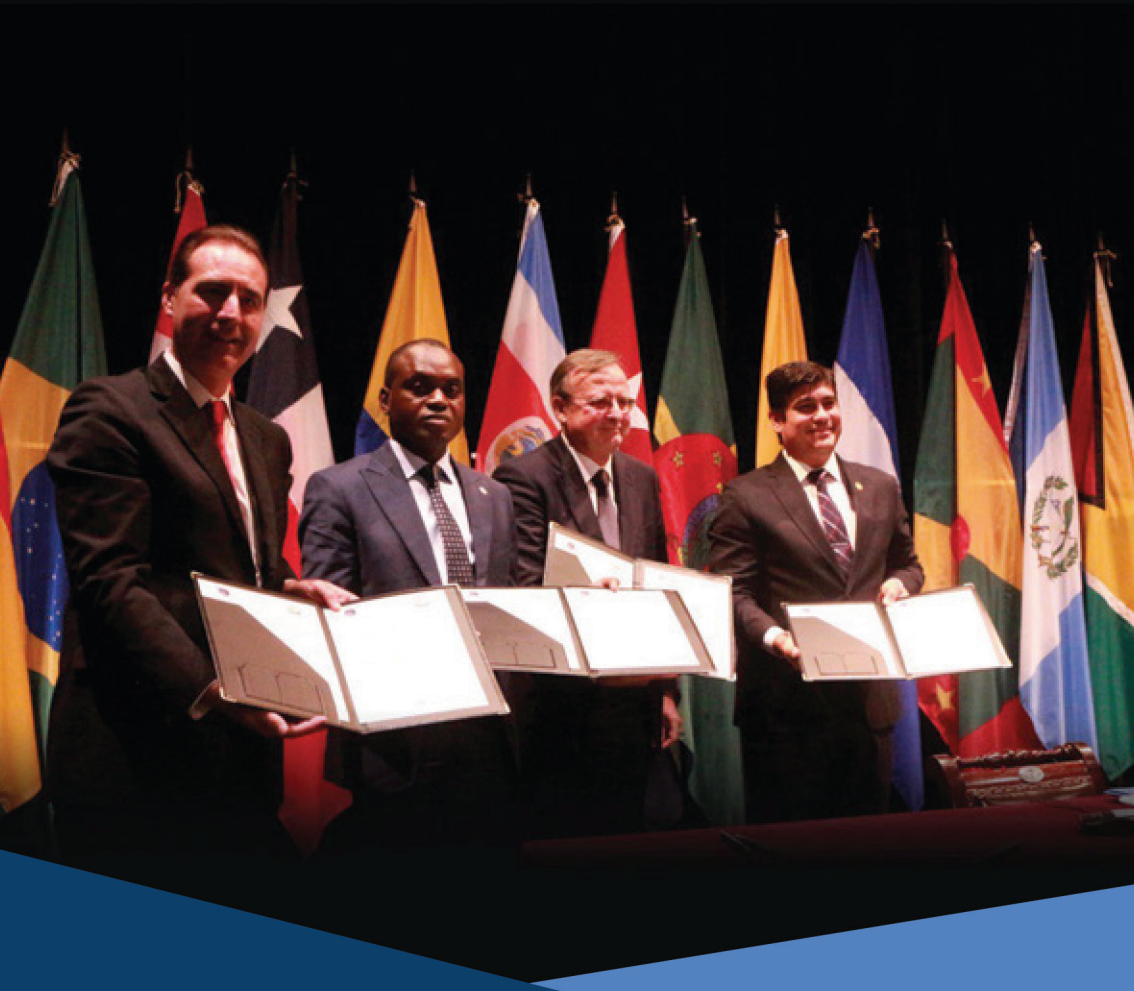
En esta tesitura, se pueden tomar en cuenta varios temas y orientaciones, y tres de ellas me parecen particularmente pertinentes para futuros seminarios como el de esta semana de estudio. Primero, se podría debatir, a un nivel muy jurídico, si de verdad todo el *corpus juris* latinoamericano es un logro. Eso es improbable vista la complejidad en medio de la cual se desempeña la Corte con sus decisiones. En cambio, sí podría constituir una señal importante que, dentro del Sistema, se generase un seminario sobre "Las 10 peores decisiones: ¿cuáles son y qué hacer?" Tal seminario podría originar una crítica muy constructiva que promueva al Sistema.

Segundo, otro seminario se podría ocupar de una tensión, a lo mejor hasta una paradoja, que derivó de sendas contribuciones en esta semana. Distintas voces reconocieron la contribución del Sistema al desarrollo de los derechos humanos en la región y al mismo tiempo lamentaron su terrible situación debido a la exclusión, la violencia, la corrupción. Por un lado, parece que ha habido progreso; por otro, parece que nada sustancial cambia. ¿Cuál es la relación entre estas dos afirmaciones? ¿Es válida la sencilla respuesta de que la situación continúa siendo terrible porque no hay suficiente respeto a los derechos? ¿O acaso hay detrás una relación más compleja? Esto llevaría a otra mirada crítica hacia el Sistema, que a su vez podría ser útil para su futura actuación y efectividad.

Finalmente, se podría considerar involucrar más a aquellos que no consideran que el Sistema es tan grandioso y exitoso. A quienes piensan que la Corte debería ser más formalista y que actualmente su manera de argumentar menoscaba la específica racionalidad del derecho y sus propios parámetros de razonamiento. A quienes piensan que los objetivos del Sistema se alcanzan mejor con otros instrumentos y que la vía de los derechos humanos conlleva demasiadas desventajas para lograr políticas públicas exitosas. A quienes piensan que esta agenda de los derechos humanos obstaculiza el proyecto verdaderamente importante de avanzar hacia sociedades más justas, es decir, el proyecto de un crecimiento económico mucho más robusto. Y, finalmente, a quienes piensan que este proyecto transnacional de un derecho común latinoamericano de los derechos humanos desconoce la naturaleza fundamental tanto de la persona como del Estado.

Es cierto que no se puede ni se quiere involucrar absolutamente a todos. Con los que no quieren dialogar, se puede solo negociar y a veces solo combatir. Pero la lógica profunda de este derecho común latinoamericano es la de buscar a aquellos con los cuales se puede dialogar, sobre todo tratándose de puntos críticos.

FIRMA DE LA DECLARACIÓN DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA







EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME



DECLARACIÓN DE SAN JOSÉ

Declaración Conjunta de los Presidentes de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en ocasión del 40 Aniversario de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

* * *

Los Presidentes de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, reunidos en San José de Costa Rica el 18 de julio de 2018 con motivo del 40 aniversario de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos;

Teniendo presente los antecedentes de diálogo institucional y jurisprudencial, los trabajos y esfuerzos comunes previos entre la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos que permitieron compartir criterios conceptuales y jurisprudenciales de cada Tribunal en beneficio común;

Celebrando y reconociendo el 40 aniversario de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como una oportunidad excepcional para fortalecer el diálogo, la cooperación y los vínculos institucionales entre los tres tribunales de derechos humanos del mundo;

Convienen en:

1. Establecer un Foro Permanente de Diálogo Institucional entre la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos;

2. El Foro Permanente tendrá por objetivo trabajar conjuntamente para fortalecer la protección de los derechos humanos y el acceso a la justicia internacional de las personas bajo jurisdicción de los tres Tribunales, contribuir con los esfuerzos estatales de fortalecer sus instituciones democráticas y mecanismos de protección de derechos humanos y superar los retos y desafíos comunes para la efectiva vigencia de los derechos humanos.



3. El Foro Permanente se reunirá en sesiones privadas y públicas de manera rotativa en la sede de cada Tribunal, la temporalidad se fijará dependiendo de las necesidades de los Tribunales. Las reuniones de trabajo privadas serán sesiones en las cuales los tres Tribunales dialogarán, entre otros asuntos, sobre: a) los principales desarrollos institucionales, normativos y jurisprudenciales de cada Tribunal; b) el impacto, las dificultades y desafíos del trabajo desarrollado por cada Tribunal, y c) los mecanismos para fortalecer la cooperación entre los Tribunales. Las sesiones públicas serán eventos dirigidos a difundir y compartir el diálogo jurisprudencial entre los tres Tribunales. El foro podrá concluir su sesión con la suscripción de una declaración conjunta sobre los principales avances y consensos encontrados en cada reunión así como las medidas concretas a adoptar para fortalecer el diálogo y el trabajo común.

Firmada en San José de Costa Rica el 18 de julio de 2018

Sylvain Oré
Presidente
Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos

Guido Raimondi
Presidente
Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Presidente
Corte Interamericana de Derechos Humanos

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

DECLARAÇÃO DE SAN JOSÉ

Declaração Conjunta dos Presidentes do Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos, do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por ocasião do 40º aniversário da entrada em vigor da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e da criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos

***

Os Presidentes do Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos, do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, reunidos em San José, Costa Rica, em 18 de julho de 2018, em virtude do 40º aniversário da entrada em vigor da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e da criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos;

Levando em consideração os precedentes de diálogo institucional e jurisprudencial, e os trabalhos e esforços comuns prévios entre o Tribunal Africano dos Direitos Humanos, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que permitiram compartilhar critérios conceituais e jurisprudenciais de cada Tribunal em benefício comum;

Celebrando e reconhecendo o 40º aniversário da entrada em vigor da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e da criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos como uma oportunidade excepcional para fortalecer o diálogo, a cooperação e os vínculos institucionais entre os três tribunais de direitos humanos do mundo;

Concordam em:

1. Estabelecer um Fórum Permanente de Diálogo Institucional entre o Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos;

2. O Fórum Permanente terá como objetivo trabalhar em conjunto para fortalecer a proteção dos direitos humanos e o acesso à justiça internacional para as pessoas sob a jurisdição dos três tribunais, contribuir com os esforços estatais para fortalecer suas instituições democráticas e seus mecanismos de proteção de direitos humanos, e superar os desafios comuns para a efetiva vigência dos direitos humanos.

40 años
CORTE IDH
Protegiendo Derechos

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

3. O Fórum Permanente se reunirá em sessões privadas e públicas, na sede de cada Tribunal, rotativamente. A frequência das reuniões será determinada com base nas necessidades dos tribunais participantes. As reuniões de trabalho privadas serão sessões nas quais os três tribunais discutirão, entre outros assuntos: a) os principais desenvolvimentos institucionais, normativos e jurisprudenciais de cada Tribunal; b) o impacto, as dificuldades e os desafios do trabalho desenvolvido por cada Tribunal; e c) os mecanismos para fortalecer a cooperação entre os Tribunais. As sessões públicas serão eventos destinados a difundir e compartilhar o diálogo jurisprudencial entre os três Tribunais. O Fórum poderá concluir sua sessão com a assinatura de uma declaração conjunta sobre os principais avanços e consensos atingidos em cada reunião, bem como as medidas concretas a serem adotadas para fortalecer o diálogo e o trabalho comum.

Assinada em San José, Costa Rica, em 18 de julho de 2018

Sylvain Oré	Guido Raimondi	Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Presidente	Presidente	Presidente
Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos	Tribunal Europeu dos Direitos Humanos	Corte Interamericana de Direitos Humanos

CORTE IDH
Protegiendo Derechos

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

DECLARATION OF SAN JOSÉ

Joint Declaration of the Presidents of the African Court on Human and Peoples' Rights, the European Court of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights, on the occasion of the 40th Anniversary of the entry into force of the American Convention on Human Rights and the creation of the Inter-American Court of Human Rights

* * *

The Presidents of the African Court on Human and Peoples' Rights, the European Court of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights, gathered in San José, Costa Rica on the 18th of July 2018 on the occasion of the 40th anniversary of the entry into force of the American Convention on Human Rights and the creation of the Inter-American Court of Human Rights;

Considering the antecedents of institutional and jurisprudential dialogue, the previous shared work and efforts between the African Court on Human and Peoples' Rights, the European Court of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights that allowed the sharing of the conceptual and jurisprudential standards of each Court for the common benefit;

Celebrating and recognizing the 40th anniversary of the entry into force of the American Convention on Human Rights and the creation of the Inter-American Court of Human Rights as an exceptional opportunity to strengthen the dialogue, cooperation and institutional ties between the three human rights courts of the world;

Have agreed upon the following:

1. To establish a Permanent Forum of Institutional Dialogue between the African Court on Human and Peoples' Rights, the European Court of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights;

2. The Permanent Forum will aim to strengthen the protection of human rights and access to international justice of the people under the jurisdiction of the three courts, to contribute to state efforts to strengthen their democratic institutions and human rights protection mechanisms, and to overcome the common challenges and threats to the effective validity of human rights by working together.

40 años
CORTE IDH
Protegiendo Derechos

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

3. The Permanent Forum will meet in private and public sessions at the headquarters of each Court on a rotating basis, as often as the participating Courts deem necessary. The private work meetings will be sessions in which the three Courts will engage in dialogue on: a) the principal institutional, normative and jurisprudential developments of each Court; b) the impact, difficulties and challenges of the work undertaken by each Court, and c) mechanisms to strengthen cooperation between the Courts, among other issues. The public sessions will be events directed at disseminating and sharing the jurisprudential dialogue between the three Courts. The forum can conclude its session with the subscription of a joint declaration on the principal advances and consensus reached in each meeting, as well as the concrete measures to be adopted to strengthen the dialogue and shared work.

Signed in San José, Costa Rica on the 18th of July 2018

Sylvain Oré
President
African Court on Human and Peoples' Rights

Guido Raimondi
President
European Court of Human Rights

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
President
Inter-American Court of Human Rights

CORTE IDH
Protegiendo Derechos

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

DÉCLARATION DE SAN JOSÉ

Déclaration conjointe des Présidents
de la Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, de la Cour Européenne des Droits de l'Homme et de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme,
à l'occasion du 40e anniversaire de l'entrée en vigueur de la Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme et de la création de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme

***

Les Présidents de la Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, de la Cour Européenne des Droits de l'Homme et de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, réunis à San José, au Costa Rica, le 18 Juillet 2018, à l'occasion de la célébration du 40e anniversaire de l'entrée en vigueur de la Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme et de la création de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme;

Tenant compte des antécédents de dialogue institutionnel et jurisprudentielle, les efforts conjoints et les travaux entre la Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, la Cour Européenne des Droits de l'Homme et la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme qui ont permis le partage des critères conceptuels et juridiques de chacun des tribunaux dans l'intérêt commun;

Célébrant et reconnaissant le 40e anniversaire de l'entrée en vigueur de la Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme et de la création de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme comme une occasion exceptionnelle afin de renforcer le dialogue, la coopération et les liens institutionnels entre les trois tribunaux des droits de l'homme dans le monde;

Sont d'accord sur ce qui suit:

1. Créer un Forum Permanent du Dialogue Institutionnel entre la Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, la Cour Européenne des Droits de l'Homme et la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme;

2. Le Forum Permanent s'efforcera de travailler ensemble pour renforcer la protection des droits de l'homme et l'accès à la justice internationale pour les personnes sous la juridiction des trois tribunaux, contribuer aux efforts des États de renforcer leurs institutions démocratiques et leurs mécanismes de protection des droits de l'homme, et surmonter les challenges et défis communs pour la validité effective des droits de l'homme.

CORTE IDH
Protegiendo Derechos

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

3. Le Forum Permanent se retrouvera pour les sessions privées et publiques à tour de rôle au siège de chaque Tribunal, aussi souvent que les tribunaux le considèrent nécessaire. Les réunions de travail privées seront des sessions au cours desquelles les trois cours discuteront, entre autres, sur: a) les principaux développements institutionnels, normatifs et jurisprudentiels de chaque Tribunal; b) l'impact, les difficultés et les défis du travail développé par chacun des tribunaux, et c) les mécanismes pour renforcer la coopération entre les tribunaux. Les séances publiques seront des événements visant à diffuser et à partager le dialogue jurisprudentiel entre les trois tribunaux. Le Forum sera en mesure de conclure sa session avec la signature d'une déclaration commune sur les principales avancées et consensus trouvés lors de chaque réunion ainsi que les mesures concrètes d'adopter pour renforcer le dialogue et le travail commun.

Signé à San José, Costa Rica, le 18 juillet 2018

Sylvain Oré
Président
Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples

Guido Raimondi
Président
Cour Européenne des Droits de l'Homme

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Président
Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme

CORTE IDH
Protegiendo Derechos

Éxitos y desafíos en los sistemas regionales de derechos humanos
40 aniversario de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
Seminario internacional
se terminó de imprimir en mayo de 2023,
en los Talleres Gráficos del Poder Ejecutivo
del Estado de Querétaro,
su tiraje consta de 1 000 ejemplares.

ISBN 978-9977-36-286-1



Corte IDH
Protegiendo Derechos

