

CONSTRUCCIÓN DE UN *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* EN AMÉRICA LATINA

Contexto, estándares e impacto a la luz de la Corte
Interamericana de Derechos Humanos

Armin von Bogdandy
Mariela Morales Antoniazzi
Eduardo Ferrer Mac Gregor
Coordinadores



MAX PLANCK INSTITUTE
FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW
AND INTERNATIONAL LAW



Instituto de Ciencias de Gobierno y Desarrollo Estratégico
Centro de Estudios en Gobierno y Política

**CONSTRUCCIÓN DE UN *IUS*
CONSTITUTIONALE COMMUNE
EN AMÉRICA LATINA**

Contexto, estándares e impacto a la luz de la Corte
Interamericana de Derechos Humanos

CONSTRUCCIÓN DE UN *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* EN AMÉRICA LATINA

Contexto, estándares e impacto a la luz de la Corte
Interamericana de Derechos Humanos

Armin von Bogdandy
Mariela Morales Antoniazzi
Eduardo Ferrer Mac Gregor
Coordinadores

COLECCIÓN GOBIERNO Y POLÍTICA

4



Instituto de Ciencias de Gobierno y Desarrollo Estratégico - BUAP
Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM
Corte Interamericana de Derechos Humanos - OEA
Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law

BENEMÉRITA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE PUEBLA

José Alfonso Esparza Ortiz
Rector

René Valdiviezo Sandoval
Secretario General

Ygnacio Martínez Laguna
Vicerrector de Investigación y Estudios de Posgrado

INSTITUTO DE CIENCIAS DE GOBIERNO Y DESARROLLO ESTRATÉGICO

José Antonio Meyer Rodríguez
Director

*Esta investigación, para ser publicada, fue arbitrada
y avalada por el sistema de pares académicos*

Comité Científico: Dr. Diego Reynoso, Dr. Florian Grotz, Dr. Rodrigo Salazar Elena, Dr. Javier Arzuaga Magnoni, Dr. Luis F. Aguilar Villanueva, Dra. Angélica Cazarín Martínez, Dr. José Luis Velasco Cruz, Dr. Raúl Olmedo Carranza, Dr. Fernando Gil Villa y Dr. Juan De Dios Pineda Guadarrama.

*Coordinación y cuidado de la edición: Carlos Enrique Ahuactzin Martínez
Diseño de portada: Iván Velasco Vega*

Primera edición, 2016
ISBN [versión impresa]: 978-607-525-096-0
ISBN [versión electrónica]: 978-607-525-097-7

© **Benemérita Universidad Autónoma de Puebla**
4 sur 104, Centro Histórico, Puebla, Pue. C.P. 72000

Instituto de Ciencias de Gobierno y Desarrollo Estratégico
Av. Cúmulo de Virgo s/n. Acceso 4, CCU. Puebla, Pue. C.P. 72810
www.icgde.buap.mx

Editado en México

ÍNDICE

PARTE I. Contexto y concepto

La “navegación americana” de los Derechos Humanos: hacia un <i>Ius Commune</i> <i>Sergio García Ramírez</i> _____	11
La disputa por los derechos y el <i>Ius Constitutionale Commune</i> <i>Pedro Salazar Ugarte</i> _____	47
<i>Ius Constitutionale Commune</i> en América Latina. Una mirada a un constitucionalismo transformador <i>Armin von Bogdandy</i> _____	71
El concepto del <i>Ius Commune</i> Latinoamericano en Derechos Humanos: elementos para una agenda de investigación <i>José Ma. Serna de la Garza</i> _____	105
Formación y transformación del sistema presidencial en América Latina. Una reflexión sobre el <i>Ius Constitutionale Commune</i> Latinoamericano <i>Diego Valadés</i> _____	123

PARTE II. Estándares de protección de grupos vulnerables

Hacia la justiciabilidad plena de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de Derechos Humanos <i>Eduardo Ferrer Mac-Gregor</i> _____	155
Pasado, presente y futuro de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana: un debate inacabado <i>Juan Jesús Góngora Maas</i> _____	219

Protección de las personas privadas de libertad: aportes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la construcción de un *Ius Constitutionale Commune*
Mariela Morales Antoniazzi _____ **265**

La protección especial por razón de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
María Daniela Rivero _____ **307**

Avances, aproximaciones y desafíos emergentes en el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y tribales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
Jorge Calderón Gamboa _____ **331**

PARTE III. Impacto y diálogo: la interamericanización

Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
Pablo Saavedra Alessandri _____ **353**

El impacto de las decisiones interamericanas: notas sobre la producción académica y una propuesta de investigación en torno al “empoderamiento institucional”
Oscar Parra Vera _____ **391**

El derecho a recurrir el fallo, también aplicable para altas autoridades en las Américas: un diálogo multinivel
Jorge Calderón Gamboa y Cecilia La Hoz Barrera _____ **425**

¿Y donde está el diálogo? A propósito de la jurisprudencia interamericana sobre discapacidad
Paola Andrea Acosta y Daniel Rivas _____ **443**

Voces guatemaltecas con acento interamericano. El diálogo en el caso contra Ríos Montt

Ximena Soley Echeverría _____ **459**

Conversando sobre derechos: ¿una nueva actitud dialógica de la Suprema Corte?

Mauro Arturo Rivera León _____ **485**

Restricciones institucionales de los gobiernos para el fortalecimiento de los Derechos Humanos

Rocío Flores Calderón, Martha Miranda Muñoz,

Orlando Espinosa Santiago y Víctor Manuel Figueras Zanabria _____ **503**

PARTE I

Contexto y concepto

La “navegación americana” de los Derechos Humanos: hacia un *Ius Commune*¹

Sergio García Ramírez²

SUMARIO: 1. Un objetivo y un itinerario 2. Los elementos del Sistema Interamericano 3. Espacio político y espacio judicial 4. Democracia y factores de cambio 5. Las “miradas” sobre la navegación americana 6. Autoritarismo y proyecto democrático 7. Los puentes entre el Derecho Interno y el DIDH 8. La misión del juzgador 9. Los grandes temas para el *ius commune*.

1. Un objetivo y un itinerario

Este artículo, que aloja un tema previamente expuesto en otras reflexiones³, se suma al esfuerzo colectivo por avanzar en la ruta del *ius commune* latinoamericano relativo a los derechos humanos, tarea que ha ganado voluntades y territorios en los últimos años. Hoy existe una circunstancia favorable a esta marcha –pese a los infinitos obstáculos que tradicionalmente ha enfrentado–, que se manifiesta en sendas reformas normativas,

1. Una versión anterior de este trabajo ha sido publicada en Bogdandy, Armin von, Héctor Fix-Fierro y Mariela Morales Antoniazzi (Coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina, Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM e Instituto Max Plank de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, México, 2014.

2. Expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador Nacional Emérito del Sistema Nacional de Investigadores (México). Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Presidente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales. Con la colaboración de Eréndira Nohemí Ramos Vázquez, Asistente de Investigación (SNI).

3. La más cercana, de la que deriva el texto actual, fue la exposición del autor en la conferencia inaugural con la misma designación de este artículo del Seminario Internacional *Ius Constitutionale Commune en los Derechos Humanos en América Latina. Sus objetivos*, el 20 de noviembre de 2013, en el Max Plank Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Heidelberg, Alemania).

giros jurisprudenciales, políticas públicas emergentes y atenciones académicas⁴. De ahí que podamos aludir con buen fundamento al asunto que anuncia el título del artículo, al que adelante me referiré con mayor detalle: una “navegación americana” en el derrotero de los derechos humanos.

Han transcurrido veinte años desde que se reunió la Conferencia Mundial de Derechos Humanos⁵, que produjo documentos fundamentales para esta materia –una Declaración y un Programa que concentraron el pensamiento y los propósitos de la humanidad en 1993⁶. Entonces manifestó el secretario general de Naciones Unidas, Boutros-Boutros Ghali– que esa conferencia constituía “uno de esos momentos raros y esenciales en que toda la comunidad de los Estados se halla bajo la mirada del mundo”⁷. Esa mirada no ha cesado: se tiende sobre los progresos, pero también sobre los tropiezos y los retrocesos. Está en vigilia. Observa las afirmaciones y las negaciones. Mantiene la atención en torno a las deliberaciones y las tensiones que se advierten dondequiera, América incluida⁸.

El examen de estas cuestiones conduce inmediatamente tanto al abordaje de un binomio inescindible: derechos humanos y democracia, como a la revisión del itinerario que hemos desarrollado –mujeres y hombres de América, Estados y sociedad civil, es decir, pueblos americanos– para alcanzar, como quien se orienta hacia la “tierra prometida”, los extremos de aquel binomio. Derechos humanos y democracia se reclaman y condicionan mutuamente; lo que ocurre en un extremo repercute en el otro, como que son caras de una sola medalla⁹. En la normativa interamericana de los

4. Mencionaré, sólo por vía de ejemplo, que en los dos meses anteriores a la elaboración del presente trabajo, hubo en México diversas expresiones de atención política y académica hacia el tema central que ahora interesa, los derechos humanos. Fueron la Reunión de la Red de Organizaciones Nacionales de Protección de los Países Americanos (octubre de 2013); el período extraordinario de sesiones –y los encuentros académicos conexos– de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (por segunda vez; la primera fue en 2005, también en la ciudad de México; *cfr.* Saavedra Alessandri, 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*, Sergio García Ramírez y Mireya Castañeda [coords.], México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Secretaría de Relaciones Exteriores/Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009, pp. 37 y ss.), y las XIV Jornadas sobre Justicia Penal del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, del 3 al 6 de diciembre, acerca de los “Criterios y jurisprudencia interamericana de derechos humanos. Influencia y repercusión en la justicia penal”.

5. *Cfr.* ONU, *Conferencia mundial de derechos humanos. Declaración y programa de acción de Viena. Junio 1993*, New York, Naciones Unidas, 1995.

6. Adoptados por consenso de los representantes de 171 Estados, el 25 de junio de 1993, y aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 48/121 del mismo año. *Cfr. ibidem*, p. 1.

7. *Cfr. ibidem*, p. 5.

8. *Cfr.* un comentario general acerca de la evolución reciente del Sistema Interamericano, la relación entre órganos políticos y de derechos humanos de la Organización de los Estados Americanos y el debate sobre reformas en esta materia, en González Morales, Felipe, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 61 y ss.

9. Este reconocimiento es constante y generalizado. Mencionemos, así, la Carta Democrática Interamericana, aprobada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos el 11 de septiembre de 2001 (misma fecha de

derechos humanos y en los pronunciamientos de la jurisprudencia regional es constante la referencia al marco de la sociedad democrática, en la que legalidad y legitimidad se hallan indisolublemente vinculadas¹⁰. Estas referencias ilustran y confieren rumbo y contenido al *ius commune* interamericano.

También me referí al itinerario que hemos venido cumpliendo y que caracteriza los afanes del orden interamericano, sus pasos –adelante, confiamos– y sus estaciones. En este punto aludo, sobre todo, a “nuestra América”, conforme a la expresión martiana¹¹: el conjunto de repúblicas identificadas por elementos históricos y culturales (mayoritariamente) compartidos, que han desenvuelto su travesía a partir de circunstancias comunes (en amplia medida) y con el mismo (supuesto) puerto de arribo. Me he permitido utilizar con frecuencia esta figura “náutica”, que considero ilustrativa¹² y que permite deslindar las tareas mundiales de los cuidados regionales e inclusive nacionales: distinguir, pues, entre los datos generales y los datos particulares, comunicados entre sí por anhelos, empeños y propósitos que confieren coherencia al conjunto.

Lo que llamo navegaciones “regionales”, como son los casos notorios de la europea¹³, la americana y la africana –y pudieran ser las navegaciones que aguardan–, tiene que ver con experiencias, necesidades, posibilidades, expectativas, “vientos” (apacibles o cruzados), tiempos e instrumentos, que imponen el signo de lo particular sin negar –antes bien, afirmando– el signo de lo general. Existe una navegación europea,

los trágicos atentados terroristas en Washington y Nueva York), en cuyos considerandos se reafirma que “la promoción y protección de los derechos humanos es condición fundamental para la existencia de una sociedad democrática”, y se reitera que “la democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos [...]”.

10. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) se refiere a los derechos y garantías derivados “de la forma democrática representativa de gobierno” (artículo 29, c) y a la correlación entre derechos y deberes “en una sociedad democrática” (artículo 32). La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) puntualizó que en una sociedad democrática, legalidad y legitimidad se hallan inseparablemente vinculados; las enlaza el bien común. *Cfr. La Colegiación Obligatoria de Periodistas [Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos]. Opinión Consultiva OC-5/85*, del 13 de noviembre de 1985.

11. *Cfr.* Martí, José, “Nuestra América”, *La Revista Ilustrada*, de Nueva York, del 10 de enero de 1891, y *El Partido Liberal*, de México, del 30 de enero de 1891. Para una revisión de este tema en la producción martiana, *cfr.* Martí, *Nuestra América*, Caracas, Venezuela, Fundación Biblioteca Ayacucho, 2005.

12. *Cfr.* García Ramírez, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la pena de muerte”, en Varios, *Por la abolición universal de la pena de muerte*, Antonio Muñoz Aunión (coord.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, p. 229; García Ramírez, *Control judicial de convencionalidad*, I, Poder Judicial del Estado de Aguascalientes, México, 2012; “El control judicial interno de convencionalidad”, *Revista IUS*, México, vol. 5, no. 28, julio-diciembre, 2011, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1870-21472011000200007&script=sci_arttext

13. Que se manifiesta en la “construcción de Europa”, nada menos. *Cfr.* García Roca, Javier, y Fernández Sánchez, Pablo Antonio, “Prefacio” a Varios, *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. XIX; o bien, como entiende José Antonio Pastor Ridruejo, con una inflexión distinta, un “peregrinaje de la Unión Europea en pos de la seguridad jurídica en el campo de los derechos fundamentales”. “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la adhesión al Convenio Europeo según el Tratado de Lisboa”, en *ibidem*, p. 3.

la primera en aparecer formalmente¹⁴, en la que hoy figuran 47 protagonistas nacionales, incorporados paulatinamente¹⁵, que abarca a 800 millones de seres humanos, ha enviado “señales orientadoras” a otras navegaciones y cuenta con algunos medios “tácticos” que preservan la gran estrategia: así, el margen nacional de apreciación¹⁶. A buena distancia de la travesía de los países europeos, se halla la más reciente entre todas: la navegación africana, conducida por una Carta de Derechos, seguida por numerosos Estados y alentada por un tribunal que inició, hace una década, sus difíciles tareas¹⁷.

En este momento interesa la navegación americana, tema de mi artículo y cauce del *Ius Commune* interamericano. Para acotarla conviene establecer una fecha “oficial” de inicio, aunque haya múltiples fechas significativas, “nutricias”, en una larga historia poblada de sombras: 1945, año de la Conferencia de Chapultepec¹⁸, que sugirió una suerte de redefinición continental –entre el final de la Segunda Guerra y el inicio de una era de paz mundial– y anunció el reconocimiento internacional de los derechos humanos. Seguiría la Novena Conferencia Interamericana, conmovida por el “Bogotazo” que ensombreció sus trabajos¹⁹, pero no impidió sus buenos frutos, afines a los que comenzaban a poblar otros espacios geopolíticos en el proceso de los derechos

14. Con sustento en el Convenio [europeo] para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 1950, http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

15. Los ratificadores originales [quienes estuvieron presentes en la Conferencia del 4 de noviembre de 1950] del Convenio de Roma de 1950 fueron: Reino Unido, Alemania, Noruega, Suecia, Dinamarca, Islandia, Irlanda y Luxemburgo. Y los que se han incorporado en la década 1995-2005, son: Albania, Andorra, Armenia, Azerbaiyán, Bosnia Herzegovina, Bulgaria, Estonia, Letonia, Lituania, Georgia, Macedonia, Moldova, Mónaco, Montenegro, Rusia, Serbia y Ucrania, *Cfr.* Consejo de Europa, <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=005&CM=8&DF=&CL=ENG>

16. *Cfr.* García Roca, Javier, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Cizur Menor, Cuadernos Civitas/Instituto de Derecho Parlamentario/Thomson Reuters, Navarra, 2010; Vergottini, Giuseppe, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, trad. Pedro J. Tenorio Sánchez, pról. Javier García Roca, Cuadernos Civitas/Thomson Reuters, Pamplona, 2010, pp. 110-111; y Delmas-Marty, Mireille, quien sostiene que este margen nacional es la “llave principal” de lo que denomina “pluralismo ordenado”, *Le pluralisme ordonné*, Ed. du Seuil, París, 2006, p. 75. Igualmente, *cfr.* Blackburn, Robert, “The Institutions and Processes of the Convention”, en Varios, *Fundamental Rights in Europe. The ECHR and its Member States, 1950-2000*, Robert Blackburn & Jörg Polakiewicz (eds.), Oxford University Press, pp. 24 y ss.

17. El Sistema Africano tiene base en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981, adoptada por 53 Estados. Además de la Comisión Africana de Derechos Humanos, existe una Corte establecida por protocolo de 1998, vigente en 2004; el Tribunal funciona a partir de 2006. Hoy día, dos jurisdicciones se han unido en un solo órgano: la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos. *Cfr.* Saavedra Álvarez, Yuria, “El sistema africano de derechos humanos y de los pueblos. Prolegómenos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, vol. VIII, 2008, pp. 671-712, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInternacional/8/cmt/cmt20.pdf>; Fischel de Andrade, José H., “El sistema africano de protección de los derechos humanos y de los pueblos. Primera parte”, *Estudios básicos de derechos humanos*, Costa Rica, t. VI, 1999, 448-462, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1840>.

18. *Cfr.* “Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz. México, 1945”, *Conferencias internacionales americanas. Segundo suplemento, 1945-1954*, http://biblio2.colmex.mx/coinam/coinam_2_suplemento_1945_1954/base2.htm

19. Hay crónicas interesantes sobre los días difíciles que transitó la Novena Conferencia Interamericana. Entre las obras que ofrecen valioso testimonio, figura la del entonces Secretario de Relaciones Exteriores de México y Jefe de la Delegación Mexicana, Jaime Torres Bodet: *Memorias. La victoria sin alas*, México, Biblioteca Mexicana de la Fundación Miguel Alemán, A. C., 2012, esp. pp. 299 y ss.

humanos. Fueron aquéllos, nada menos: la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre –primer instrumento de su género en la historia del Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH)²⁰–, la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales y las Convenciones de Derechos Civiles y Políticos de la Mujer. De esta suerte se ponían las primeras piedras en la edificación de nuestro *ius commune* sobre derechos humanos.

En el ámbito americano aparecieron, seguidamente, los proyectos de convención sobre derechos humanos: en 1959, el formulado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, con la participación de ilustres juristas²¹, y más tarde, los aportados por los gobiernos de Chile y Uruguay²². En ese tiempo hubo un notable paso adelante, que inició la etapa “instrumentadora”, si se me permite llamarla así, del Sistema Interamericano de Protección: se creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por acuerdo de una reunión de cancilleres²³. Esa Comisión, que nació con facultades importantes, pero reducidas, “hizo camino al andar” y prestó –como lo hace hoy mismo– servicios eminentes a la causa que atiende²⁴.

En 1969, tras una detallada preparación, se contó con un proyecto de convención, que conocería la Conferencia Interamericana Especializada en Derechos Humanos, reunida en San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969; el 21 de este mes fue

20. En efecto, la Declaración Americana fue adoptada el 2 de mayo de 1948; siete meses más tarde, el 10 de diciembre del mismo año, se proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Contrariamente al criterio tradicionalmente seguido acerca del valor jurídico de aquella Declaración (cfr. García Bauer, *Los derechos humanos... op. cit.*, p. 113; este fue mi punto de vista en otro tiempo, cfr. García Ramírez, *Los derechos humanos y el Derecho penal*, 2ª. ed., Miguel Ángel Porrúa, México, 1988), la Corte Interamericana le ha reconocido eficacia vinculante en la medida en que contiene los derechos humanos a los que alude la Carta de la OEA, verdadero tratado internacional. Cfr. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89*, del 14 de julio de 1989; para los Estados miembros de la OEA, “la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización una fuente de obligaciones internacionales”, párrs. 43 y 45. Cfr., asimismo, Hauser, Denise, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a partir de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre”, en Varios, *Protección internacional de derechos humanos. Nuevos desafíos*, Cristian Courtis et al. (comps.), México, Porrúa/ITAM, 2005, pp. 123 y ss.

21. Destacan el guatemalteco Carlos García Bauer y el uruguayo Eduardo Jiménez de Aréchega. En torno al proyecto del Consejo, cfr. García Bauer, *Los derechos humanos, preocupación universal*, Guatemala, Universidad de San Carlos, 1960, pp. 147 y ss.

22. Cfr. OEA, *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969. Actas y documentos. OEA/Ser.K/XVII/1.2*, reimpr. 1978, Washington, D.C, Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, p. 1.

23. Emitido por la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, celebrada en Santiago de Chile, en 1959, que expidió otras resoluciones importantes para la tutela de los derechos humanos y la eficacia del “principio democrático”. Cfr. *Acta Final, Documento OEA/Ser.C/II.5.*

24. Acerca de la Comisión IDH, cfr., entre otros, Santos Coy, Bertha, *La Commission Interaméricaine des Droits de l’Homme et le développement de sa compétence par le système des pétitions individuelles*, Publications de l’Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales, Ginebra, 1995 ; Sepúlveda, César, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1960-1981)” y “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA. Un cuarto de siglo de evolución y empeños”, en Sepúlveda, *Estudios sobre Derecho internacional y derechos humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1991, y González Morales, *Sistema Interamericano... op. cit.*, esp. 31 y ss., 89 y ss., y 183 y ss.

adoptada la Convención Americana sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José”²⁵. En esta forma se cumplió una etapa más –decisiva– de la fragua del *ius commune* de los derechos humanos en América. Empero, el entusiasmo de los Estados fluyó lentamente: fue necesario que transcurriera una década para que adquiriese vigencia el tratado²⁶, no obstante la “atracción facilitadora”²⁷ que habían incluido los autores de aquél a través de la cláusula facultativa que permite a las partes asumir la Convención sin acoger simultáneamente la competencia contenciosa de la Corte Interamericana²⁸.

La Corte Interamericana, que atendería las previsiones de René Cassin y del presidente de Costa Rica, Rodrigo Carazo²⁹, sobre la necesidad de contar con una jurisprudencia orientadora e integradora del régimen de tutela –es decir, una jurisprudencia laboriosa en el rumbo del *ius commune*–, quedó instalada en 1979; lentamente adquiriría su propia “velocidad de crucero”, para utilizar la expresión que Pastor Ridruejo empleó a propósito de la Corte Europea³⁰. El inicio fue lento: transitó primero una etapa de opiniones consultivas³¹; luego llegarían, paulatinamente, los casos contenciosos: en 1987, casi cuatro lustros a partir de la fecha de la Convención, y dos desde la instalación de la Corte.

25. Cfr. OEA, *Conferencia Especializada Interamericana...*, op. cit.

26. En los términos del artículo 74.2 se requería la ratificación de once Estados para que iniciara la vigencia del tratado. Esto ocurrió el 18 de julio de 1978, merced a las ratificaciones de Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela. Cfr. OEA, http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm

27. Cfr. Úbeda de Torres, Amaya, *Democracia y derechos humanos en Europa y en América. Estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos*, Madrid, Ed. Reus, 2007, p. 101. La autora establece el contraste entre esta “facilidad” contenida en el Pacto de San José y la solución prevista en el Convenio Europeo.

28. Artículo 62 CADH, que permite a los Estados reconocer la competencia al depositar el instrumento de ratificación o adhesión al Pacto, o en cualquier momento posterior, en forma amplia o circunscrita a cierto tiempo o determinados casos.

29. Las expresiones “judicializadoras” de Cassin pueden verse en OEA, *Conferencia Especializada Interamericana...*, op. cit., p. 434. El parecer de Carazo figura en Varios, *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Memoria de la instalación*, reimp., San José, Costa Rica, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos/ Unión Europea, 1998, p. 20.

30. Pastor Ridruejo, José Antonio, “Dos años de singladura del nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en Varios, *Globalización y derecho*, Juan Ignacio Catalina Ayora y Juan Miguel Ortega Terol (coords.), España, Universidad Castilla-La Mancha, 2003, p. 52.

31. En esta etapa se emitieron las siguientes opiniones consultivas: “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte [art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos]. Opinión Consultiva OC-1/82, del 24 de septiembre de 1982; El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82, del 24 de septiembre de 1982; Restricciones a la Pena de Muerte [Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos]. Opinión Consultiva OC-3/83, del 8 de septiembre de 1983; Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84, del 19 de enero de 1984; La Colegiación Obligatoria de Periodistas..., cit.; 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; Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta [arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos]. Opinión Consultiva OC-7/86, del 29 de agosto de 1986, y El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías [arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos]. Opinión Consultiva OC-8/87, del 30 de enero de 1987.

En un primer momento de esta segunda etapa, la atención del tribunal se concentró en un pequeño número de casos, resueltos a través de varias sentencias – los denominados “casos hondureños”³²–, sobre una violación frecuente en América: desaparición forzada. A partir de entonces, el Sistema Interamericano contribuyó a la formación del Derecho interamericano de los derechos humanos, e incluso del Derecho internacional de la materia, considerando que la Corte debió elaborar conceptos sobre desaparición forzada antes de que existieran las convenciones respectivas, tanto americana como mundial³³.

Si se contempla la evolución de la Corte y del derecho común prohijado por ésta a través de su jurisprudencia, desde la perspectiva del número de personas abarcadas por la competencia contenciosa potencial, convendrá observar que la gran mayoría de los habitantes de América ingresó en ese número apenas en 1998 –casi treinta años después de la Conferencia de San José–, cuando los países más poblados, Brasil y México, que reúnen esa mayoría, aceptaron dicha competencia de manera prácticamente simultánea³⁴.

2. Los elementos del Sistema Interamericano

Fue así que se construyó lo que hoy denominamos el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos –que ciertamente no se resume en los dos órganos de supervisión internacional: Comisión y Corte³⁵–, cuya integración supone elementos o datos de tres categorías. Ante todo, un dato “ideológico” –compartido con las navegaciones universal y europea– que establece la posición del individuo, la sociedad y el Estado e implica una profesión de fe y un compromiso *pro homine* invocados en el conjunto del ordenamiento interamericano y, por supuesto, en las

32. La Corte emitió diez sentencias para la atención de sólo tres casos, los únicos que la ocuparon durante los primeros años de ejercicio jurisdiccional contencioso; el número de sentencias se explica al tomar en cuenta que algunas se contrajeron a las excepciones provisionales, otras abordaron el fondo, varias las reparaciones –“indemnizaciones compensatorias”, se les llamaba entonces– y alguna más la interpretación de aquellas resoluciones. Los casos iniciales fueron: *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras* y *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*.

33. Las sentencias de los “casos hondureños” fueron dictadas entre 1987 y 1990. La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada es de 1994; la mundial, de 2006.

34. Brasil depositó el instrumento de ratificación el 10 de diciembre de 1998; México, el 16.

35. Me he referido a la caracterización estricta del Sistema en diversos trabajos, entre ellos mi libro *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2007, pp. 33 y ss.

resoluciones de la Comisión y de la Corte. Este dato ideológico arraiga en la noción de sociedad democrática y en los valores y principios que lo identifican³⁶.

El segundo dato del Sistema tiene carácter normativo. Es preciso observar que hace poco más de medio siglo este terreno se hallaba baldío; hoy está densamente poblado. Mídase lo que va de la Conferencia de Chapultepec a la regulación –tan numerosa y heterogénea– en los primeros años del siglo XXI. En la época del “gran baldío”, el Derecho de los derechos humanos existente en los países americanos era el acogido en el ordenamiento interno, a partir de la independencia alcanzada en el siglo XIX –y previamente en la de los Estados Unidos de América, en el siglo XVIII–; podría hablarse de un derecho común, considerando sus raíces ideológicas y sus expresiones normativas, pero no de un derecho interamericano. En todo caso, la misión identificadora corría a cargo del Derecho comparado; hoy, también corre a cargo del Derecho internacional, que provee fuentes copiosas y directas para la formación de los ordenamientos internos.

En la navegación americana, a la CADH se han agregado, para integrar crecientes capítulos del *ius commune*, varios protocolos³⁷ –con diverso número de ratificaciones o adhesiones³⁸– y convenciones especiales –también con distinto y muy contrastado número de Estados partes³⁹. Este conjunto normativo amplía el alcance del *ius commune*, como también lo extiende el desempeño jurisdiccional de la Corte cuando se pronuncia sobre la interpretación y/o la aplicación de los protocolos y las convenciones.

No queda en este marco todo el Derecho interamericano de los derechos humanos. En sentido amplio, éste abarca otros actos jurídicos que también ingresan, con diversa fuerza, a los ordenamientos internos y a la observancia de las autoridades nacionales. Forman parte del Derecho Interamericano de los DDHH los estatutos y reglamentos

36. Así, la Corte ha señalado que “el concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías (es) inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira”. Añade: “En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”. Cfr. *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías...*, cit., párr. 26.

37. La suscripción y ratificación de un protocolo a la CADH supone la previa incorporación en el Pacto de San José. Dado que no es éste el caso de todos los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA), resulta potencialmente mayor el conjunto de las partes en las Convenciones especializadas, que no implican la misma condición.

38. Por un lado, el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, “Protocolo de San Salvador”, que cuenta con 16 Estados partes; por el otro, el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte, con 13 ratificaciones. Cfr. OEA, <http://www.oas.org/es/>

39. El número de ratificaciones o de Estados partes de estos instrumentos regionales (al 19 de diciembre de 2013) son: Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura, 18; Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “Convención de Belém do Pará”, 32; Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas, 14; Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, 19. Cfr. OEA, <http://www.oas.org/es/>

de los órganos de supervisión internacional⁴⁰, a los que se ajusta el comportamiento procesal de los Estados, las sentencias, opiniones consultivas y diversas resoluciones jurisdiccionales, las recomendaciones, relatorías y otros actos del llamado *soft law*⁴¹, que proveen o identifican estándares para la observancia de los Estados: es decir, derecho común de éstos, inmediatamente aplicable o en formación.

Por último, el Sistema Interamericano incluye un tercer dato, político operativo, que permite avanzar “de los dichos a los hechos”; en él reside, obviamente, la prueba de fuego para las convicciones, el discurso y los preceptos. Me refiero a las estructuras nacionales, que acogen el DIDH a través de una recepción amplia y por diversas vías, que en otro lugar mencionaré; y a las estructuras internacionales, que proveen garantía colectiva⁴², supervisión, tutela internacional y colaboración.

Éste es el ámbito de los protagonistas del Sistema: Estados, Organización de los Estados, entes internacionales de supervisión, sociedad civil –particularmente esforzada y diligente⁴³, y ciertamente heterogénea– y actores emergentes, como los he denominado, en cuyas filas cuentan, entre otros agentes, el ombudsman nacional, inicialmente mirado con reticencia⁴⁴, y la defensoría pública interna, que también

40. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuenta con un estatuto que data del 31 octubre de 1979 y un reglamento vigente desde 13 de noviembre de 2009. Éste fue modificado el 22 de marzo de 2013 y entró en vigor el 1º de agosto del mismo año. Cfr. OEA, <http://www.oas.org/es/>

41. Del Toro Huerta, Mauricio Iván, “El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional Público*, vol. VI, 2006, pp. 513-549, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInternacional/6/art/art12.pdf>

42. Explícitamente lo manifiesta el preámbulo de la Convención Europea: “resueltos (los gobiernos de los Estados europeos) a tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de cierto número de derechos enunciados en la Declaración Universal”. En forma menos directa, la misma idea reside en los preámbulos de la Declaración Americana y la Convención Americana. En todo caso, la jurisprudencia interamericana ha desarrollado el deber de colaboración entre los Estados, particularmente a propósito de la aplicación de la justicia en supuestos de grave violación de derechos; así, “...ante la naturaleza y gravedad de los hechos, más aún tratándose de un contexto de violación sistemática de derechos humanos, la necesidad de erradicar la impunidad se presenta ante la comunidad internacional como un deber de cooperación inter-estatal para estos efectos...” Cfr. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006, párr. 131.

43. Sobre la función y actividad de las instituciones de la sociedad civil en la tutela de derechos humanos a través del Sistema Interamericano, cfr. Krsticevic, Viviana, “El papel de las ONG en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Trámite de casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Varios, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI. Memoria del Seminario. Noviembre de 1999*, San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, t. I, p. 409; y “Desafíos de la comunidad de derechos humanos de cara a la Asamblea General de la OEA”, *Revista IIDH*, Costa Rica, (Instituto Interamericano de Derechos Humanos), edición especial, núms. 30-31, pp. 245 y ss.; Cuéllar, Roberto, “Participación de la sociedad civil y Sistema Interamericano de Derechos Humanos en contexto”, en *El Sistema Interamericano de Protección...*, op. cit., t. I, pp. 349; y Rodríguez Brignardello, J. Hugo, “OEA y participación de la sociedad civil. Entre un modelo para armar y otra posibilidad perdida”, en *Revista CEJIL*, diciembre de 2005, op. cit., pp. 27 y ss. En lo que respecta a Europa, cabe citar ahora, por ejemplo, a Buchet, Antoine, “El papel de las ONG europeas en el Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos”, en *Similitudes y divergencias entre los Sistemas de Protección Regionales de los Derechos Humanos. El caso de América y Europa. Memoria del Seminario Internacional*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2000, pp. 175 y ss.

44. El primer caso en el que participó un Ombudsman ante la Corte Interamericana, en apoyo a la víctima –y consecuentemente en contienda con el Estado– fue *Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 4. La importancia del Ombudsman ha sido constantemente destacada. Lo hizo la resolución

fue observada con recelo, toda vez que se trata de una figura del Derecho doméstico legitimada para actuar internacionalmente en contienda con el Estado al que corresponde. Del impulso provisto por las defensorías internas en gestiones tutelares de derechos humanos en la escena internacional, provino una figura interesante y relevante del enjuiciamiento interamericano: el defensor público interamericano⁴⁵.

En este punto de la exposición resulta pertinente recordar que la Corte Interamericana es un tribunal permanente. En efecto, desempeña “permanentemente” sus funciones jurisdiccionales, aunque sus integrantes no estén “constantemente” reunidos en la sede de San José. Tiene una clara vocación institucional –cuyo cumplimiento ha sido condición de éxito– hacia las grandes definiciones que forman jurisprudencia vinculante (o al menos orientadora, tema sujeto a debate) que luego se reflejará, como en efecto ha ocurrido con frecuencia creciente, en todos los horizontes internos⁴⁶. En este sentido cabe decir que es una Corte reguladora (¿normativa?), democratizadora, que no se concentra apenas en litigios individuales, sino avanza hacia definiciones continentales, y en este sentido se asemeja a los tribunales constitucionales internos dotados de mayor competencia.

3. Espacio político y espacio judicial

Actualmente la Organización de los Estados Americanos –ámbito geopolítico del Sistema que estamos examinando– consta de treinta y cuatro Estados en ejercicio de sus derechos dentro de la Organización, número que subiría a treinta y cinco si se agrega a Cuba⁴⁷. No todos son parte en la Convención Americana: sólo 23 –que eran 25

48/134 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 20 de diciembre de 1993, referente a las “Instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos”, y su anexo sobre los “Principios relativos al estatuto y funcionamiento de las instituciones nacionales” (Principios de París). Lo reiteró la resolución 50/176 de la misma Asamblea, el 27 de febrero de 1996.

45. En el actual Reglamento de la Corte Interamericana se acoge esta figura en el artículo 37: “En casos de presuntas víctimas sin representación legal debidamente acreditada, el Tribunal podrá designar un Defensor Interamericano de oficio que las represente durante la tramitación del caso.” *Cfr.* CortelDH, http://www.cortelidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_esp.pdf

46. Por ello es reducido –y conviene que lo siga siendo; ya dije que ha sido condición de éxito para la protección continental de los derechos humanos, en lo que atañe a la CortelDH– el número de casos sujetos al conocimiento de este tribunal. En el curso de su historia (hasta el 16 de enero de 2014) ha dictado 275 sentencias, relativas a 174 casos resueltos por aquel medio. Las cifras de sentencias anuales, que guardan proporción con el número de demandas (o sometimientos de casos) y han permitido evitar el rezago son naturalmente reducidas: 18 en 2008, 19 en 2009, 9 en 2010, 18 en 2011, 21 en 2012, 16 en 2013.

47. La Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, en su Trigésimo Noveno Periodo de Sesiones,

hasta el 26 de mayo de 1999, cuando entró en vigor la denuncia formulada por Trinidad y Tobago⁴⁸, y 24 hasta septiembre de 2013, cuando adquirió vigencia la denuncia depositada por Venezuela⁴⁹.

Los países de la América septentrional –Estados Unidos y Canadá– no parecen dispuestos a incorporarse en la Convención⁵⁰; tampoco existe movimiento favorable al ingreso de países caribeños: sólo dos –Surinam y Barbados⁵¹– son Estados partes en el Pacto de San José⁵². Ningún Estado ha adherido a la Convención después de 1993⁵³. Por supuesto, es preocupante que el número de Estados partes no haya crecido –sino disminuido– a lo largo de veinte años, pese a las constantes convocatorias de la Organización y de los Estados, individualmente, para avanzar en el proceso de universalización o, en este caso, regionalización.

En fin de cuentas, existe un verdadero (aunque no seguro) “espacio judicial (y convencional) latinoamericano” en materia de derechos humanos. Esto acota la formación del *ius commune*, aunque los Estados sustraídos al Pacto comulgan, en gran medida, con los valores y principios que informan ese derecho compartido. De ahí que las fronteras entre el interior y el exterior del *ius commune* formal sean relativas y borrosas.

Desde sus orígenes, el Sistema Interamericano general –dentro del que opera el Sistema Interamericano de Protección de los DDHH– se ha visto asediado por fuerzas

llevado a cabo del 2 al 3 de junio de 2009, emitió la resolución AG/doc.5005/09. En ésta se resolvió dejar sin efecto la exclusión que se hizo del Gobierno de Cuba el 31 de enero de 1962, y que la reincorporación de éste será producto del diálogo. Cfr. OEA, <http://www.oas.org/council/sp/AG/AG39ordinaria.asp> Respecto del rechazo de Cuba para reingresar a la Organización de Estados Americanos, véase *El País*, http://internacional.elpais.com/internacional/2009/06/04/actualidad/1244066404_850215.html

48. Denuncia depositada el 26 de mayo de 1998 ante la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos. Cfr. OEA, [http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#Trinidad y Tobago](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#Trinidad_y_Tobago):

49. Denuncia depositada el 10 de septiembre de 2012 ante la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos. Cfr. OEA, http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#Venezuela:

50. Entre los documentos que permiten advertir la posición canadiense frente al Sistema Interamericano, cfr. *Enhancing Canada's Role in the OAS. Canadian Adherence to the American Convention on Human Rights. Report of the Standing Senate Committee on Human Rights*, The Senate, May 2003, pp. 58 y ss.

51. Barbados es el Estado americano que más recientemente reconoció la competencia contenciosa de la CortelDH: 4 de junio de 2000.

52. La “frialdad” caribeña –que se puso de manifiesto en la aludida denuncia de la Convención por Trinidad y Tobago– se relaciona con la subsistencia de la pena de muerte en países anglófonos, aunque no sólo con este tema. La coyuntura para el retiro de Trinidad surgió con motivo del *Caso James y otros*, sentencia del 3 de abril de 2009, y el alegato del Estado a propósito del tiempo máximo que podría transcurrir para la ejecución de un condenado a muerte, bajo la regla de plazo (cinco años) establecida en la decisión del Privy Council en el caso *Pratt y Morgan*, de Jamaica. Cfr. Committee of the Privy Council, *Earl Pratt and Ivan Morgan v. Attorney General of Jamaica*, november 2 of 1993, <http://www.eji.org/files/Pratt%20and%20Morgan%20v.%20Jamaica.pdf>

53. Dominica lo hizo el 11 de junio de 1993. Cfr. OEA, http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm

centrípetas y centrífugas, tensiones y disputas⁵⁴; aquí han entrado en colisión las ideas y las prácticas del monroísmo y el bolivarismo y otros avatares, tema ajeno a este artículo⁵⁵. Ha habido propuestas de ampliación de los términos de la CADH, a través de un protocolo, para acentuar los deberes estatales y el carácter imperioso de aquel instrumento. Estas iniciativas no han tenido éxito⁵⁶. Las instituciones de la sociedad civil han objetado, generalmente, las sugerencias de “abrir la Convención”, tomando en cuenta el riesgo de que se “desande” el camino andado –diríamos: retroceda la navegación– tanto en aspectos procesales como sustantivos.

Es indispensable observar que en años recientes --y particularmente entre 2011 y 2013-- renacieron las tensiones a partir del proyecto de revisión del Sistema de Protección emprendido por varios Estados y acompañado por otros, que culminó en deliberaciones intensas y acuerdos transitorios. La mayor incidencia de este proceso se proyectó sobre la Comisión Interamericana, frecuentemente asediada⁵⁷.

54. Para un panorama sobre esta cuestión, *cf.* Moreno Pino, Ismael, *Orígenes y evolución del Sistema Interamericano*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 1977.

55. Entre las “crisis” del Sistema tutelar, que impactaron o impactan tareas de la Comisión y de la Corte, figuró el pretendido retiro de Perú de la competencia de la CortelDH, sin denuncia de la Convención. Acerca del retiro y retorno del Perú a la jurisdicción de la Corte Interamericana, *cf.* Landa Arroyo, César, *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, 3ra. ed., Lima, Palestra Editores, 2007, pp. 867 y ss.; García Ramírez, “Una controversia sobre la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Estudios Jurídicos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 389 y ss., y en *La jurisdicción internacional. Derechos humanos y justicia penal*, México, Ed. Porrúa, 2003, pp. 389 y ss.; Cerna, Christina, “Questions on International Law raised by Peru’s ‘withdrawal’ from de Inter-American Court of Human Rights”, y Ossa Henao Carmela, “La OEA y el pretendido ‘retiro’ de la aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el gobierno peruano (1999-2000)”, en Varios, *Os rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Ensayos en Homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade. Liber Amicorum Cançado Trindade*, Renato Zerbini Ribeiro (coord.), Porto Alegre, Brasil, Sergio Antonio Fabri, ed., 2005, t. V, pp. 323-352 y 353-392. *Cf.* las resoluciones del la CortelDH sobre este asunto en *Caso Ivcher Bronstein*. Competencia. Sentencia del 24 de septiembre de 1999, párrs. 36, 46, 49, 50 y 53, y *Caso del Tribunal Constitucional*. Competencia. Sentencia del 24 de septiembre de 1999, párrs. 35, 45, 48, 49 y 52. Actualmente, son significativas las tensiones entre países del ALBA y la OEA y la denuncia de la Convención por parte de Venezuela, a raíz del *Caso Díaz Peña vs. Venezuela*, sentencia del 26 de junio de 2012, un litigio desencadenado por las condiciones de reclusión de Díaz Peña, que en otras circunstancias difícilmente hubiera tenido tan hondas repercusiones.

56. *Cf.* Cançado Trindade, “Informe: Bases para un proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, Varios, *El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI. Memoria del Seminario. Noviembre de 1999*, San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, t. I.

57. La reflexión de 2012-2013 ocurrió en el marco de conflictos intrarregionales de mayor calado. Hubo una Asamblea General Extraordinaria de la OEA (abril de 2013) para examinar esta materia. Se acordó mantener abierta la reflexión colectiva. La Comisión Interamericana introdujo modificaciones en su reglamento, sus políticas y sus prácticas. Los cambios se sustentan en la Resolución 1/2013 de la propia Comisión, del 18 de marzo de 2013, y entraron en vigor el 1 de agosto del mismo año. Abarcan varios extremos; así: medidas cautelares, admisibilidad, procedimiento de fondo, indagaciones, informes, supervisión y numerosas tareas de promoción y fortalecimiento.

4. Democracia y factores de cambio

El paisaje latinoamericano a la mitad del siglo XX mostraba un amplio conjunto de regímenes autoritarios, reacios a los progresos de la democracia y reticentes en la observancia de los derechos humanos. Proliferaban las dictaduras, civiles o militares. No había calado, desde luego, la práctica (aunque hubiese proclamación de la idea) que hoy campea en el artículo 1 de la Carta Democrática Interamericana: “Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla”. En los últimos lustros la situación se ha modificado; la democracia avanza –con detenciones y tropiezos– y trae consigo la conciencia y la exigencia de los derechos humanos, que a su turno impulsan nuevos pasos adelante en el proceso democratizador de varios países.

Los factores del cambio que se observa en el Continente son diversos y vigorosos; entre ellos, por supuesto, el acento en la legalidad y la lucha contra la impunidad⁵⁸. Ensayemos una breve relación. Los temas del pasado persisten y crecen en la opinión pública, que se resiste a olvidar. Indudablemente, “para construir el futuro es preciso conocer el pasado”, expresión de Otto Frank inscrita en un muro de la casa de Ana Frank en Amsterdam.

De ello da cuenta la jurisprudencia de la Corte Interamericana, acogida con puntualidad por la mayoría de los Estados a los que es aplicable, acerca de autoamnistías (y amnistías en períodos democráticos) y otros obstáculos para el “recuerdo y la acción”⁵⁹. Existe, claramente, una constancia del reclamo de las víctimas y sus sucesores: dan testimonio –por ejemplo, pero un ejemplo que conoce el mundo entero– las madres y las abuelas de la Plaza de Mayo⁶⁰, los grupos comprometidos con la “memoria histórica”, la exigencia de recurso efectivo a favor de las víctimas, las fotografías de desaparecidos que abundan en los muros de edificios públicos en países donde la desaparición forzada fue costumbre e “instrumento de gobierno”.

58. Refiriéndose al escenario argentino --pero su concepto tiene mayor alcance-- María José Guembe señala que entre los factores que operan en este campo cuentan “la persistencia y crecimiento de los temas del pasado en la opinión pública; la constancia del reclamo de las víctimas; la fortaleza de las organizaciones de derechos humanos; y la asunción en el gobierno de autoridades convencidas de la necesidad de revertir la impunidad”. “Obligación de investigar y sancionar graves violaciones a los derechos humanos”, en Varios, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Curtis (comps.), Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2007, p. 421.

59. Cfr. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 232, y *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012, párr. 283.

60. Cfr. Asociación Madres de Plaza de Mayo, *Historia de las madres de Plaza de Mayo. Prólogo*, <http://www.madres.org/navegar/nav.php?id sitio=5&idcat=906&idindex=173>

Construcción de un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina

Los tratados de derechos humanos, constantemente invocados en condiciones de transición o de paz arraigada, se orientan obviamente a exigir el imperio de esos derechos y sus consecuencias, mucho más que a promover la conciliación y la pacificación, objetivos que se persiguen por otros medios⁶¹. La Corte Interamericana, siguiendo a la jurisprudencia europea, ha destacado que los tratados de derechos humanos revisten un carácter especial y distinto de otros convenios internacionales, por cuanto no sólo fijan deberes bilaterales o multilaterales entre los Estados, sino tienen destinatarios adicionales: los seres humanos⁶². La normativa internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia interamericana han llevado al conjunto de los países del área la conciencia de que el Estado debe perseguir los delitos graves, en defensa de la sociedad y en ejercicio de autodefensa, pero nunca a costa de los derechos humanos⁶³. Consta este principio en la Convención contra el Terrorismo, de 2002⁶⁴.

En la misma dirección favorecedora de los derechos humanos, que destaca las consecuencias de las violaciones y el imperativo de las reparaciones, se encuentra el quehacer de organismos establecidos para este fin, en el curso o al cabo de violentísimas contiendas internas, o bien, de los órganos regulares del Estado en el desempeño de su misión natural. En el primer caso se hallan las comisiones de la verdad (particularmente eficaces cuando las jurisdicciones internacional –orientadora del tratamiento general de esta materia– y nacional reconocen el valor probatorio de sus hallazgos)⁶⁵, y en el segundo, los órganos jurisdiccionales que asumen una función específica de “garantes” de la observancia de los derechos humanos⁶⁶.

61. Al respecto, *cf.* Saavedra Alessandri, 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*, Sergio García Ramírez y Mireya Castañeda Hernández (coords.), México, IJ-UNAM/SRE/CortelDH, 2009, pp. 37-74.

62. *Cfr.* la *Opinión Consultiva OC-02/82*, de la CortelDH, a propósito de *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, del 24 de septiembre de 1982, párr. 29. Ese Tribunal cita las sentencias europeas en los casos *Irlanda v. Reino Unido* y *Soering v. Reino Unido*, en una resolución del *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú...* *cit.*, párrs. 42-45.

63. Al respecto, *cf.* *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 87, y *Caso J. vs. Perú*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, párr. 124.

64. *Cfr.* García Ramírez, “The Inter-American Court of Human Rights’ Perspective on Terrorism”, en Varios, *Counter-Terrorism. International Law and Practice*, Ana María Salinas de Frías, Katja LH Samuel y Nigel D. White (eds.), Oxford-New York, Oxford University Press, 2012, pp. 785 y ss.

65. Así, por ejemplo, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador...*, *cit.*, párr. 316.

66. Hay abundante normativa constitucional y secundaria en los países latinoamericanos que proclama la independencia del juzgador y alienta la misión de éste como garante de los derechos humanos. Al respecto, *cf.* Varios, *La justicia como garante de los derechos humanos: la independencia del juez*. Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Uruguay, España, San José, C.R., Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD)/Comisión Europea, 1996. En su propio estudio de revisión y síntesis sobre la investigación realizada, Eugenio Raúl Zaffaroni (codirector científico del proyecto) destaca progresos y obstáculos. Sintetiza: “existe un impulso republicano que, más allá del resultado inmediato, testimonia una tendencia innegable (...) puede

En este punto corresponde hacer referencia a las experiencias –tan variadas y controvertidas– en el campo de la “justicia de transición”, que no puede operar como una “justicia de transacción” entre las corrientes favorecedoras del DIDH y las tendencias conciliadoras o reconciliadoras. Cada una acoge los términos de la cuestión: de una parte, justicia; de la otra, perdón, pero difieren en el orden de presentación en la escena⁶⁷. La jurisprudencia interamericana ha abordado el punto a propósito de ordenamientos concretos, como la Ley de Justicia y Paz (Colombia) y destacado las condiciones del debido proceso en este marco: debido proceso exigente e ineludible, aunque se entiendan las difíciles circunstancias que median en países empeñados en esfuerzos de pacificación⁶⁸. Nuestro *ius commune* no podría ignorar la exigencia procesal, y menos aún si se acepta –como ocurre generalmente– que el acceso a la justicia (por todos; las víctimas inclusive, evidentemente) es pieza angular en el régimen de protección de los derechos. El tema interesa asimismo, con explicable intensidad, en el campo de la justicia penal internacional⁶⁹.

Estamos mencionando los factores del cambio democratizador en América Latina, que incide en la reformulación del ordenamiento de los derechos humanos –a escala nacional o continental–, y en este sentido hay que dejar constancia de lo que pudiéramos denominar la “mundialización activa” de los derechos humanos, abastecida por mecanismos de observación, cada vez más vigorosa y puntual, a través de instancias específicas⁷⁰ y actuaciones de los organismos no gubernamentales, cuyo

decirse que, si bien se nota un movimiento generalizado hacia la independencia del poder judicial en la región abarcada, es claro que el mismo se enfrenta a tendencias muy fuertes que en buena medida neutralizan los esfuerzos”. *Ibidem*, pp. 31-32.

67. Abordo este punto en mi prólogo a Mill, Rita Aurora, *Mediación penal*, Argentina, Rubinzal Culzoni, Editores, Santa Fe, 2013, pp. 19-20. Ahí comento el punto de vista de la autora [p. 203], que invoca una prelación deducida del salmo 85 en el *Libro de los Salmos*.

68. *Cfr. Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007, párrs. 180 y ss.

69. Acerca de la dependencia de la Corte Penal Internacional a cargo de la protección de víctimas y en torno a la reparación del daño, *cfr.* García Ramírez, *La Corte Penal Internacional*, 3ª. ed., México, Ed. Novum/Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2012, esp. pp. 46-47 y 214 y ss.

70. Dentro de los órganos basados en la Carta de las Naciones Unidas se encuentra el Consejo de Derechos Humanos. Con relación a los órganos creados para supervisar el cumplimiento de tratados de derechos humanos se tienen nueve comités: Comité de Derechos Humanos (CCPR), Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Comité contra la Tortura (CAT), Subcomité para la Prevención de la Tortura (SPT), Comité de los Derechos del Niño (CRC), Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW), Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad (CRPD), Comité contra las Desapariciones Forzadas (CED). *Cfr.* Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, <http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx> Es muy relevante la labor de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas y la contribución de América Latina a ésta, que no es –lo subrayo– un órgano de supervisión como los mencionados anteriormente. Para una noticia a este respecto *cfr.* Herdocia Sacasa, Mauricio, *La obra de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en el quinquenio 1997-2001. El aporte global de América Latina*, Managua, Imprimatur Artes Gráficas, 2003.

desenvolvimiento opera en una suerte de redistribución mundial del poder⁷¹.

En la actualidad, el Derecho interno reconoce dos fuentes: la tradición jurídica doméstica y el Derecho internacional atraído al sistema nacional por diversos medios de recepción⁷². Además, se ha formado una nutrida jurisprudencia interna sustentada en disposiciones internacionales, proceso que incluye un gran tema actual en pleno desarrollo: el control de convencionalidad⁷³, frecuentemente impulsado por técnicas de “litigio estratégico”⁷⁴.

El diálogo jurisprudencial –o jurisdiccional, fuente de la jurisprudencia– y la *cross fertilization* que de aquí resulta constituyen otros datos a considerar en el proceso de cambio que estamos analizando. Ciertamente influyen de manera decisiva en la elaboración del *ius commune*⁷⁵. Este diálogo, que hasta hace poco escaseó, hoy abunda.

71. En torno a esta reconsideración universal del poder, *cfr.* Delmas-Marty, Mireille, “Le Droit pénal comme éthique de la mondialisation”, *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, no. 1, janvier-mars, 2004, p. 1. “Las ONG’s son ya un factor de poder mundial”. Gamas Torruco, José, “Constitucionalismo, globalización y transiciones democráticas”, en Varios, *El constitucionalismo mexicano. Influencias continentales y trasatlánticas*, Patricia Galeana (coord.), México, Senado de la República/ Siglo Veintiuno Editores, 2010, p. 264.

72. A propósito de la recepción del DIDH y de la jurisprudencia internacional en el orden interno, *cfr.* los artículos reunidos en el volumen *Recepción nacional del Derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa...*, *op. cit.* *Cfr.* igualmente, Becerra Ramírez, Manuel, *La recepción del Derecho internacional en el Derecho interno*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, y Caballero Ochoa, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*, México, Ed. Porrúa, 2009. Es interesante mencionar que en México, país donde ahora se acentúa el fenómeno de la recepción, son aplicables al tema de los derechos humanos 168 tratados internacionales, según informa la Suprema Corte de Justicia, trátense de esa especialidad exclusivamente, trátense de instrumentos que atañen a otra materia, pero reconocen y tutelan derechos fundamentales del individuo. *Cfr.* SCJN, <http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/>

73. En la creciente bibliografía sobre control de convencionalidad, cabe mencionar, además de un buen número de artículos: Varios, *El control de convencionalidad*, Susana Albanese (coord.), Buenos Aires, EDIAR, 2008; Ayala Corao, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*. Ed. Jurídica Venezolana, Caracas, 2012, Varios, *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), Querétaro, FUNDAP, 2012; García Ramírez, *Control judicial de convencionalidad*, *op. cit.*; Rey Cantor, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa, 2008; García Morelos, Gumesindo, *El control judicial difuso de constitucionalidad de los derechos humanos por los tribunales ordinarios en México*, México, UBIJUS, 2010; Varios, *El control de convencionalidad y las cortes nacionales. La perspectiva de los jueces mexicanos*, Paula García Villegas Sánchez Cordero (coord.), México, Ed. Porrúa, 2013; Ferrer Mac-Gregor, *Panorámica del Derecho procesal...*, *op. cit.*, pp. 659 y ss. En esta relación debe figurar el voto particular de Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. Estados Unidos Mexicanos*, en el que se hace un examen detallado del control; además, Brewer-Carías, Allan y Santofimio, Jaime Orlando, *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, y Varios, *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Humberto Nogueira Alcalá y Claudio Nash (coords.), Santiago de Chile, Librotecnia, 2012. Asimismo, *cfr.* Del Toro Huerta, Mauricio, “Retos de la aplicación judicial en México conforme a los tratados de Derecho internacional de los derechos humanos”, Varios, *La armonización de los tratados de derechos humanos en México*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea/Secretaría de Relaciones Exteriores, 2005, pp. 119 y ss.

74. A este respecto, *cfr.* Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS, Argentina), *Litigio estratégico y derechos humanos. La lucha por el derecho*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2008. La idea del litigio estratégico ha cundido y se actualiza en numerosas experiencias nacionales. Un ejemplo, entre otros, es México. *Cfr.* Varios, *El litigio estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico. Experiencias de la sociedad civil*, México, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007.

75. A estos respetos, es interesante el concepto de “transconstitucionalismo”, que alude a “una cuestión que podrá involucrar a tribunales estatales, internacionales, supranacionales y transnacionales (arbitrales), así como a instituciones jurídicas locales nativas, en busca de solución”. Neves, Marcelo, “Transconstitucionalismo: breves consideraciones con especial referencia a experiencia latinoamericana”, en Varios, *Direitos humanos, democracia...*, *op. cit.*, p. 255. También

Hay buenos ejemplos en la experiencia entre la Corte Interamericana y los tribunales nacionales⁷⁶, y también en la recepción por éstos de criterios de aquel tribunal, adoptados en terceros países y en casos distantes de aquellos en los que posteriormente se aplica⁷⁷. Esta fórmula de atracción y admisión es particularmente eficaz en la forja del Derecho común, bajo normas y conforme a criterios internacionales, que trascienden las fronteras domésticas y generan una suerte de “internacionalidad” que alimenta la “comunidad” de soluciones.

Sólo agregaré en esta relación de factores del cambio operado en el panorama latinoamericano la estimulante presencia de los que podríamos llamar la “fortaleza expugnada”: grandes juicios –que parecieron impensables– de personajes del más elevado nivel en sus respectivos gobiernos, a partir de la invocación de derechos humanos vulnerados, la comisión de crímenes de lesa humanidad y, en varios casos, las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A este respecto hay ejemplos notorios en los juicios seguidos contra exgobernantes en Argentina, Chile, Perú⁷⁸ y Guatemala⁷⁹. La jurisprudencia interamericana ha sido un agente eficaz en la lucha contra la impunidad, caracterizada y rechazada desde las primeras sentencias que dictó la CortelDH⁸⁰, y ha provisto elementos importantes a las corrientes reorientadoras o rectificadoras del desempeño de la justicia en países americanos⁸¹.

interesa el concepto de “diálogo transjudicial” entre tribunales constitucionales y de éstos con tribunales internacionales de DDHH. Cfr. Varios, *El diálogo transjudicial... op. cit.*

76. A este respecto es relevante la sentencia de la Corte Interamericana en el *Caso Bulacio vs. Argentina*, sentencia del 18 de septiembre de 2003, la reacción [admisoria, pero discrepante] de la Corte Suprema de este país y la reflexión de la Corte Interamericana en el *Caso Albán Cornejo vs. Ecuador*, sentencia del 22 de noviembre de 2007, que constituyó una precisión (o rectificación, si se prefiere). Comento este benéfico diálogo en mi voto concurrente en el *Caso Albán Cornejo*. Por otra parte, acerca de la relación entre la jurisdicción internacional y las jurisdicciones nacionales, cfr. García Sayán, Diego, “Una viva interacción; Corte interamericana y tribunales internos”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo... op. cit.*, pp. 323 y ss.

77. Así, la expresa y fundada admisión por parte de la Corte Suprema de Argentina, en sentencia del 14 de junio de 2005, alusiva a las leyes de Obediencia Debida y Punto Final, de la jurisprudencia interamericana establecida en el *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001.

78. En lo que respecta al enjuiciamiento del expresidente peruano, cfr. Varios, *El caso de Alberto Fujimori Fujimori. La sentencia*, Pérez Arroyo, Miguel (dir.) y Velázquez Delgado Percy (coord.), Lima, Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, 2009. Además, cfr. *Caso Barrios Altos vs. Perú... cit.*, párrs. 36 y ss., y *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párrs. 80.86-80.92.

79. Dentro del periodo en que ejerció la presidencia de Guatemala José Efraín Ríos Montt (23 de marzo de 1982 a 8 de agosto de 1983) acaecieron los hechos que provocaron los *Casos Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004, *Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009, y *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012.

80. Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988, párrs. 176, y *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989, párr. 187.

81. Al respecto, cfr. Saavedra Alessandri, Pablo, “Impunidad de violaciones a derechos humanos”, *XIV Jornadas sobre Justicia Penal. Criterios de Jurisprudencia Interamericana de Derechos Humanos: Influencia y repercusión en la justicia penal* (3 al 6 de diciembre de 2013), Sergio García Ramírez, Olga Islas de González Mariscal y Mercedes Peláez Ferrusca (coords.),

5. Las “miradas” sobre la navegación americana

Abundan las miradas sobre esta navegación americana, sus características, implicaciones, presente y futuro. Las hay severas y benévolas; unas y otras ponderan las circunstancias en que ocurre y avanza la navegación, o las pierden de vista e incurren en calificaciones cuestionables. Algunas miradas, que entrañan enjuiciamiento, se posaron primero en Europa –o en el sistema mundial– y luego hicieron el viaje a las Américas. Las hay “metropolitanas”, que trabajan en el cotejo entre las distintas travesías, con preferencia sobre las más desarrolladas, y sus respectivos progresos. Varias son oriundas de América misma, y en algunos casos de dolorosas experiencias cosechadas en países americanos: poseen un *plus* importante, porque los observadores han sido víctimas o procuradores o defensores de derechos, libertades y democracia.

Contamos con una buena galería de versiones sobre la navegación americana, una suerte de “biografías” que corresponden a varios géneros necesarios. El conjunto aporta una nutrida bibliografía, cada vez más penetrante, crítica y propositiva⁸². En algunos casos se ha puesto el acento sobre las vicisitudes del origen y la primera etapa de las instituciones, a través de trabajos descriptivos⁸³; en otras, el énfasis se cifró en las competencias y los procedimientos de protección de los derechos, indispensable en el desarrollo del “procesalismo internacionalista”⁸⁴. También existen descripciones de la relación entre el Sistema Interamericano, estático (como figura) y dinámico (como desarrollo), y la efectiva tutela de los derechos y las libertades (el impacto de aquél), la construcción o reconstrucción de la democracia que está entre las “ideas fuerza” del Sistema y el cumplimiento de sus objetivos.

IIJ-UNAM/CorteIDH/ComisiónIDH/INACIPE/PUDH/AMCP, Ciudad de México, jueves 5 de diciembre, mesa 6, IIJ-UNAM, <http://www.juridicas.unam.mx/vjv/>

82. Próximamente aparecerá una obra colectiva, abarcadora de la normativa interamericana y de su sistema de protección internacional: *La América de los Derechos*, coordinada por Edgar Corzo y editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, equivalente, para nuestra región, a *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Javier García Roca y Pablo Santolaya, coords., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

83. Cfr., por ejemplo, Varios, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo, 1979-2004*, San José, Costa Rica, Corte IDH, 2005. Asimismo, cfr. Varios, *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Memoria de la instalación*, San José, Costa Rica, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2ª. ed., 1999.

84. Cfr., p. ej., Pasqualucci, Jo., *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, UK, Cambridge University Press, 2003; Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, 3ª. ed., San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004; Medina Quiroga, Cecilia y Nash Rojas, Claudio, *Sistema interamericano. Introducción a sus mecanismos de protección*, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2007; Monterisi, Ricardo D., *Actuación y procedimiento ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Lib. Editora Platense, 2009; Pizzolo, Calogero, *Sistema Interamericano. La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informes y jurisprudencia*, Buenos Aires, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas/EDIAR, 2007.

En este “fresco biográfico” representativo de la navegación americana y el Sistema que aquella procura a través de diversas estaciones o puertos intermedios, hay referencias analíticas y orientadoras. Así, mencionaré –también como ejemplos– el cotejo entre las genealogías de los sistemas europeo y americano en el solar y bajo el designio común de la democracia⁸⁵; la visión integral del Sistema Americano, desde el principio hasta nuestros días, con acento en la ComisiónIDH, “proa” de la nave americana⁸⁶; las incursiones en temas específicos de la justicia regional, clasificados conforme a su materia y proyecciones y con énfasis en ciertas categorías o grupos, caracterizados por el desvalimiento de sus integrantes (niños, trabajadores –migrantes–, detenidos)⁸⁷; la ponderación de la democracia, santo y seña del Sistema⁸⁸; la reflexión sobre el múltiple y penetrante impacto nacional de la normativa y la jurisprudencia internacional⁸⁹; esta misma consideración en torno al impacto, desde la óptica de las organizaciones no gubernamentales⁹⁰; el carácter ejemplar de la jurisprudencia

85. Cfr. Úbeda de Torres, *Democracia y derechos humanos... op. cit.*, donde se reflexiona sobre el “arranque” democrático de ambos sistemas; el Consejo de Europa y la Organización de los Estados Americanos, señala la autora, “parecen estar ligados por un mismo destino democrático”, aunque el Consejo aventaje en la marcha, p. 80.

86. Cfr. González, Felipe, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos... op. cit.* El autor conoce directamente la actividad de la ComisiónIDH, de la que es miembro.

87. Cfr. Burgorgue Larsen, Laurence, y Úbeda de Torres, *Les grandes décisions de la Cour Interamericaine des Droits de l’Homme*, Bruxelles, Bruyant, 2008, esp. pp. 443 y ss. Versión en inglés: *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*, New York, Oxford University Press, 2011, pp. 645 y ss.; y versión en español: *Las decisiones básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudio y jurisprudencia*, Pamplona, Civitas/Thomson Reuters, 2009. Sobre la importancia que la jurisprudencia interamericana asigna al “principio de preferencia a grupos en situación de riesgo o vulnerabilidad”, cfr. Santolaya Machetti, Pablo, y Díaz Ricci, Sergio M., “Derechos económicos, sociales y culturales y la protección de grupos vulnerables”, en Varios, *El diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*. Javier García Roca, Pablo Antonio Fernández, Pablo Santolaya y Raúl Canosa (eds.), Pamplona, Civitas/Thomson Reuters, 2012, pp. 287 y ss. Asimismo, cfr. Burgorgue-Larsen, “Les nouvelles tendances dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l’homme”, Varios, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2008, pp. 164 y ss. y García Ramírez, “Los ‘vulnerables’ ante la jurisdicción interamericana de los derechos humanos”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminas. RBCCrim*, año 21, 105 noviembre-diezembre 2013, pp. 225 y ss. Este artículo también fue publicado en Varios, *Acceso a justicia y derechos humanos*, Buenos Aires, Argentina, Ministerio Público Fiscal de la CABA/ILANUD, 2013, pp. 97-120.

88. Cfr. Aguiar Anguiano, Asdrúbal, *La democracia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1987-2012*, Buenos Aires/Caracas, Observatorio Iberoamericano de la Democracia, 2012, que aporta la rica perspectiva de quien ha sido juezador y es académico y expatriado.

89. Cfr. Varios, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local... op. cit.*, importante obra sobre dicha aplicación en Argentina, que no cuenta con equivalentes del mismo alcance en otros países americanos. Asimismo, cfr. Varios, *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Edgar Corzo Sosa, Ulises Carmona y Pablo Saavedra (coords.), México, Tirant Lo Blanch, 2013. En este mismo orden de ideas, siempre a propósito del impacto interno del Derecho interamericano y de la correspondiente jurisprudencia, cfr. Góngora Mera, Manuel Eduardo, *Inter-American Judicial Constitutionalism. On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*, San José, C.R., Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2011, Silva García, Fernando, *Derechos humanos. Efectos de las sentencias internacionales*, México, Ed. Porrúa, 2007, y García Ramírez, Sergio y Del Toro Huerta, Mauricio, *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Decisiones y transformaciones*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Ed. Porrúa, 2011. Asimismo, cfr. Piovesan, Flavia, *Temas de direitos humanos*, 5ª. ed., Sao Paulo, Ed. Saraiva, 2012, pp. 82 y ss. y 111 y ss.

90. Cfr. Varios, *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*, Viviana Krsticevic y Liliana Tojo (coords.), Buenos Aires, CEJIL, 2007.

interamericana en materia de reparaciones⁹¹; y el examen comparado –un “diálogo”, mutuo reflejo– de las características y planteamientos de los sistemas europeo y americano en nuestros días⁹².

6. Autoritarismo y proyecto democrático

Ya me referí al binomio democracia-derechos humanos, cuyos despliegue e incidencias conducen la navegación americana y constituyen el cimiento del *ius commune* en formación. He aludido –y lo haré de nuevo– al alba de esa navegación en la historia moderna de nuestra región. No examinaré el punto de partida en el choque entre el poder y el individuo en la etapa prehispánica y en el momento del “encuentro”⁹³ entre europeos y americanos. Tras este acontecimiento, el problema no sería de “derechos humanos” –antes de la independencia de Estados Unidos y la Revolución Francesa–, sino de “condición humana”: un problema pleno y profundo; el debate, con reverberaciones actuales, giraba en torno a la condición humana de los indígenas –la amplia mayoría de la población americana– en los términos de la controversia abanderada por Ginés de Sepúlveda y fray Bartolomé de las Casas, en sus trincheras respectivas⁹⁴. ¿Cómo hablar de derechos y libertades fincados en la dignidad de sujetos cuya dignidad se hallaba en cuestión?

Los primeros siglos cultivaron el más intenso autoritarismo, inmemorial y variado. Lo hubo antes de la conquista, durante la colonia y en un extenso período de la era independiente. Las Constituciones emergentes, a lo largo del siglo XIX, acogieron con puntualidad –y escasa fortuna práctica– los conceptos aportados por los grandes documentos fundacionales de la era moderna: derechos humanos, naturales y radicales, entraña de la Constitución⁹⁵; reconocimiento y protección de aquéllos,

91. Cfr. Varios, *Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme: la Cour Interaméricaine, pionnière et modèle?*, Lambert Abdelgawad, Elisabeth, et Martin-Chenut, Kathia (dirs.), Paris, Société de Législation Comparée, 2010.

92. Cfr. Varios, *El diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano...*, op. cit.

93. Piadosa expresión propuesta por el ilustre profesor Miguel León Portilla para superar los debates sobre este momento de la historia, que alumbraron en 1992, al conmemorarse el quinto centenario del “descubrimiento”.

94. Me refiero a la controversia suscitada por las posiciones de Sepúlveda [*De justis belli causis apud indios*, o *De la justa causa de la guerra contra los indios*] y Las Casas [*Treinta proposiciones muy jurídicas*], que generó la “polémica de los naturales” o de los “justos títulos”.

95. Histórica y doctrinalmente el concepto no es uniforme. Un notable constitucionalista mexicano sostuvo, al analizar el desarrollo constitucional de este país, que “la novedad [1857] de tomar el derecho individual como base de las leyes

como objeto y fin de la sociedad política, y soberanía del pueblo, concepto difícil en sociedades estratificadas, que no incurrió, sin embargo, en concesiones a la “tiranía de la mayoría”⁹⁶. El perfecto marco constitucional, ilustrado por las mejores ideas de la filosofía política occidental, brindó amplia hospitalidad a la ilusión democrática y estuvo poblado por “ciudadanos imaginarios”⁹⁷.

El Sistema Interamericano se ha visto permeado, en todo tiempo, por un proyecto democrático que abarca las dos versiones de la democracia: formal y material. En el preámbulo de la CADH se manifiesta el propósito de “consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de *justicia social (énfasis agregado)*, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”⁹⁸.

He aquí, en consecuencia, tanto la democracia sin calificativos, *sans phrase*, como la democracia concebida como sistema, estilo, patrón de vida: social, integral⁹⁹, asociada “vocacionalmente” a valores que constan en la Declaración y en la Convención, y en la

constitutivas, era de la mayor trascendencia, pues debía obrar en la sucesión del tiempo un cambio de rumbos en toda la organización política y su desenvolvimiento progresivo”. Rabasa, Emilio, *La Constitución y la Dictadura*, México, Porrúa, 1956, p. 75. Sobre la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos como datos centrales de la Constitución, *cfr.* Hartwig, Matthias, “Democracy, the State of Law and Human Rights: Constitutional Concepts Exemplified by the German Constitution”, en Varios, *Direitos humanos, democracia e integração jurídica*, Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi (coords.), Río de Janeiro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law/PUC.SP/Lumen Juris Editora, 2011, pp. 3 y ss.

96. Sobre este concepto, véase el magistral comentario de Alexis de Tocqueville acerca de los riesgos que entraña esa “tiranía”, a título de “omnipotencia” ejercida sobre la sociedad y las instituciones de Norteamérica, cuya calidad democrática reconoce el autor francés en su obra clásica en torno a la gran república emergente. *Cfr. La democracia en América*, 2ª. ed., trad. Luis R. Cuéllar, México, Fondo de Cultura Económica, 1963, pp. 254 y ss.

97. La elocuente expresión es de Fernando Escalante Gonzalbo, autor de la obra *Ciudadanos imaginarios*, México, El Colegio de México, 1992.

98. Se halla presente el imperio de los DESC, implícito en el concepto de la justicia social. Agrega el preámbulo la idea de crear “condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”.

99. La democracia sin adjetivos (*sans phrase*) es la democracia política. *Cfr.* Sartori, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, 1a. ed., Trad. Miguel Ángel González Rodríguez, México, Tribunal Federal Electoral/Instituto Federal Electoral, 1993, p. 8. Otra versión carga el acento sobre el fondo e invoca una serie de motivos, razones, valores que desbordan la formación del poder y exploran su destino: democracia sustancial; ya no sólo “gobierno del pueblo”, sino “para el pueblo”. Dice Norberto Bobbio: se suele diferenciar la democracia formal de la democracia sustancial, o, según otra conocida formulación, “la democracia como gobierno del pueblo de la democracia como gobierno para el pueblo”. *Liberalismo y democracia*, 1a. ed., 5a. reimp., trad. José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, pp. 39-40. Bajo una concepción más elaborada, los derechos fundamentales no tienen de primera intención este carácter central nítido, pero se conserva su altísima jerarquía en virtud de su enlace con los valores supremos que acoge su constitución. En este sentido, *cfr.* el punto de vista de Gregorio Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, con la colaboración de Rafael de Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa y Ángel Llamas Cascón, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 1995, pp. 357 y ss. Ferrajoli distingue entre la “dimensión política de la democracia, la cual se expresa en el principio de las mayorías”, y el sentido sustancial “que se expresa en la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos, de sus intereses materiales primarios”. *Cfr.* “Justicia penal y democracia. El contexto extraprocesal”, en *Capítulo Criminológico*, 16, 1988, p. 3; *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008, pp. 77-89, y *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2011, pp. 27-39._

jurisprudencia de la CorteIDH que invoca bien común y justicia social¹⁰⁰. Una y otra se hallan en la base ideológica del Sistema y en el itinerario de la navegación americana¹⁰¹.

7. Los puentes entre el Derecho interno y el DIDH

Para la construcción del derecho común de los derechos humanos en el plano latinoamericano es relevante –mejor todavía, indispensable– lo que acostumbro denominar tendido de “puentes” entre el DIDH y el derecho doméstico¹⁰². Conviene que esos “puentes” o vías de comunicación e integración sean expresos, suficientes, en distintos órdenes de la vida política, social y jurídica. A mi juicio, los puentes son constitucionales –en primer término, necesario, decisivo–, legales, jurisprudenciales, políticos y culturales. Brevemente me ocuparé de estas categorías en los siguientes párrafos, a partir del “puente constitucional”.

El desarrollo democrático latinoamericano y el primado de los derechos humanos, indicadores de la navegación que alimenta el proceso del *ius commune*, tienen acogida en la reforma constitucional que se ha producido en América Latina en el último cuarto de siglo¹⁰³. Esta es consecuente con la idea de un constitucionalismo antropocéntrico: el ordenamiento que coloca al ser humano en el centro de la escena¹⁰⁴. Este movimiento

100. Cfr. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas...*, cit., párrs. 66 y 67, y *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, párrs. 29-31.

101. Asdrúbal Aguiar menciona: “Suman 631 las enseñanzas de la CorteIDH, tomadas de sus opiniones consultivas y sentencias contenciosas más relevantes, que muestran a la democracia en sus fortalezas y como lo que es, no sólo un régimen político, sino, por sobre todo, una forma de vida social y un estado individual del espíritu”. *La democracia en la jurisprudencia...*, op. cit., p. 11.

102. Sobre este tema es abundante la doctrina. Véase, por ejemplo, Ortiz Ahlf, “Armonización legislativa interna de las normas internacionales en materia de derechos humanos”, en Varios, *La armonización de los tratados internacionales...*, op. cit., pp. 287 y ss.

103. Cfr. acerca de algunos extremos de esta reforma, Fix-Zamudio, Héctor, “La protección judicial de los derechos humanos en Latinoamérica y en el sistema interamericano”, en Varios, *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, Héctor Fix-Zamudio [coord.], 2da. ed., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1999, pp. 175 y ss., “Avances y perspectivas de la protección procesal de los derechos humanos en Latinoamérica”, *idem*, pp. 113 y ss. y “Estudio preliminar” sobre Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Introducción al Derecho constitucional comparado*, 1ª. ed. [en español], trad. Héctor Fix-Zamudio, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 30 y ss. Asimismo, cfr. Varios, *Garantías jurisdiccionales para la reforma de los derechos humanos en Iberoamérica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992. Desde luego, se distingue entre la reforma constitucional que acentúa determinados contenidos democratizadores, esto es, una reforma con “designio”, y la ingeniería constitucional en el sentido en que la describe Giovanni Sartori, que a este respecto pondera la “neutralidad de fondo”. *Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, trad. Roberto Reyes Mazzoni, 2ª. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 217.

104. Peter Haberte señala: “Los textos clásicos, pero también los más recientes, sugieren una concepción antropocéntrica de Constitución”. *El Estado Constitucional*, trad. Héctor Fix-Fierro, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p.115.

constitucional abarca la arquitectura del poder, los derechos básicos de las personas, las garantías de esos derechos –inclusive el florecimiento del ombudsman– y el enlace, tan complejo y polémico, entre el Derecho interno y el DIDH¹⁰⁵, que suscita temas de excepcional importancia: jerarquía de normas y principio *pro persona*.

Obviamente, el desenlace que tenga cada una de estas cuestiones –cada vez más uniforme en la normativa continental, con apreciables vicisitudes– influye en el derecho común que ahora construimos, aporta el perfil de las instituciones regionales y fija su destino. Este mismo movimiento ha determinado la admisión de un “bloque de constitucionalidad” en la doctrina y la jurisprudencia de los países de la región, que incluye las aportaciones del ordenamiento internacional de los derechos humanos, al lado de la preceptiva constitucional en sentido estricto¹⁰⁶. El bloque de constitucionalidad –generado en la doctrina europea y luego difundido en América Latina, con modalidades propias– implica una de las aportaciones más relevantes de la nueva era; cabe advertir el alcance del *ius commune* constitucional latinoamericano si en éste figuran, además de las particularidades nacionales –frecuentemente compartidas y, por ello, generalizadas o regionalizadas–, los dones del DIDH, aplicable a todos los Estados del área.

La reforma constitucional posee rasgos y trae consigo consecuencias que conviene ponderar. Entre los cambios precursores, que pronto adquirieron prestigio, figura el cambio constitucional argentino de 1994¹⁰⁷, que elevó a rango constitucional un buen conjunto de instrumentos internacionales¹⁰⁸.

Las novedades constitucionales argentinas de 1994 han producido efectos de suma importancia, que enuncia la doctrina: “incorporó nuevos derechos y garantías al sistema constitucional; contribuyó a insertar plenamente al país en un sistema de justicia internacional de derechos humanos; impuso cambios en la administración de justicia; determinó la necesidad de repensar la organización federal; favoreció la creación de una nueva institucionalidad pública encargada de diseñar e implementar

105. Sobre el régimen constitucional de los tratados en la reciente normativa latinoamericana, *cfr.* Villarroel Villarroel, Darío, *Derecho de los tratados en las Constituciones de América*, México, Ed. Porrúa, 2004.

106. La noción de bloque de constitucionalidad, aportada por la doctrina del Consejo Constitucional de Francia, posee diversas connotaciones en los países que la han acogido. Interesa destacar que en los países de América Latina domina la idea de que el bloque abarca la preceptiva de los derechos humanos.

107. *Cfr.* Vanossi, Jorge R., “Los tratados internacionales ante la reforma de 1994”, en Varios, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Martín Abregú y Christian Curtis (comps.), Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, 1997; Manili, Pablo Luis, *El bloque de constitucionalidad. La recepción del Derechos Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2003, pp. 149 y ss.

108. Sea por mandato constitucional taxativo, que enuncia determinados instrumentos, sea por disposición, asimismo suprema, que establece las condiciones para agregar tratados a la relación original, cosa que efectivamente ha ocurrido. *Cfr.* artículo 75.22 de la Constitución de la Nación Argentina, http://www.ara.mil.ar/archivos/Docs/constitucion_nacional.pdf

políticas de gobierno específicas de derechos humanos; y contribuyó a la consolidación de una disciplina académica que discutió y favoreció la aplicación de esos estándares y principios en los distintos campos del derecho público y privado¹⁰⁹. Estas mismas consecuencias pueden observarse en otros países, entre los que figura México, puesto que son “efectos naturales y necesarios” del enlace entre el Derecho doméstico y el internacional de los DDHH.

Otras Constituciones han abordado y resuelto, con diversas expresiones –y, a menudo, con distintas interpretaciones-- la coexistencia, la tensión o la contradicción --mucho menos frecuente de lo que se supone-- entre normas nacionales del más alto rango y normas internacionales que reconocen derechos humanos. Las fórmulas de “entendimiento”, que son reglas de interpretación, disponen la interpretación conforme, es decir, conforme a los instrumentos internacionales, y el imperio del principio *pro homine* o *pro persona*, máximo conductor de la tutela, que no es sólo un principio de interpretación, sino también de formulación jurídica, guía para el legislador, además de serlo para el juzgador.

El tema de la interpretación tiene expresiones notables tanto en la normativa interamericana, que invoca una amplísima tutela de la persona: las disposiciones de la CADH y otros instrumentos son “piso”, no “techo” de los derechos humanos¹¹⁰, como en la jurisprudencia internacional o supranacional. En este sentido, tómesese en cuenta la orientación democrática del Sistema, que se proyecta en todas sus vertientes: las exigencias derivadas del principio democrático deben “orientar la interpretación de la Convención (CADH) y, en particular, de aquellas disposiciones que están críticamente relacionadas con la preservación y el funcionamiento de las instituciones democráticas”¹¹¹.

En este ámbito, hay disposiciones relevantes en los textos supremos de Colombia, Venezuela, Guatemala, Bolivia, Ecuador, República Dominicana, Brasil y México¹¹². Desde

109. Abramovich, “Prólogo” a Varios, *La experiencia...*, *op. cit.*, p. III.

110. Artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”. Cfr. OEA, http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

111. Cfr. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas...*, *cit.*, párr. 44.

112. Cfr. Colombia [art. 94], Venezuela [art. 23], Guatemala [art. 46], Bolivia [art. 256], Ecuador [arts. 417 y 424], República Dominicana [art. 74.3 y 74.4], Brasil [art. 5.LXXVII.2] y México [art. 1º]. Además, cfr. sobre la influencia actual de los derechos humanos en la dinámica constitucional y en las relaciones del Estado y la sociedad, Caballero Ochoa, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*, México, Porrúa, 2009, pp. 45 y ss.

luego, las disposiciones constitucionales se desenvuelven en normas secundarias y en sentencias judiciales; éstas deben respetar la intención explícita o implícita de la norma constitucional y del DIDH¹¹³.

En seguida de los textos constitucionales, como su herramienta regular, corresponde atender el “puente legal”, esto es, las normas estatutarias de implementación relativas a tratados y a cumplimiento de sentencias y otros actos del DIDH¹¹⁴, que constituyen un rubro hasta hoy deficitario en la construcción del andamiaje normativo para el enlace entre los ordenamientos interno y externo en pos de un solo ordenamiento nacional de doble fuente.

8. La misión del juzgador

El juzgador posee un papel de extraordinaria importancia en la recepción del derecho internacional de los derechos humanos. Aquí es preciso hacer referencia breve tanto al juzgador internacional o supranacional como a los tribunales nacionales, factores de la recepción. Ya hemos dicho que los jueces son garantes del respeto a los derechos fundamentales; esta misión de garantía es aplicable, por supuesto, a ambas categorías de juzgadores.

El juez internacional, que no puede “echar a volar la imaginación” al aplicar las normas que le obligan, ni “inventarse” competencias que no le han sido conferidas, debe, sin embargo, procurar el mayor alcance de los derechos y las libertades bajo orientación *pro homine*. Esto implica concepciones de gran aliento al tiempo de interpretar los tratados –que son “cuerpos vivos”, evolutivos¹¹⁵–, cuya lectura se debe hacer con ojos de la hora en que se interpretan y aplican, no del momento en

113. ¿Lo hacen siempre? No es posible expresar una opinión que abarque todos los casos. Hay diversos pareceres basados en experiencias nacionales específicas, inclusive de fechas muy recientes. Así, *cf.* Ayala Corao, Carlos, *La inefectividad de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)*, Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, 2009.

114. Por ejemplo, en México la *Ley de responsabilidad patrimonial del Estado* (<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFRPE.pdf>) y la *Ley general de víctimas* (<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGV.pdf>). En el caso de Perú el artículo 115 del *Código Procesal Constitucional*, http://tc.gob.pe/Codigo_Procesal.html

115. La Corte Europea de Derechos Humanos ha estimado que el Convenio de 1950 “es un instrumento vivo que [...] debe ser interpretado a la luz de las condiciones presentes hoy en día”. Eur. Court H.R. *Tyrer Case*, Judgement of 25 april 1978, párr. 31. En el mismo sentido, la Corte IDH por lo que toca a la Declaración Americana: *Opinión Consultiva OC-10/89*, del 14 de julio de 1989, sobre *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*, párr. 37. *Cf.* Nikken, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*, Madrid, Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Civitas, 1987, p. 95.

que fueron redactados. Esta misma progresividad entra en juego cuando el juzgador internacional declara la responsabilidad del Estado por la conducta de individuos que no son agentes formales de éste, declaración que ha sido formulada por la CortelDH en diversas oportunidades¹¹⁶.

En el Sistema Europeo se reconoce al juzgador la potestad de definir el sentido de las normas bajo el concepto de “cosa interpretada”¹¹⁷. En el Sistema Interamericano podemos hablar del carácter vinculante de las resoluciones que emite la CortelDH. Este alcance – verdaderamente fundamental para la fragua del *ius commune* de los derechos humanos– deriva de la condición del juzgador como intérprete de una normativa de obligatoria observancia: la CADH y otros tratados interamericanos que confieren competencia material a la CortelDH¹¹⁸. El carácter vinculante de la jurisprudencia interamericana¹¹⁹ ha sido reconocido, con acento creciente, tanto por las altas cortes nacionales como por otros tribunales domésticos; dicho reconocimiento –invocado y aquilatado por esa Corte¹²⁰– ha significado un progreso extraordinario en la navegación americana.

Es oportuno mencionar aquí el papel de los juzgadores nacionales en el proceso de recepción. Se ha reiterado que la obligación estatal abarca a todos los órganos del Estado, inclusive los que ejercen funciones jurisdiccionales. En consecuencia, los jueces internos deben contribuir a esa recepción en el espacio de sus facultades, lo que lleva al

116. Por ejemplo, *cf.* *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006, párrs. 125.1, 125.25 y 133, y *Caso de la “Masacre de Mampiripán” vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, párrs. 121-123.

117. Refiriéndose al Tribunal Europeo, Claudio Zanghi señala que la sentencia sólo obliga a los Estados parte en la contienda, “pero no puede ignorarse el valor de la interpretación de la norma convencional, lo que, a menudo, llega más allá del caso concretamente examinado. En tal situación es manifiesta la eficacia de *res interpretata* de las sentencias del Tribunal. Así, en numerosos casos la evaluación efectuada por el Tribunal sobre la forma de entender una norma convencional, a partir de una hipótesis concreta que aparentemente involucra a un solo Estado parte, en realidad repercute sobre otros muchos Estados, dada la identidad o la similitud de situaciones, y aunque esa repercusión pueda no resultar manifiesta en el plano de la inmediatez jurídica sino en el de la oportunidad política”. García Ramírez y Zanghi, “Las jurisdicciones regionales de derechos humanos y las reparaciones y efectos de las sentencias”, en Varios, *El diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano...*, *op. cit.*, p. 444.

118. En mi concepto, “las sentencias dictadas en casos contenciosos incluyen criterios de la Corte Interamericana, intérprete oficial de la CADH, que establece la interpretación de una norma de observancia obligatoria para los Estados partes en el Pacto [artículos 1 y 2] (...). Lo establecido en el litigio correspondiente al Estado ‘A’ fue asumido como deber propio por los tribunales del Estado ‘B’, en la medida en que por este medio se definió el sentido de una norma --no sólo la realización de unos hechos-- con fuerza en el Estado ‘B’, no apenas en aquél. El derecho de ‘B’ se integra con la disposición de la CADH y la interpretación oficial que provee el órgano autorizado para ello: la Corte Interamericana”. García Ramírez y Zanghi, *idem*. Sobre la eficacia de la sentencia de la CortelDH en relación con las partes en el litigio en el que aquélla se pronuncia y con los Estados parte en la CADH, *cf.* Ferrer Mac-Gregor, “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*) [Sobre el cumplimiento del *Caso Gelman vs. Uruguay*], en *Panorámica del Derecho procesal...*, *op. cit.*, pp. 1021 y ss.

119. En este mismo sentido, Ayala Corao señala que “las interpretaciones convencionales realizadas por la CortelDH adquieren fuerza de cosa juzgada y por tanto de norma interpretada, a los fines de que los operadores jurídicos del sistema y en especial los Estados, puedan no sólo guiarse sino seguir las mismas”. *Del diálogo jurisprudencial al control...*, *op. cit.*, p. 131.

120. La CortelDH ha citado, a este respecto, las afirmaciones formuladas por los más altos tribunales de Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica y República Dominicana. *Cfr.* *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México...*, *cit.*, párrs. 225 y ss.

“control de convencionalidad”, uno de los fenómenos más relevantes en la hora actual, particularmente en algunos países latinoamericanos. Este control judicial interno supone que los juzgadores domésticos confronten las disposiciones internacionales con las nacionales y opten por la aplicación de aquéllas en caso de duda o conflicto. La Corte Interamericana, promotora de la doctrina del control, ha producido importantes decisiones en esta materia, que cuentan con interesante desarrollo jurisprudencial a partir de las primeras referencias formuladas en votos particulares del autor de estas líneas¹²¹. Hay copiosa bibliografía sobre la materia, cuyo examen extendería demasiado este artículo.

Bien entendido, el control judicial de convencionalidad debe ser factor de armonización jurídica, no semilla de dispersión. De ahí la necesidad perentoria de establecer el cauce, los métodos, los procedimientos, las facultades, las consecuencias de ese control –un instrumento de “manejo delicado”–, en suma, la mejor manera de entenderlo y practicarlo para avanzar en la unificación nacional de la interpretación y abonar en seguida al *ius commune*, que pudiera verse obstruido por un “control descontrolado”. A este respecto hay opiniones apreciables que postulan un régimen de media vía entre el control concentrado y el control difuso¹²², toda vez que la Corte Interamericana no ha optado por una sola de estas modalidades de control, cuya selección debiera atender a las tradiciones, posibilidades, ventajas que deriven de la circunstancia nacional.¹²³

En el examen del papel de los jueces domésticos en la recepción y aplicación del derecho internacional se ha hecho notar que de esta suerte el juzgador interno

121. A esto se refieren, por ejemplo, Giuseppe Vergottini, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, trad. Pedro J. Tenorio Sánchez, Pamplona, Cuadernos Civitas/Thomson Reuters, 2010, p. 112; Juan Carlos Hitters, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación”, *La Ley* (Buenos Aires), 27 de julio de 2009, pp. 1-5; Rey Cantor, *Control de convencionalidad de las leyes...*, op. cit., pp. 46 y 167-171. Asimismo, cfr. 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 Constitutionale Commune en América Latina?*, Armin von Bogdandy et al. (coord.), México, Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas/Max Planck Institut, 2010, t. II, pp. 449 y ss.

122. Al respecto, cfr. Vergottini, *Más allá del diálogo...*, op. cit., pp. 106 y ss.; Sagüés, “El control de convencionalidad...”, en Varios, *La justicia constitucional y su internacionalización...*, op. cit., pp. 451, y ss., y Serna de la Garza, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 279 y ss. Desde que emprendí el estudio del control de convencionalidad en México, subrayé que la Corte Interamericana no se ha pronunciado sobre la naturaleza de ese control: concentrado o difuso. Es indispensable, a mi juicio, ponderar con cuidadosa reflexión la vía más conveniente para hacer del control un instrumento de armonización jurídica, seguridad y justicia, ruta hacia el *ius commune*, no hacia la dispersión jurisprudencial, que constituye uno de los más graves riesgos en este ámbito. En este orden de consideraciones “es perfectamente posible –añadí– que el legislador interno organice un régimen de consultas similar a las cuestiones de constitucionalidad que ofrecen otras experiencias nacionales y que permiten la unidad de interpretación y favorecen la seguridad jurídica”. “Presentación” de García Ramírez, *Control judicial de convencionalidad...*, op. cit.

123. En este sentido es relevante el examen que hace Serna de la Garza. Invoca la enseñanza que deriva del régimen español sobre cuestiones de inconstitucionalidad, y se refiere a la obra del jurista mexicano Edgar Corzo (*La cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1998). Cfr. Serna de la Garza, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización...*, op. cit., pp. 283 y ss.

se convierte en un juez internacional, y más específicamente –en lo que ahora nos concierne– en un juez interamericano. Esto implica una especie de “desdoblamiento funcional”, concepto explorado. Para que el juez interno opere en este sentido se requieren ciertas determinaciones de orden nacional (así, atribución de competencias específicas en esta materia y formulación de los procedimientos idóneos para la operación judicial nacional)¹²⁴.

9. Los grandes temas para el *ius commune*

Al examinar las aportaciones de la jurisprudencia interamericana a la formación de un derecho común latinoamericano sobre derechos humanos, es necesario invocar los “grandes temas” de esa jurisprudencia. A mi juicio, es posible destacar las contribuciones jurisprudenciales al principio de especificidad, en sus diversas aplicaciones, al sistema de reparaciones por violación de derechos humanos y, dentro de éstas, al desempeño de la justicia (y la lucha contra la impunidad). Las elaboraciones jurisprudenciales han calado, cada vez más, en el orden jurídico de la región y, por lo tanto, en la construcción de un derecho común latinoamericano.

El Derecho internacional de los derechos humanos se erige sobre principios de universalidad e igualdad, que corresponden al *jus cogens*. La CortelDH ha insistido en esta condición a propósito de la igualdad y la no discriminación, anverso y reverso de un planteamiento fundamental¹²⁵. Ahora bien, el mismo tribunal ha sostenido, en forma constante y enfática, la necesidad de acoger y promover medidas específicas –atentas a un “principio de especificidad”¹²⁶– a fin de asegurar el efectivo ejercicio de derechos y libertades de individuos pertenecientes a grupos vulnerables. Estos no constituyen excepciones dentro de un panorama igualitario. Lamentablemente, en América Latina la desigualdad y la vulnerabilidad no son excepción, sino regla; lo “extraordinario” es

124. En la obra *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos...*, *op. cit.*, de García Ramírez y Del Toro Huerta, se alude brevemente a esta cuestión, p. 218 y n. 23. El concepto *dédoublement fonctionnelle* es de Georges Scelle, *Il Précis de droit de gens* (1931) 11, y “La phénomène du dédoublement fonctionnelle”, *Rechtsfragen der Internationalen Organisation; Festschrift für Hans Wehberg* (1956) 324, *op. cit.* Cassese, Antonio, “Remarks on Scelle Theory of ‘Role Splitting (dédoulement fonctionnelle) in International Law”, 1 *CEJIL* (1990), pp. 210-231, y Shany Yuval, *Regulating Jurisdictional Relations Between National and International Courts*, UK, Oxford University Press, 2007, pp. 97-99.

125. *Cfr. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03*, de 17 de septiembre de 2003, párrs. 97-101.

126. *Cfr. García Ramírez, Derechos humanos de los menores de edad. Perspectiva de la jurisdicción interamericana*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 56 y ss.

“ordinario”, regular y cotidiano. El problema queda de manifiesto en los “estrechos laberintos” del acceso a la justicia¹²⁷. De ahí la necesidad de prohijar “leyes del más débil”, producto de reivindicaciones específicas y resistencia frente a culturas opresivas¹²⁸.

En este ámbito, la jurisprudencia interamericana sirve a un proyecto democrático que pone la mirada en grandes conjuntos de personas, sometidas a fuerte presión en virtud de su debilidad personal o su pertenencia a grupos frecuentemente desvalidos; esta condición precaria propicia violación a derechos humanos y enrarece la operación de sus garantías. En consecuencia, es preciso que la navegación americana se desarrolle con las características que convienen al *mare nostrum* en el que aquélla transita. Aquí florecen las acciones afirmativas y las tutelas específicas¹²⁹, que no pierden de vista los problemas de fondo en aras de las soluciones formales, a menudo ilusorias.

Es verdaderamente notable, impresionante inclusive, la relación de preocupaciones –y desarrollos orientadores y constantes– de la jurisprudencia interamericana con respecto a los sujetos vulnerables. Se ha mostrado en casos contenciosos –y otras resoluciones– concernientes a niños¹³⁰, mujeres¹³¹, discapacitados¹³², indígenas e

127. Cfr. *100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*, <http://www.justiciachaco.gov.ar/pjch/contenido/varios/100reglas.pdf> En torno a los problemas del acceso a la justicia que gravitan sobre sectores débiles o desvalidos, cfr. Ferrer MacGregor, “Acceso a la justicia y constitucionalismo social”, en *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 531 y ss.

128. Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, trad. Miguel Carbonell, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2006, pp. 8-9 y 19. Igualmente, “Prefacio”, a Varios, *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Emilio García Méndez y Mary Beloff (comps.), Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires, Temis-Ediciones Depalma, 1998, p. XII.

129. Sobre tutelas específicas en función de condiciones que las requieren, cfr. Berizonce, Roberto, *Tutelas procesales diferenciadas*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2009.

130. La jurisprudencia destacada acerca de niños consta en la opinión consultiva *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, del 28 de agosto de 2002 y los Casos “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*). Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999, *Bulacio vs. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003, “*Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004 y *Mendoza y otros vs. Argentina*. Excepciones preliminares, fondo y reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Asimismo cfr. García Ramírez, *Derechos humanos de los menores de edad. Perspectiva de la jurisdicción interamericana*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.

131. La jurisprudencia más significativa al respecto se halla en los Casos *del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, en el que figura mi Voto acerca de la competencia de la CorteIDH para aplicar la Convención Belém do Pará; *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009; *Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, y *Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Cfr., asimismo, en relación con los derechos de las mujeres en países de América Latina, en Varios, *Derechos de la mujer. II Informe sobre Derechos Humanos*, Guillermo Escobar (dir.), Madrid, Federación Iberoamericana de Ombudsmen, Trama Editorial, 2004, y García Ramírez, “Los derechos de las mujeres y la jurisdicción interamericana de derechos humanos”, en *Los derechos humanos de la mujer. Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Universidad del País Vasco, 2007, vol. VIII, pp. 11 y ss.

132. Los casos relevantes en este tema son: *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006; *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012, y *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Igualmente, cfr. Cardona Lloréns, Jorge y Sanjosé Gil, Amparo, “La promoción y protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad en el camino de su reconocimiento universal”, en Varios,

integrantes de grupos étnicos (regularmente, afrodescendientes)¹³³, víctimas de abusos de poder (entre ellos, defensores de los derechos humanos¹³⁴), migrantes¹³⁵, desplazados¹³⁶, pobres¹³⁷, miembros de minorías (inclusive por motivos de preferencia sexual¹³⁸) y sujetos privados de libertad¹³⁹.

En el abordaje de la situación prevaleciente y de los derechos quebrantados (y rescatables) de millones de personas inscritas en estas categorías del desvalimiento

Protección internacional... op. cit., pp. 147 y ss.

133. La jurisprudencia más significativa aparece en *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. Fondo. Sentencia de 4 de diciembre de 1991; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo reparaciones y costas. Sentencia 17 de junio de 2005; *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005 [En el Voto que emití en esta sentencia mencioné la siguiente clasificación de violaciones de derechos a indígenas: despojo de territorios ancestrales, eliminación física y cultural, exclusión y contención], *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Para un detallado panorama informativo en torno a la consideración de los derechos de indígenas bajo el Derecho internacional, *cfr.* Mackay, Fergus, *Los derechos de los pueblos indígenas en el sistema internacional. Una fuente instrumental para las organizaciones indígenas*, Lima, Asociación pro Derechos Humanos, 1999, y Varios, *Derechos indígenas en la actualidad*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994.

134. *Cfr.* *Caso Nogueira de Carvalho y otro vs. Brasil*. Excepciones preliminares y fondo. Sentencia de 28 de Noviembre de 2006, párr. 77; *Caso Fleury y otros vs. Haití*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011, párr. 100; *Caso García y Familiares vs. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012, párr. 179, y *Caso Luna López vs. Honduras*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 10 de octubre de 2013, párr. 243.

135. Destaca la siguiente jurisprudencia: *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18...*, *cit.*; *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010; *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. Fondo reparaciones y costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012, y *Caso Tide Méndez y otros vs. República Dominicana* [pendiente de sentencia al tiempo de la elaboración de este artículo: enero de 2014]. El tema de los derechos humanos de migrantes tiene doble raíz; en efecto, arraiga tanto en el Derecho internacional de los derechos humanos, que es la perspectiva desde la que ahora lo consideramos, como en el Derecho internacional de los refugiados, ramas (conjuntamente con el Derecho internacional humanitario) del gran conjunto normativo internacional dirigido a la tutela del ser humano. *Cfr.* Cañado Trindade, Paytrignet, Gérard y Ruíz de Santiago, Jaime, *Las tres vertientes de la protección internacional de los derechos de la persona humana*. México, Ed. Porrúa, 2003, y Sepúlveda, César, "Vinculaciones entre el Derecho internacional humanístico, los derechos humanos y la protección de los refugiados", México, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XIX, no. 59, mayo-agosto de 1987.

136. Como jurisprudencia trascendente en este tópico, *cfr.* *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 15 de junio de 2005; *Caso de la "Masacre de Mampiripán" vs. Colombia...*, *cit.*, y *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. El párrafo 123 de este último caso menciona: "El desplazamiento de la población indígena maya durante el conflicto interno en Guatemala, así como el terror y el desarraigo, han sido documentados en varios informes. Al respecto, el informe Guatemala, Memoria del Silencio, señaló que: "... La estimación de desplazados oscila entre 500 mil y un millón y medio de personas en el período de mayor afectación (1981-1983), sumando las que se desplazaron internamente y también aquellas que se vieron obligadas a buscar refugio fuera del país..."

137. Con relación a la exención del agotamiento de los remedios previstos en las leyes nacionales, por razón de indigencia, *cfr.* *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos* (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*). *Opinión Consultiva OC-11/90*, del 10 de agosto de 1990, párrs. 30-31.

138. *Cfr.* *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012, párrs. 77 y ss.

139. Reconociendo la existencia de violaciones graves y frecuentes vinculadas con la privación de libertad, y tomando en cuenta la abundante jurisprudencia interamericana sobre esta materia, la CorteIDH ha publicado un volumen de muy útil consulta: *Análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de integridad personal y privación de libertad* (artículos 7 y 5 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*) [que en la portada se presenta como *Privación de libertad y condiciones carcelarias. Artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, Cuadernos de Compilación Jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2010.

y la vulnerabilidad queda de manifiesto la ideología democrática del ordenamiento interamericano y la consecuente emisión de una jurisprudencia (realista y reivindicadora) que opera bajo el principio de especificidad. Esta jurisprudencia tributa significativamente al *ius commune* latinoamericano, que gradualmente recibe e interna sus orientaciones. Ya es posible hablar del Derecho interamericano de los derechos humanos sobre niños, mujeres, indígenas, migrantes, etcétera, que prosperaría si se contase con instrumentos vinculantes –no sólo declaraciones– en torno a grupos o temas cuyas características y soluciones han sido perfiladas por la jurisprudencia, pero que todavía no se hallan recogidos en convenciones o protocolos¹⁴⁰.

Otro capítulo descollante del Derecho interamericano de los derechos humanos –en el que se han multiplicado las aportaciones al DIDH– es el concerniente a las reparaciones¹⁴¹. El régimen de esta materia adquirió originalidad desde que se deliberó en torno al proyecto de Convención Americana: los autores del artículo 63.1 se apartaron deliberada y evidentemente del modelo europeo¹⁴² y construyeron un modelo americano llamado a remover –“pugnar por remover”, explícitamente– los factores de las violaciones. Esto significa la provisión de reparaciones de carácter estructural¹⁴³, que acentúan las medidas de prevención y no repetición –sin perder de vista las compensaciones debidas a la víctima–, es decir, los medios para evitar que se produzcan nuevas violaciones, no sólo corresponder, litigio por litigio, individuo por individuo, a las violaciones perpetradas que motivan la actuación casuística de la Comisión y de la Corte.

También debo mencionar ahora –capítulo de las reparaciones, o mejor todavía, de las “consecuencias jurídicas de la conducta ilícita”– la obligación de justicia, no sólo penal, que debe atender el Estado a raíz de la violación de derechos¹⁴⁴. En este punto la Corte ha sido “intransigente”¹⁴⁵, y su determinación motivó decisiones de gran

140. Cfr. García Ramírez, “Bioética y protección de los derechos humanos ante la jurisdicción interamericana”, en Varios, *Hacia un instrumento regional interamericano sobre la bioética. Experiencias y expectativas*, Ingrid Brena Sesma y Gérard Teboul (coords.), México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 376-377.

141. Cfr. Pasqualucci, Jo, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court...*, op. cit., p. 289. El tema merece mayor atención en la doctrina internacional. Al respecto, cfr. Antkowiak, Thomas, M. “Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond” en *The Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 46, no. 2, 2008, pp. 351 y 355.

142. Cfr. mi comentario en *La Corte Interamericana...*, op. cit., pp. 278 y ss.

143. Cfr. la síntesis que formulo sobre este tema, en cotejo con el sistema europeo, en García Ramírez y Zanghi, “Las jurisdicciones regionales...”, en Varios, *El diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano...*, op. cit., pp. 452 y ss.

144. García Ramírez, *La Corte Interamericana...*, op. cit., pp. 271 y ss.

145. En este sentido y a propósito de la posición de la CorteIDH con respecto a las disposiciones de amnistía que pretenden asegurar la impunidad de los autores de violaciones graves de derechos humanos, cfr. Burgorgue-Larsen, “La lutte contre l’impunité dans le système interaméricain des Droits de l’homme”, Varios, *Los derechos humanos frente a la impunidad*.

calado por parte de legisladores y juzgadores en el espacio latinoamericano. *Supra* me referí al rechazo jurisdiccional de las medidas legislativas que impiden o estorban el ejercicio de la justicia: investigación, enjuiciamiento, sanción, ejecución¹⁴⁶. En este orden de cuestiones es digna de mención la nueva jurisprudencia interamericana – llamada a influir en el orden jurídico de los Estados de la región– a propósito de la investigación de violaciones graves de derechos humanos; la Corte fija estándares de investigación y enjuiciamiento, con fórmulas cada vez más específicas e imperiosas¹⁴⁷.

Aún podríamos considerar otros temas de muy apreciable relevancia, que la CortelDH ha examinado y sobre los que ha emitido pronunciamientos, que a su vez han permeado los sistemas nacionales y contribuido a la formación de definiciones comunes para los países del área. Entre esos temas figuran, por ejemplo, el régimen de las limitaciones y restricciones a derechos en el marco de la sociedad democrática, bajo principios rectores de legalidad, necesidad, inevitabilidad, temporalidad y proporcionalidad, régimen que excluye –también lo mencionamos– las imposiciones de las mayorías, e incluso las determinaciones del Poder Constituyente¹⁴⁸.

En países latinoamericanos han abundado las suspensiones de garantías,

Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, vol. X, Bilbao, 2009, pp. 89 y ss. Las respuestas de la CortelDH frente a los intentos de sortear la persecución de estos hechos han sido “intransigentes”, *idem*, p. 90.

146. Cfr. *Caso Barrios Altos vs. Perú...*, *cit.*, párr. 41; *Caso Gomes Lund y otros [“Guerrilha do Araguaia”] vs. Brasil*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, párr. 147; *Caso Gelman vs. Uruguay...*, *cit.*, párr. 232, y *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador...*, *cit.*, párr. 283.

147. En materia de ejecución extrajudicial, la CortelDH ha invocado las diligencias que resultan de la razón, la técnica y la experiencia. Se asume el *Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias, de Naciones Unidas, 1991*. Con esta base, la Corte especifica “los principios rectores que es preciso observar cuando se considera que una muerte pudo deberse a una ejecución extrajudicial”. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia...*, *cit.*, párr. 224. Implicitamente, *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 3 de abril de 2009, párr. 102; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010, párr. 217. Por lo que hace a tortura, el Tribunal Interamericano invoca las convenciones de la materia y el *Protocolo de Estambul, Manual para la Investigación y Documentación Eficaces de la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, de 1999. Cfr. *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*. Sentencia de 12 de septiembre de 2005, párrs. 100, 109-110; *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrs. 91, 93; *Caso González y otras [“Campo Algodonero”] vs. México...*, *cit.*, párrs. 502, 542; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México...*, *cit.*, párrs. 242-243, 245; *Caso Fernández Ortega y otros vs. México...*, *cit.*, párrs. 256, 259; *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México...*, *cit.*, párrs. y *Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre 2004, párrs. 215, 245. En cuanto a desaparición forzada, la Corte considera la Declaración sobre la Protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, de 1992, la Convención Interamericana, de 1994, y la Convención Internacional, de 2006. Se alude a los estándares que éstas fijan. Cfr. *Casos Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia...*, *cit.*, párr. 197. Asimismo, *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay...*, *cit.*, párrs. 83-84; *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párrs. 153, 159, 299 y ss. y *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala...*, *cit.*, párrs. 118 y ss. En cuanto a violencia de género, invoca la Convención de Belém do Pará. Cfr. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú...*, *cit.*, párr. 378 y *Caso González y otras [“Campo Algodonero”] vs. México...*, *cit.*, párrs. 41, 58 y ss. Se requiere “diligencia estricta” en casos de desaparición de mujeres, durante las primeras horas y días [*Campo Algodonero*, párr. 283]; “la investigación deberá incluir una perspectiva de género” [*Campo Algodonero*, párr. 453]. En relación con la violencia sexual, la CortelDH remite al Protocolo de Estambul y a *Guidelines for medico-legal care for victims of sexual violence*. Cfr. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México...*, *cit.*, párr. 193.

148. La CortelDH postula que la “protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de las mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas”. *Caso Gelman vs. Uruguay...*, *cit.*, Párr. 239.

que debieran ser un instrumento para la protección del Estado de Derecho y el sistema democrático, no un expediente de “dictadura constitucional”¹⁴⁹. El tribunal interamericano ha recogido la tutela del “núcleo duro” de derechos y libertades en situaciones de emergencia, rechazando el menoscabo de la vida, la integridad personal, el desconocimiento de la personalidad, la proscripción de la esclavitud y servidumbre, el ejercicio de derechos políticos, la intangibilidad de medios judiciales –habeas corpus y amparo para tutelar los derechos excluidos de la suspensión, e incluso verificar las condiciones en que ésta se dispone y ejerce, etcétera¹⁵⁰.

La libertad de pensamiento y expresión¹⁵¹ ha motivado la emisión de lineamientos jurisdiccionales vinculados, sobre todo, con el ejercicio del periodismo¹⁵², pero también con el desarrollo de campañas políticas¹⁵³, el acceso a información oficial sobre asuntos de interés público¹⁵⁴, la relación entre el individuo y las dependencias en las que ha prestado sus servicios¹⁵⁵. También se ha manifestado la Corte en defensa del ejercicio de derechos políticos¹⁵⁶.

Hay precisiones relevantes de la jurisprudencia interamericana en torno a la división de poderes y la defensa del Poder Judicial, como garantía para los integrantes

149. Cfr. Valadés, Diego, *La dictadura constitucional en América Latina*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974. Asimismo, cfr. Meléndez, Florentín, *La suspensión de los derechos fundamentales en los estados de excepción según el Derecho internacional de los derechos humanos*, San Salvador, 1999, pp. 247 y ss. y Despouy, Leandro, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, pp. 55 y ss. Por lo que toca a la jurisprudencia de la CorteIDH, cfr. *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías...*, cit.

150. Cfr. *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías...*, cit. y *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* [arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos]. *Opinión Consultiva OC-9/87*, del 6 de octubre de 1987. Asimismo, cfr. Ferrer Mac-Gregor, “La suspensión de garantías en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Panorámica del Derecho...*, op. cit., pp. 997 y ss.

151. Esta es una “piedra angular en la existencia de una sociedad democrática”, cfr. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas...*, cit., párr. 70.

152. Cfr. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas...*, cit., párrs. 30 y ss. y *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de julio de 2004, párrs. 108 y ss. Además, cfr. García Ramírez y González, Alejandra, *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 3ª. ed., Miami, Florida, Sociedad Interamericana de Prensa, 2013 y Morales Antoniazzi, “La democracia y su piedra angular: la libertad de expresión. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Varios, *Derechos humanos, democracia...*, op. cit., pp. 313 y ss. La autora señala que en esta materia --como en otras-- se manifiestan “el control de convencionalidad y el diálogo jurisprudencial como desafío para la concretización del *ius constitutionale commune* en general, y de la libertad de expresión como piedra angular de la democracia, en particular”. *Ibidem*, p. 343.

153. Cfr. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004, párrs. 98 y 103.

154. Este acceso constituye, en concepto del Tribunal Interamericano, un “requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia”. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil...*, cit., párr. 298. Asimismo, cfr. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006, párrs. 77, 92 y 137.

155. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párr. 74.

156. El ejercicio efectivo de estos derechos “constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención”. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008, párr. 143.

de éste y para los derechos de los individuos en general, dentro de una sociedad democrática¹⁵⁷.

El acceso a la verdad es un tema constantemente examinado por la jurisprudencia interamericana, que a este respecto ha formulado lineamientos acogidos por la normativa y la jurisprudencia de países latinoamericanos. El conocimiento de la verdad –derecho subsumido en la investigación de las violaciones perpetradas– interesa a la víctima, a la familia y a la sociedad en su conjunto, interés que también destacan la Convención de Naciones Unidas acerca de la desaparición forzada, de 2006, y el Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra¹⁵⁸. Con esta cuestión emparenta el ordenamiento y la práctica de la Corte Interamericana en el sentido de proseguir el examen público de los casos, hasta su natural conclusión mediante sentencia, aunque medien actos de parte que en otras jurisdicciones determinarían el sobreseimiento del asunto y el cierre del expediente: especialmente, reconocimiento de responsabilidad, que apareja confesión y allanamiento¹⁵⁹.

Reviste suma importancia la doctrina jurisprudencial de la CorteIDH en materia de privación de libertad, tanto cautelar como punitiva (e incluso otras formas de privación por orden de autoridad: enfermos, menores de edad, por ejemplo). En este sentido, los pronunciamientos de la Corte han sido fuertemente restrictivos de las hipótesis de privación de libertad: la cautelar, asociada al riesgo de sustracción a la justicia o afectación severa del procedimiento, pero no a medidas materialmente punitivas, anticipación de pena, prevención del delito, que debe ser atendida con fórmulas diferentes¹⁶⁰; y la punitiva (consecuencia de una sentencia de condena).

157. El ataque a la debida integración de los tribunales afecta el control jurisdiccional democrático, esto es, el “examen de la adecuación de la conducta del Estado a la Constitución”. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 112.

158. Cfr. artículo 24.2 de la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, <http://www.pgjdf.gob.mx/temas/4-6-1/fuentes/13-A-10.pdf> y artículo 32 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977, <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-i.htm>

159. El artículo 64 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dispone: “La Corte, teniendo en cuenta las responsabilidades que le incumben de proteger los derechos humanos, podrá decidir que prosiga el examen del caso, aun en presencia de los supuestos señalados en los artículos precedentes”, http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_esp.pdf

160. Como referencia jurisprudencial sobre detención y prisión preventiva, cfr. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 106; *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 67, 111; *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009, párr. 144; *Caso J. vs. Perú...*, cit., párr. 157. Acerca de la situación de las prisiones en América Latina, es importante el panorama que se ofrece en Varios, *Sistema penitenciario. V Informe sobre Derechos Humanos*, Guillermo Escobar [dir.], Madrid, Federación Iberoamericana de Ombudsmán, Trama Editorial, 2007. Asimismo, cfr. Bigliani, R., y Bovino, A., *Encarcelamiento preventivo y estándares del Sistema Interamericano*, Buenos Aires, Defensoría General de la Nación/Ed. del Puerto, 2008.

En los lineamientos de la jurisprudencia interamericana sobre esta cuestión –que no han sido atendidos puntualmente por los Estados– figuran: condición de garante del Estado en los supuestos de internamiento en “instituciones totales”¹⁶¹, aplicación del principio de legalidad¹⁶², condiciones de vida digna¹⁶³, trato especial para mujeres reclusas¹⁶⁴, medidas de coerción estrictamente necesarias¹⁶⁵, formación de recursos humanos para la ejecución penal respetuosa de los derechos fundamentales de los reclusos¹⁶⁶.

161. “La “responsabilidad de los actos de los funcionarios del gobierno es imputable al Estado”; éste, como responsable de los establecimientos de detención es el garante de los derechos de los detenidos. *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995, párr. 63; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri respecto Perú*. Medidas provisionales. Resolución de 7 de mayo de 2004, considerando décimo tercero; *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 7 de junio de 2003, párr. 111; *Caso Bulacio vs. Argentina...*, cit., párr. 126; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 98; *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay...*, cit., párr. 152; *Caso Tibi vs. Ecuador...*, cit., párr. 150; *Caso de la Cruz Flores vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004, párr. 124; *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004, párr. 102, *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 11 de marzo 2005, párr. 97; *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de junio de 2005, párr. 118 y *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de julio de 2006, párr. 87.

162. Cfr. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007, párr. 57; *Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011, párr 76; *Caso Fleury y otros vs. Haití...*, cit., párr. 54 y *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana...*, cit., párr. 126.

163. Cfr. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay...*, cit., párr. 153; *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador...*, cit., párr. 170, y *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 64.

164. Cfr. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú...*, cit., párrs. 292, 298, 303, 306, 308-313, 331-332.

165. Cfr. *Casos Loayza Tamayo* (“todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana en violación del artículo 5 de la Convención Americana”). Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997, párr. 476; *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú...*, cit., párrs. 187 y 284-285 y *Montero Aranguren y otros vs. Venezuela...*, cit., párrs. 67-71.

166. Cfr. *Caso Tibi vs. Ecuador...*, cit., párr. 263, y *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú...*, cit., párr. 452.

La disputa por los derechos y el *Ius Constitutionale Commune*¹

Pedro Salazar Ugarte²

SUMARIO: *I. Introducción. II. Desprotección de derechos y democracia aparente. III. Premisas y garantías de los derechos. IV. Los derechos y la cultura de los jueces. V. La cultura y la moral de los derechos. VI. La justicia como terreno de batalla de los derechos. VII. La reforma de derechos humanos en México. VIII. La disputa por los derechos en México. IX. La Suprema Corte de Justicia de la Nación en el debate. IX. Epílogo.*

I. Introducción

El ideal de un *Ius Commune* en materia de derechos humanos, en principio regional –europeo, africano o latinoamericano–, pero tendencialmente universal, tiene asideros teóricos sólidos en el pensamiento liberal ilustrado. Baste con pensar que uno de los postulados torales del liberalismo (el liberalismo político sustentado en las premisas filosóficas del liberalismo igualitario) es que los derechos humanos o fundamentales son universales. Ese atributo no supone ignorar que los titulares de los mismos se encuentran ubicados en contextos sociales, geográficos y culturales concretos, pero sí implica afirmar que, independientemente de ello, en cuanto personas, comparten en

1. Una versión anterior de este trabajo ha sido publicada en Bogdandy, Armin von, Héctor Fix-Fierro y Mariela Morales Antoniazzi (Coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina, Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM e Instituto Max Plank de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, México, 2014.

2. Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

condiciones de igualdad la titularidad de un conjunto de derechos fundamentales. Este postulado teórico se encuentra en la base del proyecto del *Ius Commune*, que vendría a ser su materialización jurídica. Pero, como ha sostenido Armin von Bogdandy, no se trata solamente de un proyecto jurídico, sino también de un proyecto político y cultural.³

En el fondo de ese proyecto descansa una vinculación que Norberto Bobbio trazó con nitidez a lo largo de su obra: la democracia, los derechos humanos y la paz son tres etapas de un mismo movimiento histórico.⁴ Desde esta perspectiva, la idea del *Ius Commune* en derechos humanos se inserta como garantía de un proceso hacia la convivencia democrática al interior y entre los estados y, en esa medida, se orienta hacia la paz mundial. La conexión entre los tres conceptos –democracia, derechos y paz– tiene sustento teórico pero, sobre todo, una dimensión práctica. De hecho, para Bobbio, no sólo se trataba de implicaciones conceptuales y de nexos lógicos sino de una agenda política –todavía vigente y palpable en la idea del *Ius Constitutionale Commune*– dentro de la cual los tres elementos son interdependientes, ya que cada uno de ellos requiere de los otros para su plena realización. La conexión que me interesa en este ensayo es la que existe entre los dos primeros eslabones de la cadena: la democracia y los derechos.

La tesis que retomaré es sencilla y no es original, pero sí relevante: la democracia necesita de los derechos para consolidarse como una forma de gobierno sustentada por la autonomía política de las personas. Desde la perspectiva inversa, esta forma de gobierno constituye una garantía institucional para que la agenda de los derechos se mantenga vigente. Se trata, por un lado, de la vieja idea –desarrollada, entre otros, por Michelangelo Bovero– de las precondiciones de la democracia: la garantía de algunos derechos sociales como condición de las libertades que, a su vez, ofrecen soporte a los derechos políticos. Y, en paralelo, por el otro, de la tesis según la cual la participación política de los ciudadanos constituye un instrumento para inhibir la concentración del poder e impedir los abusos en el ejercicio del mismo, lo que la convierte en una herramienta que ofrece garantía a los derechos. Al final, el círculo se cierra: los derechos son condición de la democracia y ésta les ofrece protección.

Así las cosas, tenemos que todas las democracias son, necesariamente, constitucionales, porque el connubio entre el constitucionalismo de los derechos y la forma de gobierno democrática es lógicamente necesario y no meramente contingente. “Sin derechos garantizados no hay democracia posible”, sería la fórmula que recoge esta ecuación. Por ello, cuando las reglas de la democracia –los universales procedimentales

3. Cfr. Bogdandy, A. von, “*Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*. Una aclaración conceptual desde una perspectiva europea”, en González Pérez, L. R. y D. Valadés (coords.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM, 2013, p. 44.

4. Cfr., Bobbio, N., *El tercero ausente*, Madrid, Cátedra, 1997.

bobbianos–,⁵ operan en contextos en los que los derechos no están garantizados, decimos que se trata de “democracias aparentes”.⁶ Al trasladar estos postulados a la dimensión internacional –y, en este caso, regional– tenemos que el *Ius Commune* de derechos humanos puede ser una garantía para la democracia –por ejemplo en la región latinoamericana– pero, al mismo tiempo, sabemos que la desprotección de los derechos al interior de los estados debilita a la democracia en cada uno de ellos y, en esa medida, desfonda las condiciones que harían posible al *Ius Commune*.

Parece paradójico pero no lo es. Si se quiere avanzar hacia un *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano, que serviría como garantía de las democracias constitucionales en los países de la región, es necesario, en paralelo, garantizar los derechos fundamentales de las personas en cada uno de los estados nacionales. Esto es así, porque si los derechos no están garantizados, las democracias nacionales se desfundan y la idea de un *Ius Constitutionale et Democratico Commune* se torna irrealizable. Por eso, para que este proyecto sea posible, resulta fundamental garantizar a los derechos *desde abajo* en cada uno de los estados. Sólo así es posible consolidar a la forma de gobierno democrática que, a su vez, constituye una precondition para que las alianzas regionales basadas en el ideal kantiano de la *Paz Perpetua* –que amalgama una agenda de libertades con el ideal de la autonomía de las personas– sea siquiera imaginable.

II. Desprotección de derechos y democracia aparente

Los riesgos que enfrentan las democracias de nuestros días en buena medida

5. Los “universales procedimentales”, según Norberto Bobbio, son: 1) todos los ciudadanos que hayan alcanzado la mayoría de edad sin distinción de raza, religión, condición económica, sexo, etcétera, deben gozar de los derechos políticos, o sea, del derecho de manifestar a través del voto su opinión y de elegir a quien la exprese por ellos; 2) el sufragio de cada ciudadano debe tener un peso igual al de los demás (debe contar por uno); 3) todos los ciudadanos que gocen de los derechos políticos deben ser libres de votar de acuerdo con su propia opinión formada libremente, es decir, en el contexto de una competencia libre entre grupos políticos organizados; 4) los ciudadanos deben ser libres también en el sentido de que han de ser puestos en condición de seleccionar entre opciones diferentes; 5) tanto para las decisiones colectivas como para las elecciones de representantes vale la regla de la mayoría numérica; 6) ninguna decisión tomada por mayoría debe limitar los derechos de la minoría (en particular el derecho de convertirse, en paridad de circunstancias, en mayoría). Cfr. N. Bobbio, *Teoria Generale della Politica*, Turin, Einaudi, 1999, p. 381. En el mismo sentido, aunque con algunas diferencias más o menos relevantes, otros autores, como Giovanni Sartori o Robert Dahl, han enlistado las reglas e instituciones que, desde su perspectiva, caracterizan a la democracia moderna. Cfr. Sartori, G., *Partidos y sistemas de partidos*, Madrid, Alianza Editorial, 1988; Dahl, R., *Los dilemas del pluralismo democrático, autonomía versus control*, México, Conaculta y Alianza Editorial, 1991.

6. Se trata de otra expresión acuñada por Bovero.

proviene desde la desprotección de los derechos –humanos o fundamentales–⁷ que les ofrecen sustento. Esa falta de garantía no se traduce inmediata y necesariamente en una violación activa de los derechos por parte del poder público sino que, en múltiples circunstancias, se materializa mediante omisiones estatales que generan contextos en los que los derechos son vulnerados por otros actores. Por lo mismo, es posible afirmar que pueden existir *situaciones de desprotección* de los derechos humanos que no coinciden con su violación directa.

Esto es así porque, con frecuencia, los estados suelen reconocer un amplio catálogo de derechos humanos o fundamentales en sus constituciones (o documentos normativos equivalentes), pero ello no implica que las leyes secundarias y, sobre todo, las políticas públicas estén orientadas a brindar garantías efectivas a los mismos. Así las cosas, aunque se encuentren constitucionalmente reconocidos, los derechos pueden encontrarse políticamente desprotegidos. En ese supuesto –que es muy común en los países de la región latinoamericana– nos encontramos, como sostiene Riccardo Guastini, ante “derechos de papel”.

Esta situación provoca que la situación de “apariencia” trascienda a la democracia y alcance al constitucionalismo de los derechos. Existen estados que son *aparentemente* democrático-constitucionales porque, si bien las instituciones de este modelo de organización político estatal se encuentran formalmente vigentes, operan en contextos marcados por la desigualdad, la discriminación, la arbitrariedad, la opresión, etcétera. Si pensamos en los países de América Latina, encontraremos múltiples casos de esta simulación. De hecho, hace algunos años el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) advertía que los estados latinoamericanos tendrían que sortear un desafío inédito de cara al siglo XXI, que consistía en conjugar su democratización con la desigualdad y la pobreza que los caracteriza. A ello habría que agregarle la consolidación de una cultura clientelar y del privilegio. Hoy sabemos que el reto no ha sido sorteado de forma promisorio –al menos no en la mayoría de los países– por lo que, cuando imaginamos el proyecto ideal del *Ius Constitutionale Commune*, debemos tener como marco de referencia esta realidad.

Pero también es cierto que, al menos desde la década de los años noventa del siglo XX, casi todos los países latinoamericanos adoptaron constituciones democráticas que recogen múltiples derechos humanos. Con la excepción de Cuba, en la región se plasmaron las instituciones democráticas –competencia,

7. El tema de la terminología de los derechos es teóricamente interesante pero, en la práctica, ha sido superado por la dinámica de los ordenamientos jurídicos comparados. Desde mi perspectiva, el concepto de derechos fundamentales es el que mejor adhiere al constitucionalismo contemporáneo, pero múltiples constituciones e instrumentos internacionales han adoptado el de los derechos humanos.

partidos y elecciones– en documentos constitucionales que también reconocen amplios catálogos de derechos. Algunos países siguieron el modelo democrático constitucional europeo de posguerra (como en el caso de Colombia y México), otros adoptaron diseños constitucionales originales con rasgos autóctonos que han dado lugar al llamado “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano” (Venezuela, Bolivia y Ecuador, fundamentalmente) y unos más asumieron diseños intermedios (como Brasil o Argentina), pero lo cierto es que todos colocaron a los derechos humanos o fundamentales como eje de su proyecto institucional.

Desde una perspectiva institucional se trata sin duda de una buena noticia –que, de hecho, ofrece sustento al proto-*ius Constitutionale Commune* que ya existe en la región y que tiene su expresión institucional en el Sistema Interamericano–, pero, en los hechos, la región sigue siendo tierra de privilegios y feudo de clientelas. La ola del constitucionalismo democrático llegó a las normas, pero no ha impactado en la realidad. Por diferentes razones y mediante procesos que no es posible conjuntar sin incurrir en simplificaciones inadmisibles, en general, en América Latina los derechos sirven como moneda de cambio en las transacciones políticas, como fórmulas discursivas utilizadas retóricamente desde el poder y como promesas institucionalizadas que, al no materializarse, van perdiendo legitimidad o mutan de significado. Por ello, lo que predomina en la región son los presidencialismos fuertes y la retórica de los derechos. De ahí que las democracias sean frágiles y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se encuentre permanentemente amenazado.

Esta contradicción estructural entre los diseños institucionales y las realidades políticas y sociales de los países latinoamericanos es el principal obstáculo para lograr los objetivos que encauzan a la idea del *ius commune* latinoamericano: “avanzar en el respeto de los principios de los derechos humanos, del Estado de derecho, y de la democracia”⁸ en nuestra región. En lo que sigue de este ensayo ofrezco algunas reflexiones sobre algunos de los obstáculos culturales que enfrenta el primero de estos objetivos, sobre todo en el contexto del México actual. La premisa eje de mis reflexiones es que, en el gremio jurídico mexicano (en particular en el ámbito jurisdiccional), está abierta una disputa por los derechos que es política y cultural al mismo tiempo, y de cuyos derroteros depende, en buena medida, la consolidación de la democracia mexicana y su contribución a la edificación del derecho común en América Latina.

8. Bogdandy, *op. cit.*, *supra* nota 1, p. 49.

III. Premisas y garantías de los derechos

Para eludir la retórica de los derechos, cuando hablamos de los mismos y de sus garantías, es útil recuperar algunas premisas que ofrece la teoría jurídica. Sintetizo algunas de las más relevantes relacionadas, primero, con el concepto: a) una cosa es “el *derecho*” (*the law*) y otra “un derecho subjetivo” (a *right*);⁹ b) los derechos subjetivos adquieren su significado en el ámbito del *derecho*; c) no todos los derechos subjetivos son “derechos fundamentales”; d) pero todos los derechos fundamentales son derechos subjetivos; e) los derechos fundamentales y los “derechos humanos” son equivalentes; f) los derechos subjetivos son expectativas (a recibir prestaciones o a que no se nos causen lesiones); g) dichas expectativas, para ser derechos subjetivos, deben estar jurídicamente sustentadas; h) los derechos fundamentales suelen estar en las constituciones pero también pueden encontrarse en otros documentos (por ejemplo en un tratado internacional o en una ley secundaria).

Si pensamos ahora en las garantías, el elenco continúa con las siguientes premisas: i) la garantía de un derecho es la obligación que el ordenamiento impone a un sujeto determinado; j) esa obligación es el contenido del derecho; k) el sujeto obligado puede ser el Estado o un sujeto particular; l) en el caso de los derechos fundamentales, el sujeto obligado suele ser –aunque no necesariamente es– el Estado; m) existen derechos sin garantías (lo que se traduce en una obligación para el legislador que debe crearlas);¹⁰ n) los derechos pueden entrar en colisión con otros derechos o con otros principios relevantes del ordenamiento; o) cuando esto sucede, es necesario echar mano de técnicas de interpretación y de argumentación jurídicas; p) los sujetos obligados en ocasiones incumplen su obligación; q) la labor de interpretar y velar por el cumplimiento de los derechos corresponde a los órganos garantes; r) estos órganos constituyen las “garantías secundarias” de los derechos y vigilan a los sujetos obligados; s) los jueces son los órganos garantes en última instancia.

Podría objetarse que trata de una construcción teórica proveniente del ámbito jurídico y que, en esa medida, simplifica las cosas ignorando que los derechos son constructos sociales con implicaciones políticas y económicas. Sin embargo, si se observa con atención, el sentido de esas premisas trasciende al ámbito del derecho e incide en esas otras dimensiones. Al sostener que los derechos se encuentran recogidos en normas, que son obligaciones para el Estado, que requieren de garantías

9. Cfr. Guastini, R., *Distinguendo*, Turín, Giappichelli, 1996.

10. Ésta tesis, al igual que la mayoría de las premisas expuestas, proviene de la teoría garantista de Luigi Ferrajoli sobre los derechos fundamentales. Cfr., Ferrajoli, L., *Principia Iuris. Teoria del Diritto e della Democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007. Existe una traducción al castellano (Madrid, Trotta, 2010).

institucionales, etcétera, se evoca su carácter multidimensional. Esta es una conclusión ineludible, porque, para convertirse en realidades, los derechos, demandan acciones complejas que incluso trascienden al Estado e involucran a la sociedad.

En lo que sigue argumentaré que la cultura en general y, en particular, la cultura de los juristas, es un factor relevante en este terreno. Subrayaré, sobre todo, el papel que tiene el Poder Judicial como garante institucional último de los derechos humanos o fundamentales y la importancia de que sus integrantes asuman un compromiso jurídico pero también ideológico con los mismos.

IV. Los derechos y la cultura de los jueces

No pienso que los jueces por sí solos puedan ofrecer garantías plenas a los derechos ni creo que éstos demanden únicamente una protección jurídica o jurisdiccional. Ya he afirmado que los derechos, como fenómenos complejos, requieren de garantías políticas, económicas e incluso sociales. Necesitan, además, de un contexto cultural que les ofrezca sustento. Sin embargo, también es cierto que la función judicial es clave en los estados constitucionales para superar conflictos de manera pacífica y para procesar los reclamos de manera institucional. Los jueces, además de dirimir conflictos, son los responsables de garantizar en última instancia que los derechos de las personas sean respetados. Si fallan en la realización de esta función, el entramado institucional en su conjunto comienza a perder legitimidad. En esa medida, los jueces, al ser la garantía última de los derechos, también son garantes del sistema democrático constitucional en su conjunto.

Por eso es tan relevante el tema de la independencia judicial. Un atributo que debe distinguir a todos los jueces ante todos los poderes. A los juzgadores les corresponde colocarse del lado de los derechos y oponer las normas constitucionales a los poderes públicos y privados que, en su tendencia a la concentración y a la extralimitación jurídica, tienden a vulnerarlos. Esa misión es estratégica porque, como sostenía MacIwain, “la única institución esencial para defender el derecho siempre ha sido y todavía es un poder judicial honesto, hábil, preparado e independiente”.¹¹ Al realizar esta tarea, de hecho, los jueces operan desde el derecho, pero realizan una actividad que conlleva una dimensión política. Esto es inevitable, dadas las características de los

11. MacIwain, Ch. H., *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Nueva York, Cornell University Press, 1947.

ordenamientos constitucionales contemporáneos y el papel que les toca a los jueces como garantes de los mismos. El propio Hans Kelsen, en su *Teoría Pura del Derecho*, advertía esta politización ineludible de la justicia:

La pregunta de cuál sea la posibilidad “correcta” en el marco del derecho aplicable –decía Kelsen–, no es ninguna pregunta dirigida al conocimiento del derecho positivo, no es una pregunta teórico-jurídica, sino que es un problema político. La tarea de lograr, a partir de la ley, la única sentencia correcta, el único acto administrativo correcto, en lo esencial, la misma que la de crear, dentro el marco constitucional, la única ley correcta.¹²

Detrás de esta advertencia se encuentra la premisa bobbiana de que el poder y el derecho son las dos caras de una misma moneda. Cuando se trata de la labor jurisdiccional, esta implicación recíproca emerge con claridad. Ello, en particular, cuando las decisiones de los jueces –en particular de los llamados jueces constitucionales– tienen que ver con la garantía de los derechos humanos o fundamentales. Al buscar la mejor solución para un dilema jurídico que involucra derechos, los jueces, tienen que optar entre soluciones posibles alternativas y, al decidir, además, deben tener presente que provocarán consecuencias que trascienden al ámbito estrictamente jurídico, porque tendrán implicaciones políticas, económicas, sociales. Por eso es importante garantizar que los juzgadores, además de ser técnicamente diestros en cuestiones legales, tengan un bagaje cultural comprometido con la agenda de los derechos y de la democracia.

La ignorancia, la negligencia o la oposición ideológica de algunos jueces hacia la agenda de los derechos humanos representa un riesgo para la democracia. Y, en esa medida, si nos colocamos desde el mirador regional, esas actitudes también constituyen un obstáculo para el proyecto del *Ius Constitutionale Commune*.

V. La cultura y la moral de los derechos

La ignorancia de lo que son los derechos y de cuál es su importancia, en contubernio con la oposición ideológica abierta hacia éstos por parte de actores sociales relevantes

12. Kelsen, H., *La Teoría Pura del Derecho*, México, UNAM, 1982, p. 353.

(líderes de opinión, intelectuales, juristas), son factores que desfondan a las democracias constitucionales. Se trata de enemigos silenciosos de la agenda de los derechos y de sus garantías que –como bien nos enseña la historia reciente y presente de nuestro continente–¹³ generan contextos proclives a las regresiones autoritarias. Por eso, cuando hablamos de los derechos humanos, es importante tomar en consideración también los factores culturales que definen las coordenadas axiológicas dominantes. No perdamos de vista que las sociedades políticas tienen una moral positiva que interactúa con la moral individual de los miembros que las componen.¹⁴

Ambos tipos de moral –positiva e individual– son contingentes y están históricamente determinadas, por lo que inciden una sobre las otras y se redefinen de manera recíproca y simultánea. Si los principios y valores concretos que dotan de contenido a los derechos humanos (autonomía, dignidad, libertad, igualdad, básicamente), forman parte de la moral positiva de la sociedad, es muy probable que también formen parte del acervo axiológico de muchas personas y lo mismo vale en la dirección opuesta: si las personas hacen suya y promueven la agenda de los derechos, seguramente, ésta se afirmara como un punto de referencia moral compartido. Pero lo contrario también es posible y, por desgracia, frecuente. La ignorancia o el abierto desprecio hacia los principios y valores que se articulan en clave de derechos suelen colonizar –devaluándola– la moral positiva de muchas sociedades y en ese proceso inciden y se refuerzan las morales individuales.

En el difícil proceso de construcción de una cultura de los derechos resulta fundamental la socialización y difusión de las razones que dotan de sustento y sentido a los derechos humanos y, en paralelo, es necesario combatir, con la ayuda de la historia y la fuerza de los argumentos, a los detractores y enemigos de los mismos. En esa gesta intelectual y política se disputa en buena medida la disyuntiva que separa a la democracia de las múltiples opciones autocráticas. O, en otros términos pero con igual sentido, está en juego la afirmación de la libertad frente al autoritarismo.

Los jueces, al menos desde la perspectiva institucional, son actores estelares en el destino de este proceso. Ello, en particular, en los estados que han delegado en sus manos la función última de garantía de los derechos humanos. Las sentencias –sobre todo de los jueces constitucionales–, además de resolver litigios concretos, tienen una función pedagógica que incide en la moral positiva de un tiempo histórico determinado. Esto vale en el ámbito nacional, pero también –como demuestra la historia de la

13. A mi juicio, el mejor ejemplo de esta situación es el caso venezolano, desde el “chavismo” hasta el “madurismo”.

14. Sobre este tema, cfr., Pozzolo, S., “Un constitucionalismo ambiguo”, en Carbonell, M., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2006, pp. 187-210.

Corte Interamericana de Derechos Humanos– en el nivel internacional. Una sentencia garantista puede detonar transformaciones insospechadas a favor de los derechos y una decisión equivocada puede ser demoledora para su agenda.

Por lo mismo, el bagaje cultural de los jueces es tan relevante. Después de todo, así como la politización de la justicia es ineludible, los jueces constitucionales deciden echando mano también de sus convicciones personales. Esta es una tesis desarrollada por distintas aproximaciones teóricas al fenómeno jurídico –destacadamente el realismo, pero también desde otros enfoques que abrevan de las ciencias sociales– que no puede ignorarse, mucho menos en contextos normativos como los que caracterizan a las democracias constitucionales, en las que los derechos están recogidos a través de principios abstractos susceptibles de múltiples interpretaciones (igualdad, dignidad, libertad, autonomía, etcétera). Esto supone que los jueces, al momento de resolver los casos concretos, cuentan con un margen de apreciación que conlleva una cuota de discrecionalidad inevitable. Por lo mismo, al momento de emitir una sentencia, la moral individual de los juzgadores tendrá un peso relevante, sobre todo si la decisión versa sobre cuestiones controvertidas.

Por ejemplo, la distancia que separa a la sentencia *Dred Scott versus Sandford*¹⁵ –probablemente la más lamentable decisión de la Corte norteamericana en más de un siglo– de la sentencia *Brown versus Board of Education*,¹⁶ encapsula el paso de una sociedad esclavista a una sociedad dispuesta a dar la batalla en contra de la discriminación racial. En América Latina sucede algo similar, por ejemplo, cuando pensamos en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos vs. Chile)”¹⁷ y ubicamos la decisión

15. El protagonista de este caso, Dred Scott, era un esclavo que –después de un largo proceso judicial– elevó a la Suprema Corte de los Estados Unidos dos peticiones fundamentales: su libertad y el reconocimiento de su calidad de ciudadano de ese país. El 6 de marzo de 1856 se hizo pública la sentencia de la Corte que, por amplia mayoría y siguiendo la línea argumentativa planteada por su presidente, el *justice* Taney, concluyó, básicamente, que: a) las personas de color, aunque fueran libres, no podían ni podrían obtener la ciudadanía estadounidense; b) Scott debía seguir siendo esclavo, aunque hubiese vivido temporalmente en un estado que había abolido la esclavitud (Illinois); c) su situación jurídica dependía de la legislación del Estado en el que entonces vivía (Missouri). Algunos estudiosos han considerado que esta decisión fue uno de los muchos factores que propiciaron la Guerra Civil. Cfr., Beltrán de Felipe, M., J. González García, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Madrid, CEPC, 2005.

16. Se trata de una de las sentencias más conocidas y celebradas de las emitidas por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el siglo XX. Linda Brown era una niña negra que tenía que caminar varios kilómetros para llegar a la escuela, a pesar de que existía un colegio a pocas cuadras de su casa. El problema era que este último era un colegio para niños blancos. Su caso, entre otros similares –que quedaría simbólicamente representados por el “caso Brown”– llegó a la Corte en 1954 y provocó una decisión histórica que terminó con la segregación racial en las escuelas americanas. Gracias a este asunto, la “Corte Warren” superó el paradigma “iguales pero separados” dominante hasta entonces y lo sustituyó por un paradigma verdaderamente igualitario.

17. La sentencia de la Corte Interamericana conocida como “La Última Tentación de Cristo” es relevante por varias razones. En primer lugar, porque versa sobre un caso de censura y libertad de expresión, y que las autoridades chilenas –el Consejo de Calificación Cinematográfica, primero y el Poder Judicial después– habían prohibido, en 1988, la difusión de la película de ese nombre. En segundo lugar, porque se trató de un caso acaecido al cabo de la dictadura de Augusto

en el cambio de paradigma constitucional que acompañó al paso de las dictaduras hacia las democracias electorales en la región. Esa y otras decisiones de esta instancia jurisdiccional regional son las que alientan y proyectan a la idea del *Ius Constitutionale Commune* que orienta nuestras reflexiones. Mediante esta clase de decisiones se activa una transformación de la moral positiva dominante.

En México se detonó una disputa cultural alrededor del derecho y de los derechos –a la que me referiré más adelante– en buena medida a partir de una decisión de la Corte Interamericana. Me refiero a la sentencia del caso “Rosendo Radilla vs. México”¹⁸ y a su aterrizaje nacional, primero mediante el expediente Varios 912/2010 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹⁹ y, después, a través de otras decisiones orientadas a definir el lugar de los derechos humanos de fuente internacional en el ordenamiento jurídico mexicano, así como los alcances de las resoluciones de la Corte Interamericana en el ámbito nacional.²⁰

Esa disputa tiene que ver directamente con el tema del *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano, porque se refiere al alcance que deben tener las normas, discusiones y decisiones de las instancias regionales –en particular de la Corte Interamericana– en el ordenamiento jurídico y, a través de éste, en las dinámicas políticas y sociales en México. Para algunos, las decisiones de la Corte Interamericana, aunadas a los cambios constitucionales nacionales en materia de derechos humanos, representan todo un cambio de paradigma que va desde el nacionalismo soberano de los poderes hacia el universalismo garantista de los derechos, es decir, que camina en la dirección que haría posible el ideal del *Ius Commune*. Pero, para otros, en cambio, se trata de decisiones anodinas que aportan muy poco o, de plano, de sentencias peligrosas que amenazan a la soberanía nacional y, en esa medida, al *Ius Nationale*

Pinochet y, por lo mismo, en pleno proceso de transición democrática en Chile. Finalmente, porque la Corte IDH, en 1997, condenó al Estado chileno, entre otras medidas, a modificar su legislación –reformando su Constitución y las leyes correspondientes– para garantizar la libertad de pensamiento y de expresión en el país.

18. La sentencia al caso Rosendo Radilla vs México fue la primera resolución condenatoria al Estado mexicano emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al comprobar la desaparición forzada del señor Radilla, un militante político de izquierda en los años setenta del siglo XX, por el Ejército mexicano, los jueces de la Corte IDH ordenaron, entre otras medidas, reformar la legislación vigente para terminar con el fuero militar, buscar el cuerpo del señor Radilla, indemnizar a sus familiares, realizar un acto de reconocimiento y disculpa público. El caso también fue relevante, porque sentó las bases para que los jueces mexicanos llevaran a cabo el llamado “control de convencionalidad” y ajustaran sus interpretaciones a las emitidas por la propia Corte IDH.

19. Se trata del posicionamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación frente a la sentencia de la Corte IDH al caso Radilla. Después de intensas discusiones entre sus integrantes –aun no solventadas del todo–, una mayoría de ministros determinó que las resoluciones de esa corte internacional son vinculatorias para todos los poderes en México y que los jueces nacionales sí están obligados a llevar a cabo un “control de convencionalidad” a partir de la Convención Americana y las interpretaciones que hace de la misma la Corte IDH.

20. He reconstruido el debate sobre estos temas entre los ministros de la SCJN en los siguientes textos consultables en línea: <<http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=3021>, <http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=3043>, <http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=3090>>.

que es el único que les interesa defender²¹. Ahí reside la disputa por los derechos.

VI. La justicia como terreno de batalla de los derechos

Es un hecho sabido que a los derechos humanos los amenazan y los vulneran los poderes. Tradicionalmente el Estado –dentro del que se cuenta y se encuentra al propio Poder Judicial– que durante siglos ha sido la entidad causante de torturas, censuras, discriminaciones, desapariciones, etcétera. Pero también, como la teoría contemporánea ha venido afirmando, las organizaciones privadas poderosas, esos poderes que Ferrajoli llama *poderes salvajes* y que suelen crecer de la mano del dinero y del control ideológico o mediático. Por legales o ilegales que sean, todos los poderes, al menos en potencia, constituyen una amenaza para los derechos de millones de personas en todo el mundo. Esto se comprende con mayor facilidad si recordamos que el trabajo, la alimentación, la vivienda, la educación, el medio ambiente sano, entre otros, también son derechos humanos. Porque no sólo se trata de evitar violaciones a las libertades o a la integridad personal por parte del Estado o de otros actores con capacidad de violar derechos humanos o fundamentales, sino también de crear normas e instituciones que salvaguarden a los derechos sociales.

De hecho, las constituciones contemporáneas previenen que es una obligación de todos los poderes del Estado promover, respetar, proteger y garantizar todos los derechos. Se trata de un reto mayúsculo que coloca a los estados democráticos en una situación difícil pero ineludible si pretenden consolidar esa forma de gobierno. Por un lado, los estados, deben diseñar instituciones e implementar políticas que inhiban las violaciones a los derechos que provienen del propio poder estatal y, por el otro, deben impedir las violaciones provocadas por los poderes privados.²² Sólo así se logra evitar que los ciudadanos se conviertan en súbditos y las personas en clientes. También en este terreno emerge una disputa cultural, porque la “cultura de los derechos” es la opuesta a la “cultura del poder”.

21. Creo que esa es la postura de la ministra de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Margarita Luna Ramos, quien sostuvo que la afirmación de que en México existe un “bloque de constitucionalidad” –que incluye a los derechos humanos constitucionales y convencionales– es un acto de “traición a la patria”. Esta afirmación la realizó en la Ciudad de Morelia, Michoacán durante una conferencia el 9 de agosto de 2013. Algunas notas periodísticas y comentarios sobre sus dichos pueden consultarse en: <<http://www.quadratin.com.mx/principal/Traicion-a-la-patria-comparar-tratados-internacionales-con-Constitucion/>> o en <<http://m.eluniversal.com.mx/notas/articulistas/2013/08/66155.html>>.

22. He desarrollado algunas de estas tesis en Salazar P., *Política y derecho. Derechos y garantías. Cinco ensayos latinoamericanos*, México, Fontamara, 2013, en particular en los capítulos I y II.

Para lograr que impere la primera es fundamental, como sabemos, garantizar la independencia judicial. Sin embargo, en nuestros países se encuentra permanentemente amenazada. Tanto en los países que han adoptado al llamado “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano” como en las naciones en la que se transitó desde las dictaduras a través de modelos democráticos constitucionales tradicionales, la justicia se ha convertido en un terreno de batalla.²³ El asalto contra su independencia se ha orquestado de diferentes maneras. En algunos países esta operación se ha construido desde la Constitución (por ejemplo, contemplando la elección directa de los jueces constitucionales) y, en otros, a través de acciones políticas (por ejemplo, reduciendo o ampliando el número de integrantes de las Cortes para favorecer los intereses del gobierno en turno). De esta forma, por una u otra ruta, en los hechos la independencia judicial se ha venido neutralizando.

Ciertamente, esta tendencia no es igual en todos los países de la región, porque existen casos, como el de Colombia, en donde existe un Tribunal Constitucional que se ha convertido en un punto de referencia internacional,²⁴ pero la tentación de la politización de la justicia –y, mediante la misma, de su neutralización–, está latente en la región. En Argentina, por ejemplo, en junio de 2013, la Corte Suprema declaró inconstitucional una ley impulsada por el gobierno para elegir democráticamente a los miembros del Consejo de la Magistratura. La respuesta desde el Poder Ejecutivo a la decisión de la Corte fue virulenta. La presidenta Cristina Fernández afirmó lo siguiente:

Es tan maravilloso creer que la voluntad popular está por encima de cualquier otro poder, que me cuesta que en este siglo XXI, en este tercer centenario de la República, estén impidiendo a los argentinos votar.

Cualquiera tiene derecho a preguntarse si hubo malos gobiernos. Podemos decirlo eso en tiempos donde los argentinos no teníamos el derecho a votar y nos imponían el yugo de las dictaduras. Pero los argentinos podemos votar y elegir libremente, al menos dos de nuestros poderes, el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo.²⁵

Semanas más tarde, al celebrar el día de la Independencia (el 9 de julio), remató su

23. Me permito remitir a una crónica de viaje en la que narro mi experiencia en Venezuela, en los tiempos de Hugo Chávez: <http://www.nexos.com.mx/?P=leerarticulo&Article=73044>.

24. Si bien existe alguna polémica en torno a los alcances que los jueces de ese país le han dado a la garantía de algunos derechos sociales, se trata de un tribunal constitucional independiente y técnicamente muy sólido.

25. Ambas declaraciones provienen del discurso pronunciado en el marco del aniversario de la Constitución (21 de junio de 2013) y pueden consultarse en la cuenta de Twitter de la Presidenta argentina.

posicionamiento mostrando la tesis de la supuesta (¿o real?) dependencia de la justicia al poder económico:

Ya democratizamos al Ejecutivo y al Legislativo (...). Nos falta la otra reforma, la que queremos hacer, la de la Justicia (...) Qué nadie me venga a hablar de seguridad si antes no me habla de reformar la Justicia.
Que la justicia no dependa de plata que le ponen (...) No se puede tener independencia de los intereses de la Nación y del pueblo.

Estas y otras declaraciones –que trazan una estrategia y encierran un proyecto ya implementado en los países como Venezuela y Ecuador–, fueron acompañadas de fuertes críticas y amenazas veladas a los jueces constitucionales. Se trata de un buen ejemplo que encapsula los desafíos que enfrenta la independencia judicial. Desafíos que son políticos pero que también, como las declaraciones de la presidenta Fernández evidencian, tienen un sustrato cultural que coloca al poder por encima del derecho.

VII. La reforma de derechos humanos en México

En México la transición democrática se procesó e impactó sobre todo en el ámbito legislativo y ejecutivo. Sin embargo, a la par de ese proceso de transformación política se fue gestando también una evolución de la justicia que, al menos en el ámbito federal, se ha traducido en mayor independencia de los jueces ante los poderes del Estado. En particular la Suprema Corte de Justicia de la Nación –que es a la vez Tribunal de Casación y Tribunal Constitucional– ha visto fortalecido su rol institucional como entidad garante de la Constitución. Sin embargo, los rezagos y desafíos siguen siendo importantes. No sólo porque lo que vale para la Suprema Corte no puede afirmarse de las instancias judiciales inferiores sino, sobre todo, porque la justicia local –que es la más cercana a los ciudadanos– sigue dependiendo políticamente de los ejecutivos estatales y es deficiente desde el punto de vista técnico.

Al desafío que supone el fortalecimiento institucional de la justicia –mayor independencia y mejores capacidades– debemos agregarle el reto cultural. En lo que sigue me propongo reconstruir las coordenadas de la disputa que encuadra ese reto en el México actual. El momento es especialmente interesante por las siguientes razones: a) porque en 2011 se aprobó una ambiciosa reforma constitucional en materia de

derechos humanos; b) porque el contenido de esa reforma, en principio, apuesta por la inserción de México en el proyecto del *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano; c) porque este aspecto de la reforma –junto con las decisiones de la Corte Interamericana a las que ya hemos hecho referencia– ha sido el detonador de la disputa cultural por los derechos que he venido anunciando.

Los alcances potenciales de la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos residen en cinco ejes estratégicos: a) la ampliación del conjunto de derechos humanos; b) el ensanchamiento de la titularidad de los derechos; c) la especificación de las obligaciones de las autoridades; d) el fortalecimiento de las instituciones de protección (jurisdiccionales y no jurisdiccionales); e) el énfasis en la protección de los derechos desde las políticas públicas.²⁶ En particular, el artículo 1º de la Constitución, que conviene citar en extenso, traza las coordenadas de lo que algunos hemos llamado “un nuevo paradigma constitucional”:²⁷

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

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

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

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por

26. Tomo esta idea de los comentarios expuestos por Alan García en el seminario sobre la Reforma de Derechos Humanos organizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en diversas sedes nacionales el 23 de septiembre de 2011. El profesor García participó, junto con el autor de este ensayo, en la Casa de la Cultura Jurídica de León, Guanajuato.

27. Carbonell, M., P., Salazar [coords.], *La reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, IJ-UNAM, México, 2011.

este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Para los efectos que nos interesan, vale la pena resaltar las siguientes piezas constitucionales (que, en su mayoría, son verdaderas novedades) incluidas en la disposición: a) los derechos son llamados por su nombre y no “garantías individuales”, como lo hacía la redacción precedente; b) se establece que los derechos son reconocidos y no otorgados como sucedía anteriormente;²⁸ c) se amplía la base normativa en la que se recogen los derechos con la incorporación expresa de los tratados internacionales en la materia (a esta determinación se le conoce como “bloque de constitucionalidad”); d) con lo anterior, en principio, cambia la jerarquía normativa en México, lo que se complementa con el llamado principio *pro persona* (la interpretación en la materia deberá hacerse “favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”); e) dicho principio se complementa con una interpretación “de conformidad” con la propia Constitución y los tratados; f) el Estado –todas sus autoridades– tiene obligaciones específicas y responsabilidades concretas que están vinculadas con los principios que caracterizan a los derechos humanos; g) ello en adición a las prohibiciones de la esclavitud y de la discriminación que ya existían desde antes.

Los alcances de esta transformación –sobre todo en los aspectos que tienen que ver con la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el marco constitucional mexicano– son objeto de disputa en el foro, la academia y, sobre todo, en la judicatura. Merece la pena documentar las posiciones de algunos actores relevantes en esta disputa. Aunque lo que está en juego no es directamente la independencia judicial –como en los países a los que he hecho referencia– sí es la capacidad de los operadores jurídicos (en particular, de los jueces) para ofrecer garantías efectivas a los derechos humanos o fundamentales.

28. Esta decisión conlleva un enfoque de talante iusnaturalista que merece ser advertido.

VIII. La disputa por los derechos en México

No me parece exagerado sostener que, actualmente en México, al menos en el ámbito de la comunidad jurídica, se encuentra en disputa la moral positiva de la sociedad mexicana en torno a los derechos humanos o fundamentales. Por un lado, existen voces que subrayan la importancia de las nuevas normas constitucionales y su potencial transformador y, en contrapartida, otros actores relevantes minimizan los cambios, promueven reformas regresivas o proponen interpretaciones restrictivas. A continuación intercalaré las voces de algunos abogados y juristas que ofrecen un fresco de esta relevante discusión.

Ante la pregunta, realizada por la revista *El mundo del abogado*, “¿cómo estamos en materia jurídica en México?”, Luis Robles Miaja, presidente del Consejo de Administración de BBVA Bancomer, uno de los bancos más grandes de México y parte de un grupo financiero internacional, respondió, en mayo de 2013, lo siguiente:

Hay un tema que me preocupa como miembro de la industria bancaria pero más como ciudadano y abogado: la implementación que se está haciendo de la reforma de derechos humanos. (...) Estamos abriendo la caja de Pandora. Para empezar nadie sabe cuántos derechos humanos hay. (...) A eso súmale el tipo de redacción política que abunda en la materia y te darás cuenta de que estamos en graves problemas. Para darte un ejemplo: hay un gran proyecto de infraestructura, una termoeléctrica: miles de empleos. Te llega un grupo que busca extorsionarte y no le haces caso. Le piden a un juez estatal que detenga la construcción basándose en una interpretación *mala fide* del Pacto de San José de Costa Rica, ¡y el juez suspende la obra por dos años!²⁹

En el mismo sentido, el abogado Fernando Gómez Mont, profesor de la Escuela Libre de Derecho y secretario de Gobernación durante el gobierno del presidente Felipe Calderón, precisamente cuando la reforma fue aprobada, ha sostenido en diversos foros académicos que hablar de un nuevo paradigma constitucional “es una pedantería académica³⁰”, porque, en realidad, la reforma conlleva cambios relevantes y lo que

29. Luis Robles Miaja: “Con la reforma de derechos humanos, estamos abriendo la caja de Pandora”, entrevista en *El Mundo del Abogado*, México, mayo de 2013, p. 17.

30. La idea fue sostenida con insistencia en el seminario “Alcances de la interpretación del Artículo 1° constitucional” que tuvo lugar en la Escuela Libre de Derecho (ELD) el 29 de abril de 2013. En ese evento, moderado por Ricardo Sepúlveda, participaron, además de Gómez Mont, el magistrado Jean Claude Tron Petit, el Rector de la ELD, Fauzi Hamdan, el autor de este texto y el académico Santiago Corcuera.

importa es que, junto con los derechos, se nos recuerde cuáles son nuestros deberes ciudadanos. Se trata de dos posturas significativas por el talante de los juristas que las emiten pero, sobre todo, por el sentido conservador que las inspira. Ambos juristas – que merecen ser citados, entre otras razones, por ser personajes respetables que no promueven una agenda autoritaria– ven a los derechos como piezas de un modelo en el que deben llevar otros elementos como la inversión económica o los deberes republicanos.

Se trata de una lógica que ha permeado en muchas instituciones académicas y que ha conducido, por ejemplo, a la organización de un seminario en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, convocado para discutir la pertinencia de regresar el texto de la Constitución a la terminología anterior y restablecer el término de “garantías individuales” en lugar del de “derechos humanos”.³¹ Ese evento –más allá de su escaso impacto real– es sintomático, porque anuncia resistencias en un nicho crucial para la transformación cultural que se requiere, como lo es la enseñanza del derecho.

También en sede legislativa se ha hecho presente la tendencia regresiva. Líderes parlamentarios del Partido Revolucionario Institucional (el presidente de la Cámara de Diputados y el de la Cámara de Senadores) presentaron iniciativas de reformas constitucionales para que los tratados internacionales no tengan rango constitucional. Al explicar las causas de su proceder, han aludido a preocupaciones que provienen desde el foro y la política, pero también desde la judicatura. Las iniciativas de reforma no han procedido, pero tampoco han sido descartadas. Así que tenemos evidencias de que las resistencias al cambio de paradigma son intelectuales, pero también políticas y judiciales, lo que nos obliga a concluir que la idea del *Ius Constitutionale Commune* enfrenta resistencias.

Pero lo cierto es que también existen actores relevantes que defienden la causa de los derechos. Como prueba de que se trata de una disputa genuina y abierta tenemos, por ejemplo, las siguientes posiciones de algunos investigadores universitarios. Las referencias, más allá de su contenido, son interesantes, porque demuestran que no se trata de un forcejeo generacional sino netamente cultural. Héctor Fix Zamudio –el decano de la investigación jurídica en México– y Salvador Valencia Carmona, en su libro dedicado a esta reforma y a otra modificación constitucional complementaria en materia de amparo, han sostenido que:

31. El “Encuentro de Ideas y de Debate” tuvo lugar el 21 de marzo de 2013 y llevó como título “¿Derechos Humanos o Garantías?”

Las reformas en amparo y derechos humanos (...) se inspiran en una concepción de avanzada y entrañan un nuevo paradigma constitucional, en virtud de que se ha ensanchado el horizonte de los derechos humanos, reforzando las garantías jurisdiccionales y fortaleciendo de manera decidida el estado de derecho.³²

En sintonía con esta posición, Miguel Carbonell y el autor de este ensayo, en la introducción al volumen que hemos coordinado sobre la reforma, sostuvimos que:

En su conjunto las normas reformadas delimitan un nuevo paradigma en el constitucionalismo mexicano porque, por un lado, introducen al concepto de los derechos humanos como eje central de la articulación estatal (sustituyendo la figura arcaica de las “garantías individuales”) y, por el otro, incorporan como normas de máximo rango en el ordenamiento jurídico mexicano a las disposiciones en materia de derechos de origen internacional. De esta manera imponen una nueva exigencia a los actores políticos de todos los niveles para transformar a la realidad en clave democrática y constitucional.³³

Es difícil decir cuál de estas interpretaciones terminará por imponerse, pero no parece errado afirmar que de ello dependerá el éxito o el fracaso de la reforma constitucional y, en buena medida, del impulso que pueda ofrecerse desde México al proyecto del *Ius Commune* latinoamericano.

IX. La Suprema Corte de Justicia de la Nación en el debate

Observemos ahora el calado de la misma discrepancia en sede jurisdiccional. Primero reproduzco las posiciones de un ex-ministro (en ese entonces presidente de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación) y de otros dos ministros que, en 2013, siguen en funciones. Leamos las palabras del entonces presidente de la Segunda Sala,

32. Fix-Zamudio, H. y S. Valencia Carmona, *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo como nuevo paradigma constitucional*, México, UNAM-Porrúa, 2013, p. XIII.

33. Carbonell, M., P. Salazar (coords.), *La reforma constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma*, México, UNAM-Porrúa, 2011.

Sergio Aguirre Anguiano, al concluir el año 2011, en el que la reforma fue aprobada:

...es riesgoso desoír al pasado, recludéndolo en la alacena de lo demodé, cegados muchas veces por el brillo de la novedad (...). Desvarío peligroso y empobrecedor el de intentar magnificar el presente y apuntar al futuro sin tomar en cuenta que lo que somos es producto de nuestros ayeres. En este sentido no debemos pensar que las últimas reformas constitucionales (en materia de derechos humanos) fueron producto de una suerte de prestidigitador o de un momento visionario del Constituyente reformador (...). No puede negarse que estamos ante la presencia de reformas muy valiosas. Sin embargo, estimo desproporcionado aceptar que con ellas se configura un “nuevo paradigma” de nuestro constitucionalismo, como se nos quiere hacer ver en diferentes foros y tribunas...³⁴

Vale la pena subrayar el talante conservador y minimalista de la lectura de la reforma que hacía el ex-ministro Aguirre, sobre todo porque su posición ha sido retomada por otros jueces constitucionales todavía en funciones. Ese es el caso de los ministros Luis María Aguilar Morales y Margarita Luna Ramos. A continuación se reproducen –en ese orden– dos intervenciones suyas que no versan sobre el significado y el valor general de la reforma, sino sobre sus alcances concretos, al determinar la jerarquía que corresponde a los tratados internacionales en materia de derechos humanos en el ordenamiento jurídico mexicano:

(...) No puedo estar de acuerdo y así lo he manifestado en muchas otras ocasiones, en que una interpretación con base en un convenio pueda simple y sencillamente hacer que una disposición constitucional no se aplique, como si las disposiciones constitucionales no fueran las normas máximas supremas de este país que dan origen inclusive a todo el marco legal que nos rige, incluyendo los propios tratados internacionales; no en balde los tratados internacionales tienen su origen, su legitimidad, en la propia Constitución y tan es así que en el artículo 105 de nuestra Constitución, estos tratados internacionales pueden ser ponderados, valorados y analizados conforme a las propias disposiciones constitucionales. ¿Por qué? Porque en este régimen, en

34. Segunda Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Informe de labores 2011*, México, SCJN, 2011, pp. X-XI.

este sistema de nuestra Constitución, aun los tratados internacionales están sometidos a las disposiciones constitucionales (ministro Aguilar Morales).

¿Qué es lo que nos está diciendo el artículo 1º constitucional? Está elevando a rango constitucional el control de convencionalidad, pero esto no quiere decir, de ninguna manera, que el hecho de que ahora se establezca la obligación de llevar a cabo control de convencionalidad, porque la Constitución nos lo está obligando, quiera decir que los tratados internacionales, primero, estén a la par de la Constitución o por encima de ella; no, el control de convencionalidad es establecer que el acto o la ley que estamos juzgando, está o no acorde con el tratado internacional (ministra Luna Ramos).³⁵

Se trata de posicionamientos de mucha relevancia porque los emiten dos de los once ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. De hecho, su posición fue cobrando fuerza al interior de la Suprema Corte y, en cierta medida, logró imponerse en septiembre de 2013, cuando el Pleno de la Corte, a pesar de reconocer la existencia de un “bloque de constitucionalidad”,³⁶ determinó que las restricciones o límites que la Constitución mexicana impone a algunos derechos humanos –en principio y sin importar su contenido y efectos– deben surtir efectos preferentemente, ello incluso en los casos en los que existan normas internacionales que apunten en la dirección opuesta. Para algunos observadores, de hecho, esta decisión materializó la regresión propuesta en sede legislativa, pero por la vía jurisdiccional.

Pero lo cierto es que la disputa sigue abierta. Por lo mismo importante rescatar y difundir también la posición opuesta defendida por otros de los ministros de la propia Suprema Corte. Ese es el caso de la posición del ministro Arturo Zaldívar quien, por ejemplo, cuando era presidente de la Primera Sala, el mismo día en el que Sergio Aguirre sostuvo lo que acabamos de leer, advirtió lo siguiente:

Este año ha sido de enorme relevancia para el constitucionalismo mexicano. A partir de las reformas constitucionales (...) en materia de derechos humanos y amparo es válido sostener que se generó

35. Cfr., versiones de la discusión del Amparo Directo en Revisión promovido en contra de la sentencia dictada el 10 de enero de 2012 por la Cuarta Sala Penal del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Michoacán 2809/2012, en sesiones celebradas los días 3 y 4 de junio de 2013. Retomo ambas referencias del artículo de Guillermo J. García, *La integración de “otros” tratados internacionales por medio del artículo 1 constitucional*, al que tuve acceso en su versión preliminar.

36. Pero sin usar dichas palabras, porque el concepto no agrada a algunos de los ministros.

un nuevo paradigma constitucional, que modifica radicalmente la forma de comprender el fenómeno jurídico (...). Un nuevo paradigma que exige una nueva mentalidad en jueces, abogados, autoridades y académicos. Un nuevo paradigma que fortalece la centralidad de los derechos humanos como la finalidad última de toda la ingeniería constitucional. (...) Los derechos humanos son la ética de la democracia (...). El respeto a los derechos fundamentales distingue a la democracia del autoritarismo. No importa la seriedad de los problemas; el reto de los estados democráticos es resolverlos a través del derecho y con vigencia plena de los derechos fundamentales.³⁷

El contraste de criterios que encierran estos párrafos trasciende al debate intelectual entre juristas y está teniendo consecuencias jurídicas concretas porque, como lo afirmaron otro de los ministros, José Ramón Cossío, y uno de sus secretarios, Raúl Mejía, existe:

...una diferente interpretación y aproximación a los casos dependiendo de cuál sea la Sala que en última instancia revise los casos que se le presenten dependiendo, fundamentalmente, de la materia de que se traten (Civil y penal, para la Primera; laboral y administrativa, para la Segunda).

Las diferencias no son menores y, al magnificarse en los tribunales inferiores, pueden generar una imagen de desorden interpretativo con una potencial afectación a los casos concretos y, por ende, a los justiciables. Una cosa es que los tribunales al conocer casos concretos en primera instancia puedan tener divergencias sobre la manera de resolver ciertos temas, lo que finalmente puede homologarse al subir de instancia y llegar a los tribunales de última interpretación en el ordenamiento jurídico, y otra es que sean estos últimos los que tengan la diferencia de criterio y provoquen que los tribunales inferiores resuelvan en sentido diverso dependiendo de la materia y del tribunal que en última instancia les corresponda como revisor.³⁸

En efecto, las divergencias de interpretación entre los ministros de la Suprema

37. Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Informe de labores 2011*, México, SCJN, 2011, pp. XXVII-XXVIII.

38. Cossío, J. R., R. Mejía, "Derechos descafeinados", *Nexos*, México, junio de 2013.

Corte –que tienen sustento en concepciones ideológicas o en culturas jurídicas disím-bolas y que sólo han sido parcialmente resueltas mediante las decisión comentada de septiembre de 2013– ponen en riesgo otros principios fundamentales de todo sistema jurídico, como lo son la certeza y la seguridad jurídicas. Se trata de principios tan rele-vantes como lo es la independencia judicial cuando lo que está en juego es la garantía de los derechos fundamentales. Esto es así, porque, si la dependencia ante los poderes socava la capacidad de los jueces para proteger a los derechos, la inestabilidad en la interpretación sobre la garantía de los mismos, erosiona la certidumbre de las personas sobre cuáles son sus derechos y cómo pueden defenderlos.

X. Epílogo

Si es verdad que la efectiva garantía de los derechos humanos es una condición para la consolidación de las democracias y que, la vigencia de las mismas es necesaria para ampliar los horizontes espaciales y humanos del constitucionalismo, entonces, la disputa por los derechos en el contexto mexicano y los embates contra la independencia judicial en países de la región, tienen mucha importancia para el proyecto del *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano. La proyección efectiva de este ideal regional depende de la vigencia efectiva de las garantías de los derechos humanos en cada uno de nuestros países. Una garantía que es política, social y jurisdiccional y no depende sólo de dinámicas técnicas e institucionales porque demanda un sustrato cultural.

Lo que sucede es que el triunfo en la batalla por los derechos también se juega en la disputa por la moral positiva de la sociedad. El reto, cuando pensamos en esta dimensión, reside en lograr que la lógica de los derechos impere sobre las lógicas de los poderes y los privilegios. Eso, como sabemos los latinoamericanos, no es fácil. Pero, como enseñan los grandes ideales, tampoco es imposible. De lo contrario, ¿qué sentido tendría pensar, discutir y escribir sobre el *Ius Constitutionale et Democratico Commune* en América Latina?

Ius Constitutionale Commune en América Latina. Una mirada a un constitucionalismo transformador¹

Armin von Bogdandy

Sumario: I. Contexto y finalidad de esta contribución. II. Un nuevo enfoque del constitucionalismo latinoamericano. 1. Lo común. 2. ¿Qué quiere decir latinoamericano? III. Objetivos y medios. 1. La perspectiva latinoamericana de ciertos principios constitucionales. 2. Institucionalidad y el nuevo rol de los tribunales. 3. Sobre el rol de las instituciones regionales. 4. Pluralismo dialógico. IV. Resumen.

El *Ius Constitutionale Commune en América Latina* (ICCAL) se refiere a un enfoque regional sobre el constitucionalismo transformador. Dicho enfoque se nutre de experiencias concretas con situaciones inaceptables y apunta a la transformación de la realidad política y social de América Latina por medio del fortalecimiento concertado de la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos. Los problemas comunes a los países latinoamericanos, tales como la exclusión de amplios sectores de la sociedad y la débil normatividad del derecho, son temas centrales de este enfoque. El ICCAL no apuesta por la integración funcional de la región, sino más bien por un constitucionalismo regional de los derechos con garantías supranacionales. Como resultado de esto último, los representantes del ICCAL reconocen la muy estrecha relación que existe entre el derecho constitucional, el derecho internacional y el derecho

1. Conferencia dictada en la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 13 de abril de 2015. Este artículo ha sido publicado en la Revista Derecho del Estado de la Universidad Externado de Colombia. Agradezco a Rodolfo Arango, Laura Clérico, Thomas Duve, Samuel Issacharof, Franz Ebert, Manuel Góngora Mera, Simon Hentrei, Mariela Morales Antoniazzi, Flavia Piovesan y Ximena Soley por sus valiosos comentarios y críticas. Igualmente expreso mi gratitud a las observaciones de Manuel José Cepeda, Jesús María Casal, Humberto Sierra, Claudio Nash, Gilbert Armijo, Víctor Bazán, Paola Acosta Alvarado, César Landa, Christian Steiner y Juan Carlos Henao, en el marco de los intercambios académicos sobre el *ius constitutionale commune* llevados a cabo en Colombia en agosto de 2014. Traducción del alemán por Ximena Soley.

comparado. La apertura de los ordenamientos jurídicos nacionales de numerosos países latinoamericanos hacia el derecho internacional, y en particular hacia el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, es de especial importancia y constituye el núcleo normativo del ICCAL. La presente contribución analiza los elementos centrales de dicho enfoque y describe sus contornos específicamente latinoamericanos.

I. Contexto y finalidad de esta contribución

Desde el año 2004 el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público ha sido el anfitrión del Coloquio Iberoamericano,² organizado desde el año 2006 por Mariela Morales Antoniazzi, investigadora del Instituto para temas latinoamericanos. Las 130 sesiones del Coloquio que se han celebrado hasta ahora han servido como foro para intercambiar, comparar y contrastar las ideas de los numerosos expositores y participantes, y han generado una agenda de investigación común. El Coloquio cuenta al día de hoy con una red que comprende alrededor de 250 miembros; alrededor de él se han organizado 15 conferencias internacionales así como tres cursos de verano sobre derecho comparado; además, se han publicado 12 libros.³ Desde marzo de 2014, el Coloquio es el evento principal de la sección alemana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.⁴

En el Coloquio se han abordado diversas constelaciones temáticas, pero la cuestión central ha sido el constitucionalismo transformador en América Latina.⁵ Se

2. El Coloquio Iberoamericano fue creado como grupo de debate del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional el 5 de febrero de 2004, gracias a la iniciativa de los doctorandos del Prof. Dieter Nohlen, Richard Ortiz Ortiz y Andrés Jouannet Valderrama, apoyada por un grupo de investigadores hispanoparlantes. En el Acta constitutiva se definen los objetivos así como los procedimientos para su funcionamiento.

3. http://www.mpil.de/en/pub/research/details/projects/comparative_law/ius_constitutionale_commune.cfm

4. Más sobre este Instituto en la sección II.

5. El concepto de constitucionalidad transformadora se conoce del constitucionalismo colombiano en el marco de la nueva constitución de 1991. La Constitución de 1991 se identifica como un parteaguas y tiene como soporte la efectividad de los derechos humanos como uno de sus pilares fundamentales. CEPEDA, M. J. "¿Cómo se hizo la Asamblea Constituyente?" en: *Introducción a la Constitución de 1991: Hacia un nuevo constitucionalismo*. Bogotá: Presidencia de la República. 1993, 173-186; CEPEDA, M. J. *Los derechos fundamentales de la Constitución de 1991*. Vol. 2. Bogotá: Editorial Temis. 1997. Se afirma que los constituyentes de 1991 no sólo eran depositarios de una voluntad popular ansiosa de respuestas institucionales para transformar la situación, sino que estuvieron motivados por una especial sensibilidad en lo que concierne al derecho internacional de los derechos humanos. UPEGUI MEJÍA, J. C. Cuatro indicios de la influencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en el constitucionalismo colombiano. *Revista Derecho del Estado*. 2009, 23, 191-212. El constitucionalismo transformador también se conoce a partir de la discusión sudafricana. Pionero en este sentido: KLARE,

trata de superar la profunda exclusión social a la luz de la tríada derechos humanos, democracia y Estado de derecho. El Coloquio ha facilitado el análisis jurídico de este desafío bajo un enfoque tanto comparativo como internacionalista, lo que implica una serie de innovaciones. Este enfoque jurídico holístico se conoce cada vez más como *Ius Constitutionale Commune en América Latina* (ICCAL).⁶

La idea de un constitucionalismo latinoamericano no es nueva.⁷ Sin embargo, el siglo XXI la ha dotado de nuevos contornos en el sentido de un *Ius Constitutionale Commune*. Un momento importante en la formación de su identidad lo constituye el rechazo de las tres ideologías constitucionales tradicionales latinoamericanas, a saber, el conservadurismo, el liberalismo y el radicalismo.⁸ Sus características positivas son la combinación del derecho nacional y del internacional público, la orientación metodológica hacia principios, la centralidad de los derechos y la estrategia de perseguir transformaciones de manera incremental.

El *Ius Constitutionale Commune* emerge en un ámbito discursivo densamente poblado; es muy conocido, por ejemplo, el así llamado nuevo constitucionalismo latinoamericano.⁹ Hasta podríamos afirmar que Latinoamérica es la región en donde se discute con mayor intensidad y apremio sobre el futuro del constitucionalismo, como lo demuestran en el derecho positivo las innovadoras constituciones de Bolivia

K. Legal Culture and Transformative Constitutionalism. *South African Journal on Human Rights*. 1998, 14(1), 146-188; sobre su significado, ROUX, T. Transformative Constitutionalism and the best interpretation of the South African constitution: distinction without a difference? *Stellenbosch Law Review*. 2009, 20(2), 258-285.

6. Sobre el concepto del *Ius Constitutionale Commune*, GÓNGORA MERA, M. E. *Inter-American Judicial Constitutionalism: On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*. San José: Inter-American Institute of Human Rights. 2011, 243; Voto razonado del juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, de 26 de noviembre de 2010; ARANGO, R., "Ius constitutionale commune", *El Espectador*, 4 de noviembre de 2009; SAGÜÉS, N. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Estudios Constitucionales*. 2010, 8(1), 117-136; GARCÍA RAMÍREZ, S. El control judicial interno de convencionalidad. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*. 2011, 5(28) 123-159; PIOVESAN, F. *Proteção dos direitos sociais: desafios do ius commune sul-americano*. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. 2011, 77(4), 102-139; PIOVESAN, F. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. 2011, 19, 67-93 [en adelante "Direitos humanos e diálogo"].

7. Para conocer la trayectoria latinoamericana se puede acudir a la edición especial de la revista especializada *Rechtsgeschichte*, DUVE, T. *Verfassung und Verfassungsrecht in Lateinamerika im Licht des bicentenario*. Einleitung zur Debatte. *Rechtsgeschichte*. 2010, 16, 16; también CASAL HERNÁNDEZ, J. M. El constitucionalismo latinoamericano y la oleada de reformas constitucionales en la región andina. *Rechtsgeschichte*. 2010, 16, 212-241.

8. GARGARELLA, R. *Latin American Constitutionalism 1810-2010. The Engine Room of the Constitution*. Oxford: OUP, 2013, en particular 197 ss.

9. Sus contornos siguen siendo vagos. Para algunos, se refiere a amplios consensos después de los gobiernos autoritarios, en este sentido es similar al ICCAL. Para otros es más bien un proyecto de izquierda, particularmente instructivas son las obras de VICIANO PASTOR, R. coord. *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012; D. NOLTE y SCHILLING-VACAFLO, A. coords. *New Constitutionalism in Latin America. Promises and Practices*. Farnham: Ashgate, 2012; para otros es un engaño, GARGARELLA, R. El "nuevo constitucionalismo latinoamericano". *El País*. Madrid. 20 de agosto 2014, disponible en: http://elpais.com/elpais/2014/07/31/opinion/1406816088_091940.html.

y Ecuador.¹⁰ Este debate representa el contexto del *Ius Constitutionale Commune*. Las similitudes entre los distintos autores que utilizan este concepto permiten hablar del *Ius Constitutionale Commune* como enfoque, o quizás aún como un proyecto específico. Esta contribución es un esfuerzo para aproximarse a su descripción. En ella se analizan los componentes esenciales que le prestan su nombre al *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (II) así como ciertos conceptos constitucionales clave con sus propias características latinoamericanas (III).

Metodológicamente, este análisis consiste en la interpretación que un publicista alemán hace de algunos textos académicos, sobre todo de aquellos que han sido objeto de debate en el Coloquio Iberoamericano, así como de las posiciones que se han defendido en él.¹¹ Esta síntesis se guía por el deseo de captar cómo las personas asociadas al *Ius Constitutionale Commune* en América Latina comprenden, relacionan y desarrollan el derecho del Estado, el derecho internacional público universal, el derecho regional de la integración, el derecho comparado y la teoría política a fin de responder a los desafíos de nuestros tiempos.

La cuestión promete ser interesante ya que el constitucionalismo en América Latina tiene una tradición de más de 200 años. Es decir, la experiencia de la región en esta materia es más extensa que la de muchos Estados europeos y que la de la mayor parte de los Estados del mundo. Los aportes latinoamericanos a la idea del constitucionalismo prometen también poner a prueba el supuesto contenido universal de ciertas concepciones constitucionales del Norte global. Además, podría ser que estos conceptos, que según algunos autores europeos muestran señas críticas de agotamiento,¹² cobren nueva vida y relevancia gracias a la discusión actual de los mismos en Latinoamérica.¹³ Asimismo, la experiencia latinoamericana con el fenómeno

10. Sobre Bolivia, SCHILLING- VACAFLOR, A. *Recht als umkämpftes Terrain. Die neue Verfassung und indigene Völker in Bolivien*. Baden-Baden: Nomos. 2010, 221; sobre Ecuador GÓNGORA MERA, M. HERRERA, G. y MÜLLER, C. *The Frontiers of Universal Citizenship. Transnational Social Spaces and the Legal Status of Migrants in Ecuador*. *desiguALdades.net* [online]. Berlin. Working Paper Series 71. 2014, 13 ss, disponible en: http://www.desiguALdades.net/Resources/Working_Paper/71-WP-Gongora-Mera-Herrera-Mueller-Online.pdf?1396440530; sobre las innovaciones en estos dos países, así como en otros países latinoamericanos AGUILAR CAVALLO, G., "Emergencia de un derecho constitucional común en materia de pueblos indígenas" en BOGDANDY, A.v., FERRER MAC-GREGOR, E. y MORALES ANTONIAZZI, M. coords. *La Justicia Constitucional y su Internacionalización. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?* Vol. 2. México D.F.: UNAM. 2010, 3-84 [en adelante "La Justicia Constitucional y su Internacionalización"].

11. Sobre cuestiones epistemológicas, DUVE, T. *Internationalisierung und Transnationalisierung der Rechtswissenschaft – aus deutscher Perspektive*. *LOEWE Research Focus "Extrajudicial and Judicial Conflict Resolution"*. Working Paper. 2013, 6, 9 ss.; TAMANAHA, B.Z. What is 'General' Jurisprudence? A Critique of Universalistic Claims by Philosophical Concepts of Law. *Transnational Legal Theory*. 2011, 2(3), 287-308.

12. KOSKENNIEMI, M. Human Rights Mainstreaming as a Strategy for Institutional Power. *Humanity. An International Journal of Human Rights, Humanitarianism, and Development*. 2010, 1, 47; KOSKENNIEMI, M.. *The Politics of International Law*. Oxford: Hart. 2011, 133.

13. Sobre la contribución del Sur global para entender la realidad social y sobre la relevancia de dicha contribución para el Norte global, tomando el ejemplo de África, COMAROFF, J y COMAROFF, J. *Theory from the South. Or, How Euro-America*

de instituciones débiles,¹⁴ el cual se observa igualmente en la periferia del espacio jurídico europeo, es de larga data y podría arrojar conclusiones interesantes. Por lo tanto, la motivación para estudiar el enfoque latinoamericano no se debe solamente a un interés académico por la región, ya que dicho enfoque abarca fenómenos que también son europeos y globales.¹⁵ Como bien lo demuestra la fundación de la *International Society of Public Law*, el entrelazamiento entre la teoría política, el derecho del Estado, el derecho comparado, el derecho de la integración y el derecho internacional público, es un tema tan actual como universal.¹⁶

¿Puede tener algún tipo de relevancia para Latinoamérica este análisis hecho por un publicista alemán? Hoy en día, cualquier “asesoramiento” europeo a Latinoamérica sobre la manera “adecuada” para organizar una sociedad despierta suspicacias.¹⁷ Es más, el mero ofrecimiento de conceptos se ve con recelo en el ámbito de los estudios poscoloniales.¹⁸ No obstante, numerosas sesiones del Coloquio han revelado que la descripción y conceptualización de un fenómeno, realizadas por una persona que lo observa a cierta distancia, pueden ser provechosas para quienes se encuentran más cerca del fenómeno en cuestión. Las reconstrucciones que parten de otros contextos y que se realizan a una mayor distancia pueden generar conocimiento valioso. Así es como entiendo mi rol en el ICCAL. Podemos ilustrar este punto modificando levemente una imagen descrita por Isaac Newton: para alcanzar nuevo conocimiento en un proceso de investigación común no es necesaria una ubicación más elevada, basta con una ubicación distinta.¹⁹ Sin embargo, entre más alejada sea la ubicación,

is *Evolving Toward Africa*. Boulder: Paradigm Publishers. 2012, en particular 1-19.

14. SISSENIICH, B. Weak States, Weak Societies: Europe's East-West Gap. *Acta Politica*. 2010, 45(1-2), 11-40. Los datos que sustentan esta comparación se encuentran disponibles en: www.govindicators.org.

15. De manera similar en el ámbito de la historia del derecho, DUVE, T. Von der Europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive. *Rechtsgeschichte*. 2012, 20, 18. No implica la idea de una “jurisprudencia universal”, en ese sentido cfr. MOHNHAUPT, H. *Historische Vergleichung im Bereich von Recht und Staat*. Frankfurt am Main: Klostermann. 2000, 437 ss.; TAMANAHA [op. cit. 10].

16. Véase la página web de The International Society of Public Law disponible en: <http://icon-society.org/>; programático: WEILER, J. The International Society for Public Law – Call for Papers and Panels. *Int J Constitutional Law*. 2014, 12, 1-3.

17. Respecto de la problemática de los Estados débiles, OETER, S. “[Fragile] Staatlichkeit und Entwicklung” en DANN, P., KADELBACH, S. y KALTENBORN, M. coords. *Entwicklung und Recht*. Baden-Baden: Nomos. 2014, 471-497. La investigación histórica sugiere que nunca ha habido una transferencia unilateral de conocimiento entre Europa y otras partes del mundo; más bien las transferencias de conocimiento entre las regiones siempre han tenido carácter multi-direccional; para un resumen véase WENDT, H. y RENN, J. “Knowledge and Science in Current Discussions of Globalization” en RENN, J. coord. *The Globalization of Knowledge in History*. Berlin: Edition Open Access. 2012, 45-72, refiriéndose en particular a FRANK, A.G. *ReOrient. Global Economy in the Asian Age*. Berkeley/Los Angeles: University of California Press. 1998.

18. Una aproximación a esta idea se puede encontrar en DRAUDE, A. y NEUWEILER, S. Governance in der postkolonialen Kritik. Die Herausforderung lokaler Vielfalt jenseits der westlichen Welt. *SFB-Governance Working Paper Series*. 2010, 25(5), 7-8.

19. MERTON, R.K. *Auf den Schultern von Riesen: Ein Leitfaden durch das Labyrinth der Gelehrsamkeit*. Frankfurt am Main: Suhrkamp. 1983, 13 ss.

más precario y abstracto será el conocimiento alcanzado.

II. Un nuevo enfoque del constitucionalismo latinoamericano

1. La exclusión y la desigualdad como problemas centrales

La denominación en latín de la perspectiva, *Ius Constitutionale Commune en América Latina*, puede parecer vetusta, pero se refiere a un enfoque transformador. Apunta a la transformación de la realidad política y social de América Latina para crear las condiciones sociales y políticas necesarias para hacer efectiva la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos.²⁰ Claro está que dichos conceptos son vagos e incluso ambiguos, pero el enfoque se alimenta de experiencias muy precisas y concretas, experiencias que nutren el deseo de transformar una situación que para muchos resulta inaceptable. Por esta razón, y aquí vemos una característica específica del discurso latinoamericano, los principios a los que acá nos referimos se acentúan en su dimensión social con una intensidad que no es usual en Europa o en Canadá, por no mencionar a los Estados Unidos de América. Diferentes autores hacen del desafío de la desigualdad el punto central de su pensamiento.²¹ Este tema ha inspirado incluso un enfoque propio de investigación interdisciplinaria.²²

Pocas cuestiones sociales son tan delicadas como la cuestión de la igualdad y de la redistribución. Las opiniones al respecto son igualmente dispares. En este contexto complejo, el concepto de exclusión parece útil. La desigualdad puede ser producto de muchos factores, pero lo cierto es que resulta particularmente profunda, persistente y delicada cuando grupos enteros de personas no están en capacidad de participar en

20. ARANGO, R. "Fundamentos del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: Derechos Fundamentales, Democracia y Justicia Constitucional" en BOGDANDY, A. v., FIX-FIERRO, H. y MORALES ANTONIAZZI, M. coords. *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*. México D.F.: UNAM. 2014, 25 ss. (en adelante "Rasgos"). Este libro resume nuestra perspectiva y sintetiza 10 años de trabajo disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3655>.

21. PIOVESAN, F. "Ius Constitutionale Commune en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos" en Rasgos [op. cit. 19], 61, 63. ...

22. BRAIG, M., COSTA, S. y GÖBEL, B. Soziale Ungleichheiten und globale Interdependenzen in Lateinamerika. Eine Zwischenbilanz. *desigualdades.net* [online]. Berlín. Working Paper Series 4. 2013, disponible en: www.desigualdades.net/Resources/Working_Paper/4_WP_Braig_Costa_Gobel_Online.pdf?1371216108. Se convirtió en tema de discusión global con el libro de Thomas Piketty, *Le Capital au XXI^e siècle*, 2013.

los grandes sistemas sociales, es decir, en los sistemas educativo, sanitario, económico y político, e incluso ni siquiera en el sistema legal. El desafío descrito se capta con el concepto de exclusión. Posibilita una perspectiva comprehensiva de sociedades cuyas capacidades de integración se encuentran en peligro cuando un gran número de personas no son tomadas en cuenta por las instituciones.²³ Es imposible para una sociedad aliviar la desigualdad como déficit sistémico si no logra superar semejante exclusión. Vista de esta manera, la superación de la exclusión es un proyecto compartido por concepciones con ideas muy distintas respecto de la creación de bienestar social, la redistribución, el libre comercio o la protección de las inversiones.

Expresado de manera positiva, el gran tema es la inclusión conforme a los principios constitucionales.²⁴ Si bien este concepto, en su faceta jurídica, ha sido utilizado mayormente en relación con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad,²⁵ existen intentos notables para convertirlo en un concepto clave.²⁶ En términos de la concepción que se tiene de la Constitución, sugiere no sólo entenderla como un mero estatuto de la organización del Estado, sino además como un documento que plasma una visión integral de la vida social en un país.²⁷

2. Lo común

Como muchos términos jurídicos (derecho constitucional, derecho internacional público, derecho de familia, sin olvidar el término clásico europeo *Ius Commune*), el concepto *Ius Constitutionale Commune en América Latina* se refiere tanto al derecho positivo como al discurso jurídico sobre el mismo.²⁸ Referirse al fenómeno en tanto que derecho

23. LUHMANN, N. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, 585 ss.; HABERMAS, J. *Zur Verfassung Europas. Ein Essay*. Berlin: Suhrkamp. 2011, 54; cfr. SEN, A. *The Idea of Justice*. Londres: Lane. 2009, 117, el cual, refiriéndose a Mary Wollstonecraft, habla de inclusión universal en lugar de inclusión selectiva.

24. El atractivo de este concepto es conocido por los políticos y se ha utilizado en la contienda política, por ejemplo por la Presidente argentina Cristina Fernández de Kirchner. Tal uso político no impide que la academia trate el tema de la inclusión, pues muchos conceptos constitucionales son al mismo tiempo conceptos de lucha política.

25. Cfr. BERNSTORFF, J.v. Menschenrechte und Betroffenenrepräsentation. Entstehung und Inhalt eines UN-Antidiskriminierungsübereinkommens über die Rechte von behinderten Menschen. *ZaöRV*. 2007, 67, 1041.

26. P. ej. STICHWEH, R. *Inklusion und Exklusion. Studien zur Gesellschaftstheorie*. Bielefeld: Transcript. 2005.

27. Esto podría explicar la recepción tan amplia de la obra de Häberle, si bien la academia latinoamericana en general es más crítica y consciente de lo conflictivo de su proyecto de inclusión. Sobre su influencia cfr. FERREIRA MENDES, G. y VALE, A.R.d. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. 2008-2009, 2, 2, así como la introducción de: VALADÉS, D. "Peter Häberle: un jurista para el siglo XXI. Estudio introductorio" en HÄBERLE, P. *El estado constitucional*. México D.F.: UNAM. 2001, XXI-LXXXIV.

28. Sobre el doble significado del "verdadero" *Ius Commune* y su posible significado contemporáneo, ZIMMERMANN, R.

común (*Ius Commune*) se justifica por dos componentes esenciales del enfoque.²⁹ El primer componente consiste en la nueva apertura de los ordenamientos jurídicos estatales latinoamericanos hacia un estrato común de derecho internacional público, sobre todo hacia la Convención Americana. Aunque esta apertura se exprese únicamente en uno o pocos artículos de las constituciones,³⁰ se sostiene que tal apertura afecta y transforma la esencia del constitucionalismo. Los derechos constitucionales estatales y el derecho internacional público se encuentran en una relación de fortalecimiento mutuo, están llamados a realizar las garantías y promesas del así llamado “bloque de constitucionalidad”. Esta apertura es entonces expresión de un desarrollo *común*, que además le confiere a los ordenamientos jurídicos estatales una orientación *común*. De allí que luzca muy congruente que la Corte Interamericana describa el conjunto de los tratados de derechos humanos como un *corpus iuris*.³¹ Se trata asimismo de un cambio *común*, ya que vincular el derecho estatal con el derecho internacional público constituye una ruptura en la manera tradicional de estudiar estas dos áreas del derecho, puesto que tradicionalmente su tratamiento académico e investigación se desarrolla por aparte.³²

El segundo componente es un discurso común de derecho comparado.³³ La idea de poner el derecho constitucional comparado al servicio de fines democráticos acompaña la fundación del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional en el año 1974 en Buenos Aires, producto de la colaboración entre juristas mexicanos y argentinos. El cometido inicial de Jorge Carpizo, Héctor Fix-Zamudio, Pedro Frías, Diego Valadés y Jorge Vanossi fue el de establecer la comunicación entre dos ámbitos de discusión jurídica que hasta ese momento se desarrollaban por separado, para así dar seguimiento conjunto a la idea del constitucionalismo en el difícil contexto de los gobiernos autoritarios. En cuestión de poco tiempo varios juristas de otros Estados tales como Brasil,

Das römisch-kanonische *Ius Commune* als Grundlage europäischer Rechtseinheit. *Juristenzeitung*. 1992, 8-20. Al igual que respecto del verdadero *Ius Commune* el debate académico latinoamericano parece ser esencial para la creación del fenómeno en el derecho positivo. Ciertamente el concepto latinoamericano se diferencia del europeo en muchos sentidos.

29. Sobre el atractivo del concepto de *Ius Commune* para América Latina SERNA DE LA GARZA, J. M. “El concepto del *Ius Commune* latinoamericano en derechos humanos: Elementos para una agenda de investigación” en *Rasgos* (op cit. 19), 212 ss.

30. En más detalle, abajo, III 3.

31. Se reconoce como aporte de la Corte Interamericana al derecho internacional. Cfr. O'DONNELL, D. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 2004, 57-59. Dicho reporte también incluye la reseña sobre las decisiones de la Corte Interamericana en donde se usa el término.

32. Pionera PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Limonad, 1996; compárese también con NIKKEN, P. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. 1989, 72, 15-52.

33. BREWER-CARÍAS, A. *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study of Amparo Proceedings*. Nueva York: CUP. 2014; FERRER MAC-GREGOR, E. *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*. Madrid: Pons. 2013.

Venezuela, Colombia, Guatemala, Perú y Uruguay se unieron al proyecto; hoy en día el Instituto Iberoamericano es un foro fundamental del pensamiento contemporáneo sobre el constitucionalismo.³⁴

La intensificación del estudio comparado del derecho público como parte del proyecto transformador impulsado por el ICCAL se deja vislumbrar también en otros escenarios. En este sentido, cabe mencionar una serie de publicaciones. Desde 1989, la *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, publicada por la Universidad Nacional de Costa Rica se centra en el debate acerca de los derechos humanos, evidenciando así el protagonismo de este ámbito jurídico para la región. Una publicación algo más antigua es *Derecho de la Integración: Revista Jurídica Latinoamericana*, que se publicara de 1967 a 1978 por el Instituto para la Integración de América Latina³⁵ afiliado al Banco Interamericano de Desarrollo. Su temática eran los aspectos jurídicos de la integración económica en América Latina y estaba ligada a la idea de la creación de un espacio económico latinoamericano.³⁶ El Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer ya publicó la XIX edición de su *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* dedicado al estudio y fomento de esta rama del derecho en los países de la región, con aportaciones de académicos, operadores jurídicos y jóvenes investigadores. Todos convergen hoy en día en identificar como un rasgo común la “sed de materialización garantista” de estas constituciones.³⁷

Para ejemplificar el estudio comparado se cuenta también con la *Revista Latinoamericana de Derecho*, en circulación desde 2004 y publicada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Esta revista se dedica a la investigación del derecho más allá de las fronteras nacionales en América Latina, en especial en los ámbitos que son particularmente relevantes en razón de tradiciones culturales y proyectos afines.³⁸ Otras revistas tienen como meta, al menos en razón de su denominación, el fomentar un discurso jurídico latinoamericano, como por ejemplo la *Revista Latinoamericana de Derecho Social*. También publicada por la UNAM, tiene como finalidad dar oportunidad a los juristas mexicanos y extranjeros de crear una nueva doctrina en el ámbito del derecho social que propicie soluciones

34. Recientemente XI. Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional “Jorge Carpizo”, 17-19 de setiembre de 2013 en Tucumán, Argentina. <http://www.iberoconstitucional.com.ar>.

35. Hoy llamado Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe.

36. Instituto para la Integración de América Latina, Editorial, *Derecho de la Integración: Revista Jurídica Latinoamericana*. 1967, 1, 5-7.

37. ELSNER, G. y STEINER, C. Prólogo. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. 2011, 9.

38. VENTURA, A. Presentación. *Revista Latinoamericana de Derecho*. 2004, 1, XI-X.

al problema de la desigualdad en las relaciones sociales.³⁹ Parece muy importante también la fundación de la Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional en el año 2007 para fomentar la discusión regional en tales temas.⁴⁰

Todo ello evidencia el gran interés de contar con un discurso jurídico regional. No obstante, de acuerdo con las observaciones de muchos de los participantes en el Coloquio y a pesar de las facilidades lingüísticas, el discurso jurídico regional encuentra severos obstáculos. A menudo da la impresión de que el contacto con instituciones de investigación de extracción estadounidense o europea es más intenso que entre instituciones latinoamericanas. Tomando en consideración que la falta de recursos suele ser un problema en la región, la decisión del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México de dar acceso libre en línea a su amplia gama de publicaciones marca una alentadora pauta.⁴¹

3. ¿Qué quiere decir latinoamericano?

Para muchos autores es importante, y en esto hacen hincapié, que el discurso latinoamericano se inserte en el discurso universal y que no se convierta en un particularismo más.⁴² El *Ius Constitutionale Commune* está muy lejos de la idea de un derecho internacional específicamente distinto en América Latina.⁴³ Así, la calificación del *Ius Commune* como latinoamericano no implica una distinción fundamental frente al Norte global, pues no se esgrimen “valores latinoamericanos” como sí sucede con los supuestos “valores asiáticos”.⁴⁴ Se trata más bien de la descripción de una región para la cual un

39. VALADÉS, D. Palabras de Bienvenida. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*. 2005, 1, IX-XIII.

40. Véase la página web de la *Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional*, disponible en: <http://lasil-sladi.org/es/home.html>.

41. Disponibles en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/>. El libro *Rasgos* (ob. cit. 19) también ha sido publicado de esta manera.

42. GARCÍA RAMÍREZ, S. “La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un *ius commune*” en *Rasgos* (op cit. 19), 459-491; así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos subraya a menudo las bases universalistas de su jurisprudencia. Incluso los tribunales nacionales hacen uso de la jurisprudencia de otras regiones del mundo cfr. MORALES ANTONIAZZI, M. “El Estado abierto como objetivo del *ius constitutionale commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en *Rasgos* (op cit. 19), 265, 267 ss.

43. ESQUIROL, J.L. “Latin America” en FASSBENDER, B. y PETERS, A. coords. *The Oxford Handbook of the History of International Law*. Oxford: OUP. 2013. 553, 562 ss.; BECKER LORCA, A. International Law in Latin America or Latin American International Law? Rise, Fall, and Retrieval of a Tradition of Legal Thinking and Political Imagination. *Harvard International Law Journal*. 2006, 47, 283-305. Quizás el representante más importante fue ÁLVAREZ, A. Latin America and International Law. *American Journal of International Law*. 1909, 3(2), 269-353.

44. KAPUR, A. Asian Values v. the Paper Tiger. Dismantling the Threat to Asian Values Posed by the International Criminal Court. *Journal of International Criminal Justice*. 2013, 11(5), 1059-1090, en particular 1063-1066; DI PLINIO, G. Rule of law /

discurso jurídico común podría acarrear grandes beneficios.

Al mismo tiempo, focalizar los estudios en la región latinoamericana y no interamericana, excluye de su ámbito a los países de habla inglesa o neerlandesa de las Américas. A su vez, no haber denominado a la región “iberoamericana” excluye a España y Portugal,⁴⁵ mientras que la decisión de no denominarla “sudamericana” supone la inclusión de los países centroamericanos así como de México. Se trata, por tanto, de las antiguas colonias españolas y portuguesas, principalmente.⁴⁶ El uso del latín *Ius Constitutionale Commune* es seña del legado europeo, mostrando así que dicha influencia es mucho más que una mera carga histórica.⁴⁷

Empero, la denominación “latinoamericana” no pretende que exista homo-geneidad en la situación política, social, económica o jurídica de los diferentes países de la región.⁴⁸ Las diferencias entre Chile y Honduras no son menores, es más, quizás hasta sean mayores que aquellas entre Suecia y Rumanía.⁴⁹ Además, por distintas razones, los regímenes de integración económica⁵⁰ son débiles y cuentan con un pobre potencial de desarrollo. Cabe mencionar que estas iniciativas de integración no se dirigen a una sola comunidad latinoamericana sino más bien halan a los países en direcciones distintas.⁵¹ La apuesta económica de México no puede entenderse sin el NAFTA/TLCAN, el acuerdo de integración económica más pujante del espacio latinoamericano, el cual aparta a

fazi: il diritto in Cina tra WTO e Asian values. *Diritto pubblico comparato ed europeo*. 2011, 2, 326-338; DAVIS, M.C. Constitutionalism and Political Culture. *Harvard Human Rights Journal*. 1998, 11, 109-147, en particular 111-112.

45. No hay que olvidar que en España se discutió hasta los años setenta del siglo XX, acerca de su pertenencia a Europa, la cual se entendía a sí misma como secular y moderna, o si más bien no sería mejor entenderla como parte de Iberoamérica, ya que al igual que en los Estados latinoamericanos el catolicismo tradicional seguía jugando un papel preponderante.

46. A pesar de que el término latinoamericano es una creación francesa del siglo XIX, sobre este tema cfr. VALADÉS, D. “Formación y transformación del sistema presidencial en América Latina: Una reflexión sobre el ius commune latinoamericano” en *Rasgos* [op cit. 19], 169, 170 ss.; el objetivo político de sus orígenes no tiene hoy ninguna relevancia.

47. Sobre la influencia del derecho romano en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos GONZÁLEZ, M.d.R. “El período colonial y su legado” en *Rasgos* [op cit. 19], 85-97. Esta contribución señala al mismo tiempo que el derecho de los pueblos precolombinos siempre permaneció vigente.

48. Para una descripción de las grandes y crecientes diferencias MALAMUD, A. “El contexto del diálogo jurídico interamericano: fragmentación y diferenciación en sociedades más prosperas” en *Rasgos* [op cit. 19], 107 ss.

49. Cfr. p. ej. El PIB per Capita según el Fondo Monetario Internacional, disponible en: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2014/01/weodata/index.aspx>; el Índice de Desarrollo Humano 2013 según el Human Development Report PNUD. 2013, disponible en: <http://hdr.undp.org/en/data>.

50. Estos son, entre otros, el Mercado Común del Sur (Mercosur), la Comunidad Andina de Naciones (CAN), la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) y el Mercado Común Centroamericano (MCCA). La mayor parte de los países centroamericanos, junto con la República Dominicana, firmaron el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos de América (TLCCA-DR). Muchos países latinoamericanos han suscrito tratados de libre comercio a nivel bilateral con países dentro y fuera de América Latina. El líder regional en este sentido es Chile con más de 15 tratados bilaterales de libre comercio. Véase la base de datos sobre tratados comerciales de la Organización Mundial de Comercio, disponible en: <http://rtais.wto.org/UI/PublicSearchByMemberResult.aspx?MemberCode=152&lang=1&redirect=1>.

51. Más en detalle MALAMUD, A. [op cit. 47], 114 ss, el cual de manera ilustrativa identifica 20 mecanismos distintos de cooperación regional.

Construcción de un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina

México del espacio latinoamericano. Pero también la Alianza del Pacífico, fundada en junio de 2012 entre Chile, Colombia, México y Perú se dirige más bien hacia Asia y la cuenca del Pacífico y se ve cada vez más como contrapeso del MERCOSUR (Argentina, Brasil, Uruguay, Paraguay y Venezuela).⁵² Reconociendo el estado de las cosas, el *Ius Constitutionale Commune* no tiene como objeto la integración económica y política de Latinoamérica al estilo europeo, tampoco tiene como objeto la formación de un bloque regional ni mucho menos la vieja idea de un gran Estado regional.⁵³

El núcleo del *Ius Constitutionale Commune* es distinto. Se trata de asegurar a nivel regional la implementación de las decisiones y el cumplimiento de las promesas centrales que se plasmaron en las constituciones estatales, sobre todo en aquellas adoptadas tras los gobiernos autoritarios de los años setenta y ochenta del siglo pasado. El gran problema es que los ordenamientos jurídicos y las estructuras reales de poder no se han ajustado a estas decisiones y promesas constitucionales, es decir, ha habido poco cambio en este sentido.⁵⁴ Por lo tanto, a la luz de esta situación, no resulta sorprendente la débil normatividad de las disposiciones legales con un componente social u orientadas hacia la inclusión.

El debate que se ha generado con miras a garantizar a escala regional la realización de las promesas centrales de las constituciones estatales es el origen del enfoque conocido como *Ius Constitutionale Commune en América Latina*; este concepto le otorga un nombre y le aporta una idea central. Aún está por verse si dicho concepto y enfoque prevalecerá, es decir, si llegará a ser aceptado de manera generalizada. Si lograra fomentar el debate para entender y desarrollar el fenómeno jurídico sería ya un éxito. En este sentido, sus funciones se asemejan a las propias de una serie de conceptos, como por ejemplo, el nuevo *Ius Commune* en Europa,⁵⁵ el *Ius Publicum* europeo,⁵⁶ o bien refiriéndonos a conceptos de corte más global, el así llamado derecho de la huma-

52. BRICEÑO RUIZ, J. Ejes y modelos en la etapa actual de la integración económica regional en América Latina. *Estudios internacionales*. 2013, 45(175), 9-39, disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-37692013000200001&lng=es&tng=es. 10.5354/0719-3769.2013.27352.

53. GROTE, R. "Los esfuerzos integradores en el contexto histórico suramericano" en BOGDANDY, A.v., LANDA ARROYO, C. y MORALES ANTONIAZZI, M. coords. *¿Integración suramericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales. 2009, 3 ss. (en adelante "¿Integración suramericana a través del Derecho?").

54. GARGARELLA (op cit. 7), vii, 157 ss., 200 ss.

55. De manera programática COING, H. Die europäische Privatrechtsgeschichte der neueren Zeit als einheitliches Forschungsgebiet. *Probleme und Aufbau. Ius Commune*. 1967, 1, 1-33. ZIMMERMANN (op cit. 27).

56. BOGDANDY, A. v. y HINGHOFER-SZALKAY, S. Das etwas unheimliche Ius Publicum Europaeum. Begriffsgeschichtliche Analysen im Spannungsfeld von europäischem Rechtsraum, droit public de l'Europe und Carl Schmitt. *ZaöRV*. 2013, 73(2), 209 ofrecen una explicación de las funciones patentes y ocultas del concepto.

nidad,⁵⁷ derecho cosmopolita,⁵⁸ derecho global,⁵⁹ derecho mundial,⁶⁰ derecho mundial interno,⁶¹ derecho transnacional⁶² o transconstitucionalismo.⁶³ Todos ellos tienen varias características en común: promueven la inserción de los ordenamientos jurídicos estatales en contextos más amplios, subrayan la función intra-estatal, es decir doméstica, del derecho internacional y proveen una idea que orienta la transformación. Esto es importante: los mencionados conceptos no tienen una vocación meramente académica sino también práctica, en especial cuando ingresan al ordenamiento jurídico por medio de detalladas construcciones doctrinarias. Procuran orientar en la enrevesada situación actual, estructurar y generar comunicación y dotar de sentido a las construcciones doctrinarias capaces de convertir promesas y garantías en realidad.

III. Objetivos y medios

1. La interpretación latinoamericana de ciertos principios constitucionales

Los principios fundamentales que orientan al *Ius Constitutionale Commune* son universales. Se trata sobre todo del respeto de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho. No obstante, el objetivo principal no es participar en un discurso global sobre principios abstractos. Más bien, el enfoque se nutre de experiencias concretas, de situaciones humanas inaceptables a raíz de déficits sistémicos.⁶⁴ El *Ius Constitutionale Commune* tiene una vocación sumamente práctica: hacer realidad las promesas y garantías de las constituciones latinoamericanas nuevas o reformadas después de la era

57. CANÇADO TRINDADE, A.A. International Law for Humankind. Towards a New Jus Gentium (I), *Recueil des cours*, Tomo 316. 2005, 9-439 ; International Law for Humankind. Towards a New Jus Gentium (II), *Recueil des cours*, Tomo 31. 2005, 9-312; JENKS, C.W. *The Common Law of Mankind*. Londres: Stevens & Sons. 1958.

58. BENHABIB, S. "The Philosophical Foundations of Cosmopolitan Norms" en BENHABIB, S. y POST, R. coords. *Another Cosmopolitanism*. Oxford: OUP. 2006, 13.

59. DOMINGO, R. *The New Global Law*. Cambridge: CUP. 2010.

60. DELMAS-MARTY, M. *Trois défis pour un droit mondial*. Paris: Seuil. 1998.

61. HABERMAS, J. *Der gespaltene Westen: Kleine politische Schriften*. Frankfurt am Main: Suhrkamp. 2004, 143, 159 ss.

62. JESSUP, P.C. *Transnational Law*. New Haven: Yale University Press. 1956.

63. NEVES, M. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2009.

64. Sobre el concepto de déficit sistémico cfr. BOGDANDY, A. v. y IOANNIDIS, M. La deficiencia sistémica en el Estado de Derecho. Qué es, qué se ha hecho y qué se puede hacer. *Revista de Estudios Políticos*. 2014, 165, 19-64.

de los gobiernos autoritarios. Los textos que se producen bajo la bandera del *Ius Constitutionale Commune* respiran un aire idealista: a pesar de los ya conocidos problemas que padece el constitucionalismo en Latinoamérica, aún se le atribuye al derecho constitucional un potencial emancipador.⁶⁵ Ante las considerables discrepancias entre los textos constitucionales y convencionales y la realidad, los autores no reaccionan con cinismo, resignación o ilusamente, sino más bien aceptan los desafíos que la situación presenta.⁶⁶

El eje del *Ius Constitutionale Commune* son los derechos fundamentales y humanos;⁶⁷ a menudo se habla del *Ius Constitutionale Commune* como un *Ius Constitutionale Commune* en Derechos Humanos.⁶⁸ Tres razones principales lo explican. En primer lugar, el contenido transformador de las constituciones se plasma principalmente en las disposiciones sobre derechos fundamentales. En segundo lugar, estos derechos son la piedra angular de la movilización de la sociedad civil.⁶⁹ Por último, son las sentencias judiciales sobre derechos fundamentales y humanos, a menudo producto de la lucha de grupos sociales, las que dotan al *Ius Constitutionale Commune* con una energía de carácter específicamente jurídico. Hoy en día parece indudable que tales derechos ya han tenido un impacto fuerte y probablemente transformador en América Latina: aunque su garantía efectiva no siempre es una realidad, los derechos han proporcionado un lenguaje común - jurídico, pero también político y social - que antes no existía para debatir los retos y los estándares, no sólo entre juristas, sino también en el discurso político y público más amplio.

Los derechos del *Ius Constitutionale Commune*, no obstante su anclaje universal, muestran una serie de características específicas.⁷⁰ La primera es la importancia

65. Posición que en América Latina no necesariamente es compartida por todos. Cfr. el análisis del asesor legal del Presidente Salvador Allende, NOVOA MONREAL, E. *El derecho como obstáculo al cambio social*. México/Buenos Aires: Siglo XXI. 1980, 118-140.

66. FIX-FIERRO, H. "Epílogo" en *Rasgos* [op cit. 19], 501; sobre el papel constructivo del pensamiento utópico en el derecho PETERS, A. *Realizing Utopia as a Scholarly Endeavour*. *EJIL*. 2013, 24, 533.

67. Según la dogmática jurídica alemana, los derechos fundamentales son aquellos que están previstos en la Constitución mientras que los derechos humanos están previstos en los tratados internacionales. En el debate latinoamericano no se hace esta distinción, compárese con SALAZAR UGARTE, P. "La disputa por los derechos y el *Ius Constitutionale Commune*" en *Rasgos* [op cit. 19], 42.

68. PIOVESAN, F. [op cit. 20]; GARCÍA RAMÍREZ, S. [op cit. 41].

69. TRAMONTANA, E. "La participación de las ONG en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: avances, desafíos y perspectivas" en *La Justicia Constitucional y su Internacionalización* [op cit. 9], 533-556, en particular 538-540.

70. Este ámbito en particular fue impulsado de manera temprana por América Latina HUHLE, R. *Lateinamerika und die Entstehung des internationalen System des Menschenrechtsschutzes*. Nürnberg: Nürnberger Menschenrechtszentrum. 2007. disponible en: http://www.nmrz.de/wp-content/uploads/2009/11/Lateinamerika_menschenrechtsschutzes.pdf.

de grandes injusticias, sobre todo de la violencia.⁷¹ Esto explica algunas innovaciones latinoamericanas que han sido acogidas internacionalmente, tales como la prohibición de amnistías por violaciones graves de derechos humanos,⁷² el feminicidio,⁷³ y la desaparición forzada de personas,⁷⁴ así como la protección especial que se le ha dado a migrantes,⁷⁵ pueblos indígenas⁷⁶ y personas afrodescendientes.⁷⁷

Otra característica del desarrollo latinoamericano de los derechos humanos se explica en razón de la exclusión que diversos grupos desfavorecidos sufren en la región. Un rasgo distintivo del pensamiento de muchos de los autores del ICCAL es la insistencia en que se cumplan las promesas que desde la revolucionaria Constitución mexicana de 1917 se han hecho a los pueblos latinoamericanos.⁷⁸ La indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, en particular de los derechos civiles respecto de los sociales, es subrayada.⁷⁹ Así, el derecho y los tribunales también deberían estar al servicio de los grupos sociales marginalizados.

Por esta razón el principio de igualdad no se comprende como mera prohibición de la discriminación. Requiere más bien el reconocimiento, así como la superación de al menos las formas más grotescas de desigualdad social, y en consecuencia una cierta redistribución por parte de un Estado social.⁸⁰

71. Una teoría con tal base en GÜNTHER, K. "The Legacies of Injustice and Fear: A European Approach to Human Rights and their Effects on Political Culture" en ALSTON, P. coord. *The EU and Human Rights*. Oxford: OUP. 1999, 117.

72. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Barrios Altos [Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú]*, Sentencia de 14 de marzo de 2001 (Fondo), Serie C, No. 75. Véase también *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.), Serie C No. 154; *La Cantuta vs. Perú*, Sentencia de 30 de noviembre de 2007 (Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, No. 173; *Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*, Sentencia de 24 de noviembre de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, No. 219; *Gelman vs. Uruguay*, Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones), Serie C, No. 221.

73. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, No. 205.

74. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo), Serie C, No. 4 (como *leading case*).

75. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, Sentencia de 8 de setiembre de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones), Serie C, No. 130.

76. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awast Tigni vs. Nicaragua*, Sentencia de 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones, y Costas), Serie C, No. 66; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones, y Costas), Serie C, No. 125; BURGORGUE, L. y ÚBEDA DE TORRES, A. *The Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary*. Oxford: OUP. 2011, 500 ss.

77. DULITZKY, A. When Afro-Descendants Became Tribal Peoples. *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*. 2010, 15, 29-82.

78. SERNA DE LA GARZA, J.M. *The Constitution of Mexico. A Contextual Analysis*. Oxford: Hart. 2013, 15 ss., 163 ss.

79. BOGDANDY, A. v., FIX-FIERRO, H. y MORALES ANTONIAZZI, M. coords. *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitucionale commune en América Latina*. México D.F.: UNAM. 2011.

80. CLÉRICO, L. y ALDAO, M. "De la inclusión como igualdad en clave de redistribución y reconocimiento. Rasgos, potencialidades y desafíos para el derecho constitucional interamericano" en *Rasgos* [op cit.19], 219 ss.; CARPIZO, J. "Perspectiva de la protección de los derechos humanos en el México de 2010" en: FIX-ZAMUDIO, H. y VALADÉS, D. coords. *Formación y perspectivas del Estado latinoamericano en derechos humanos y en México*. México D.F.: UNAM. 2010, 98 ss. Véase también

Este énfasis en la inclusión explica, de manera emblemática, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia la cual, gracias a su cariz social,⁸¹ es conocida a lo largo del mundo⁸² habiendo sido su labor reiteradamente reconocida como ejemplar en el marco del *Ius Constitutionale Commune*. Utilizando notables innovaciones jurídicas, la Corte intenta aplicar los derechos sociales en un contexto difícil, es decir, a pesar de no contar con una legislación o administración social desarrollada.⁸³

Otro elemento distintivo de los derechos humanos en América Latina es el énfasis en la dimensión colectiva en la protección de derechos fundamentales. A menudo las sentencias conciernen expresamente al tratamiento que se le da a un grupo específico. En otras ocasiones se redactan de manera que se resuelve directamente sobre aspectos que afectan a ciertos grupos, lo cual termina beneficiándolos.⁸⁴ El carácter colectivo se refuerza debido a que muchos casos paradigmáticos son fruto de estrategias de litigio de grupos y organizaciones no gubernamentales que abogan por la transformación social.⁸⁵

Si bien el proyecto tiene como objetivo una transformación fundamental, la juridicidad del enfoque así como su concentración en los derechos humanos evidencia un profundo escepticismo ante los grandes proyectos políticos. La transformación real e incremental es un rasgo distintivo de la perspectiva del ICCAL. Nadie apuesta por soluciones rápidas o revolucionarias y muchos se centran en el arduo proceso que implica una jurisprudencia transformadora.

Este escepticismo también permea la comprensión que se tiene del principio democrático. En el plano abstracto los textos del *Ius Commune* no se diferencian de

ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta. 2002.

81. Entre tantos, MUNOZ CIFUENTES, E. El constitucionalismo de la pobreza. *Revista jurídica da Universidade de Santiago de Compostela*. 1995, 4(2), 53-78.

82. ESCOBAR GARCÍA, C. La defensa judicial de la Constitución en el constitucionalismo colombiano. Balances y perspectivas después de dos décadas. *Foro Revista de Derecho*. 2009, 12, 127-180; CEPEDA, M.J. "La Defensa Judicial de la Constitución. La Gran Fortaleza Colombiana" en BOGDANDY, A. v., PIOVESAN, F. y MORALES ANTONIAZZI, M. coords. *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris. 2009, 581-628.

83. OSUNA, N. "Panorama de la justicia constitucional colombiana" en *La Justicia Constitucional y su Internacionalización* (op. cit. 9), 623-643.

84. PIOVESAN, F. [op cit. 20], 67 ss.; CLÉRICO, L. y ALADO, M. (op cit. 79), 237 ss.; Corte Interamericana de Derechos Humanos, "*Niños de la Calle*" (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala*, Sentencia de 19 de noviembre de 1999 (Fondo), Serie C, No. 63, párr. 164; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *González y otras. ("Campo Algodonero") vs. México*, Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, No. 205, párrs. 282, 284, 39; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, Sentencia de 8 de setiembre de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones), Serie C, No. 130, párrs. 109(9), 134, 138.

85. PARRA VERA, Ó. "El impacto de las decisiones interamericanas. Notas sobre la producción académica y una propuesta de investigación en torno al "empoderamiento institucional" en *Rasgos* (op cit. 19), 383, 393 ss.; CARDOSO, E. *Litigio Estratégico e Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Editora Forum. 2012.

manera significativa de los bien conocidos textos del Norte global.⁸⁶ Sin embargo, la lección de la antropología escéptica ha sido internalizada aún más profundamente y ha dado como resultado importantes desarrollos. Determina sobre todo el tratamiento del presidencialismo, el eje central del discurso latinoamericano sobre la organización del Estado.⁸⁷

Una respuesta típica en la región para hacer frente a la exclusión es el presidencialismo plebiscitario,⁸⁸ que se dirige principalmente a los ciudadanos excluidos. La conocida debilidad de las instituciones estatales, los bien organizados y obstinados grupos de poder, así como la gran presión por resolver los problemas que padecen distintos países en Latinoamérica, justifica para muchos una centralización extrema del poder público ya que se considera la única manera de emprender y realizar reformas. En contraste, para los representantes del *lus Constitutionale Commune*, esta estrategia de inclusión, también denominada “hiperpresidencialismo”, no sólo es incapaz de solucionar los problemas sino que más bien los agudiza.⁸⁹ El hiperpresidencialismo obstaculiza otros aspectos importantes del gobierno democrático: la representación parlamentaria, la deliberación, así como la separación de poderes y el reparto de las competencias. La centralización del poder tampoco es compatible con la democratización de la sociedad implícita en los amplios catálogos de garantías fundamentales. Además, la marcada personalización de la institucionalidad es altamente perjudicial para la misma.⁹⁰

Así, el *lus Constitutionale Commune* ve poco prometedor el énfasis en elementos de democracia directa, como por ejemplo la elección popular de los jueces.⁹¹ El ICCAL

86. Cfr. ARANGO, R. (op cit. 19), 31 ss.; CARPIZO, J. *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*. México D.F.: UNAM. 2007.

87. Cfr. CARPIZO, J. *El presidencialismo mexicano*. México: Siglo Veintiuno Editores. 1979. El libro cuenta con 16 ediciones y ha sido traducido a varios idiomas, inclusive al alemán: CARPIZO, J. *Das mexikanische Präsidialsystem*. Múnich: Eberhard. 1987.

88. Diego Valadés considera que la fuente de inspiración del presidencialismo es la experiencia francesa y su Constitución de 1848 y no la estadounidense VALADÉS, D. (op cit. 45), 176, 182.

89. Precisamente ese es el leitmotiv del libro de GARGARELLA, R. (op cit. 7).

90. NOHLEN, D. “Caudillismo, nación /nacionalismo e integración” en *¿Integración suramericana a través del derecho?* (op cit. 52), 35 ss. De gran importancia es la decisión de la Corte Constitucional de Colombia, la cual con una argumentación audaz rechazó la posibilidad de una segunda reelección, véase la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, C-141/10 de 26 de febrero de 2010; SIERRA CADENA, G.d.J. La Justicia constitucional en la era de la gobernanza (Un análisis de perspectiva comparada desde la periferia del derecho). *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*. 2011, 13, 67-95. Una muestra de institucionalidad es el acatamiento de la decisión por parte del Presidente afectado por la misma.

91. Artículos 182, 188, 194, 198 de la Constitución boliviana. Desde el punto de vista del nuevo constitucionalismo cfr. GONZÁLEZ QUEVEDO, J. “Bases jurídicas para el empoderamiento político en los actuales diseños constitucionales de Venezuela, Ecuador y Bolivia” en VICIANO PASTOR, R. (op cit. 8), 269 ss.; más crítico RIVERA SANTIBÁNEZ, J.A. “La justicia constitucional en el nuevo modelo de Estado boliviano” en *La Justicia Constitucional y su Internacionalización* (op cit. 9), 645 ss.

tiende más bien hacia la representatividad y la deliberación, con el fin de fortalecer la institucionalidad.

2. Sobre el concepto de institucionalidad y el nuevo rol de los tribunales

El concepto de institucionalidad es particularmente útil para entender el constitucionalismo latinoamericano. Este término, que no tiene equivalente directo en Europa, se menciona con asidua regularidad en los seminarios del Coloquio, en especial para subrayar las diferencias con la situación alemana, principalmente respecto de las discrepancias habituales entre los textos constitucionales y la realidad constitucional. De acuerdo a la comprensión que se tiene de la Constitución en Alemania, los principios y garantías de la misma determinan, con un alto grado de confiabilidad, el marco del ordenamiento jurídico así como las relaciones sociales. Muchos países latinoamericanos no gozan de una situación similar, lo cual frecuentemente es descrito como una falta de institucionalidad.

Sin embargo, no hay que olvidar que la situación alemana tampoco es típica en Europa. Ni siquiera los principios constitucionales del artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE) tienen una normatividad similar a los principios constitucionales alemanes.⁹² Al mismo tiempo, cabe recalcar que algunos países latinoamericanos, en especial Chile, Costa Rica y Uruguay superan a ciertos países europeos, como por ejemplo Bulgaria, Grecia, Italia o Rumanía, en los indicadores del Estado de derecho.⁹³ No obstante lo anterior, los déficits sistémicos ocurren con mayor frecuencia en Latinoamérica y además son un tema recurrente.⁹⁴ En la región, la normatividad del derecho a menudo es precaria y el entramado estatal preocupantemente débil.⁹⁵ Un desafío constante es la falta de institucionalidad, es decir, la falta de diferenciación entre un cargo público

92. Cfr. BARROSO, J. Discurso sobre el estado de la Unión 2013. Sesión plenaria del Parlamento Europeo. Estrasburgo, 11 de setiembre de 2013. disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-684_es.htm.

93. Worldwide Governance Indicators. Banco Mundial, 2014, Palabra clave: rule of law, 2012, disponible en: <http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.aspx#home>; The World Justice Project, 2014 disponible en: http://worldjusticeproject.org/sites/default/files/files/wjp_rule_of_law_index_2014_report.pdf.

94. Desde la perspectiva de la teoría de sistemas, NEVES, M. "La concepción del estado de derecho y su vigencia práctica en Suramérica" en *¿Integración suramericana a través del derecho?* (op cit. 52), 51, 53 ss.; más en detalle NEVES, M. *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne. Eine theoretische Betrachtung und Interpretation des Falls Brasilien*. Berlin: Duncker und Humblot. 1992.

95. Cfr., p. ej. GARCÍA VILLEGAS, M. "Ineficacia del derecho y cultura del incumplimiento de reglas en América Latina" en RODRÍGUEZ GARAVITO, C. *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo XXI. 2011, 161-184.

y su titular; la corrupción es una expresión evidente de un fenómeno que, cuando alcanza a ser sistémico, corroe el Estado de derecho.⁹⁶ Entonces, el núcleo del concepto de institución se puede resumir de la siguiente manera: una institución se compone de prácticas sociales firmemente establecidas, prácticas que transcurren en su mayor parte independientemente de los individuos que ocupan el cargo.⁹⁷

El fomento de la institucionalidad y en consecuencia de la normatividad del derecho es una aspiración central para los representantes del *Ius Constitutionale Commune*. Una de las convicciones fundamentales del enfoque es que, a pesar de los posibles conflictos que la interacción entre el Estado de derecho, los derechos humanos y la democracia puedan ocasionar, estos sólo pueden realizarse en su conjunto.⁹⁸ En particular se valora la separación de poderes y la independencia de las instituciones en oposición al hiperpresidencialismo.

Esto explica la trascendencia de la figura del Ombudsman que Jorge Carpizo introdujo en el ordenamiento jurídico mexicano. Otro ejemplo importante para la realización de la democracia es el establecimiento de instituciones independientes para llevar a cabo y supervisar el proceso electoral. La creación de dichos organismos se remonta a 1924 cuando Uruguay y Chile crearon la Corte Electoral y el Tribunal Calificador de Elecciones, respectivamente.⁹⁹ Poco a poco, todos los países de la región fueron creando instituciones electorales especializadas y al menos nominalmente independientes de los poderes clásicos.¹⁰⁰ En el lapso de noventa años, estos organismos han adquirido mayor independencia (la cual en muchas ocasiones era meramente nominal), mayores funciones (p. ej.: la elaboración del registro electoral y en ocasiones civil, la regulación de partidos políticos y su financiación), así como una mayor legitimidad institucional.¹⁰¹ La contribución de los organismos electorales a la transparencia del sufragio, dotó a las contiendas electorales en algunos países de mayor credibilidad y condujo a una mayor

96. En este tema también hay grandes diferencias: cfr. con las estimaciones del "Worldwide Governance Indicators Project" (op cit. 92); así como en: www.govindicators.org. Algunos estados latinoamericanos están en mejor situación que algunos estados europeos; SISSENIICH, B. (op. cit. 13), 11-40.

97. Sobre la falta de confianza: NOHLEN, D. Demokratie ohne Vertrauen: Herausforderung für die Zivilgesellschaft in Lateinamerika. *Internationale Politik und Gesellschaft*. 2004, 80-106.

98. SALAZAR UGARTE, P. (op cit. 66), 38.

99. ISSACHAROFF, S. *Fragile Democracies: Constitutional Courts in the Breach*. 2014 (en prensa), 165. La importancia del modelo uruguayo se subraya en el manuscrito de Issacharoff, así como en FIALLOS OYANGUREN, M. "Los organismos electorales en el proceso de consolidación democrática en América Latina" en PRETEL, J. y RAMIREZ, J. M. comps. *Democracia política y electoral en América Latina*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, OEA. 2000, 348.

100. JARAMILLO, J. "Los órganos electorales supremos" en NOHLEN, D., et. al. comps. *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*. Vol. 2. México D.F.: IIDH. 2007, 372.

101. MARTINEZ RUANO, P. Los modelos latinoamericanos y europeos de control electoral. *Revista Derecho Electoral*. 2102, 13, 180-181.

receptividad del sistema político.¹⁰² Este mecanismo institucional es fundamental para avanzar el proyecto del ICCAL.

La insistencia de los representantes del *Ius Constitutionale Commune* en crear nuevas instituciones de protección jurídica evidencia un cierto recelo frente al poder judicial estatal. La verdad es que, aunque algunos tribunales sean altamente reconocidos y resulten actores clave de las transformaciones constitucionales, el poder judicial en general goza de poca credibilidad. No obstante, todos los tribunales son llamados a jugar un papel importante en dicha transformación. Con este objetivo en mente se han creado o fortalecido instituciones jurisdiccionales. La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos demuestra que semejante rol para los tribunales no es una idea utópica. El énfasis en el poder judicial como motor de innovaciones transformadoras es algo nuevo en Latinoamérica. Por eso, muchas sentencias que bajo el viejo paradigma parecerían activismo judicial cuestionable, se entienden bajo el nuevo paradigma como propios del poder judicial en una democracia constitucional que de manera incremental ayuda a realizar el nuevo proyecto constitucional.

Sin duda, las sentencias de los tribunales pueden transformar una sociedad únicamente si esta transformación está respaldada y es promovida por importantes grupos sociales. Además, los representantes del ICCAL son conscientes de que los tribunales no apoyan automáticamente un proyecto transformador,¹⁰³ ya sea porque no pueden o porque no quieren, a pesar de que el ideal de protección judicial de los derechos humanos cuenta con una larga y rica tradición regional que se remonta a los inicios del siglo XIX.¹⁰⁴ Un tema recurrente es cómo hacer para que los tribunales latinoamericanos, que tradicionalmente no encaran al poder ejecutivo ni le hacen frente a la desigualdad, acepten esta ardua tarea exitosamente. La investigación en materia de justicia muestra que los tribunales, tanto nacionales como internacionales, pueden perseguir los más diversos proyectos.¹⁰⁵ Los representantes del ICCAL conocen bien los peligros de una estrategia enfocada en los tribunales: en Venezuela, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, bajo la influencia del Presidente Chávez, desmanteló metódica-

102. No obstante, no en todos los países hubo un fortalecimiento de la democracia después de la creación de organismos electorales independientes. Para un resumen sobre el récord mixto de la región, véase, JARAMILLO, J. [op cit. 99], 410, 419-423.

103. SALAZAR UGARTE, P. [op cit. 66], 43 ss., 48 ss.; FIX-FIERRRO, H. [op cit. 65], 502.

104. Sobre la historia y las funciones del amparo FERRER MAC-GREGOR, E. [op cit. 32], 303 ss.

105. HIRSCHL, R. *Towards juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press. 2004, en particular 100-148. Sobre los objetivos de los tribunales internacionales SHANY, Y. *Assessing the Effectiveness of International Courts: A Goal-Based Approach*. *American Journal of International Law*. 2012, 106(2), 225-270, en particular 243-248.

mente ciertas garantías del Estado de derecho.¹⁰⁶

Existe también el peligro de que los tribunales empleen sus nuevas competencias y libertades argumentativas de manera disfuncional, lo cual puede resultar en una falta de seguridad jurídica o bien en el patrocinio de intereses ajenos al derecho.¹⁰⁷ No es fácil desarrollar discursos de aplicación convincentes sobre los derechos humanos o principios constitucionales abstractos en la tradición jurídica latinoamericana, más bien conocida por su formalismo. La creación de una cultura argumentativa justificatoria toma su tiempo. Este desafío quizás explica la sorprendente recepción de Robert Alexy en América Latina.¹⁰⁸ Su teoría sobre principios y argumentación aclara, de manera aún más precisa que Ronald Dworkin,¹⁰⁹ las fórmulas argumentativas a las que los tribunales pueden recurrir para cumplir cabalmente con su nuevo rol. Al mismo tiempo, Alexy muestra que una orientación basada en los derechos humanos y los principios no necesariamente implica pérdidas de racionalidad.¹¹⁰

A pesar de la incertidumbre que el nuevo rol de los tribunales genera, existe consenso en el sentido de que el aumento de poder de los órganos jurisdiccionales debe ser acompañado con políticas adecuadas. Por ejemplo, desde el reconocimiento de la doctrina del control de convencionalidad, México emprendió enérgicamente un programa de capacitación de jueces.¹¹¹ Pero el acompañamiento del cual se habla aquí requiere también de la atención del público en general,¹¹² de una reforma en la formación de los profesionales en derecho,¹¹³ así como de una academia crítica pero al mismo tiempo constructiva,¹¹⁴ el tipo de academia con la cual se identifican los representantes

106. De manera insistente y detallada BREWER-CARÍAS, A. *Crónica sobre la "in" justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana. 2007.

107. SALAZAR UGARTE, P. (op cit. 66), 53 ss.

108. ARANGO, R. *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Bogotá: Universidad Externado Colombia. 2004; CLÉRICO, L. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires. 2009; CLÉRICO, L., SIECKMANN, J.R. y OLIVER-LALANA, D. "Prólogo" en CLÉRICO, L. coord. *Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*. Granada: Comares. 2011, VII-VIII.

109. DWORKIN, R. Hard Cases. *Harvard Law Review*. 1975, 88(6), 1057-1109.

110. Sin embargo existen dudas sobre si la reconstrucción racionalista de Alexy es capaz de concebir analíticamente y guiar normativamente las decisiones judiciales de manera convincente, es decir, si el derecho y la política son tan fáciles de distinguir como sostiene. Quizás sea el racionalismo extremo el atractivo de la teoría para la región.

111. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Resolución de 14 de mayo 2013, *Radilla Pacheco vs. México* (Supervisión de cumplimiento de sentencia) punto 37 ss. La Corte valora positivamente los programas de capacitación de los jueces.

112. Las sesiones de algunos tribunales supremos pueden ser vistas en televisión, e incluso se transmiten sus deliberaciones „internas“. La utilidad de la transmisión para fomentar un público crítico es un punto de controversia; cfr. HÜBNER MENDES, C. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford: OUP. 2013, 164-166.

113. SERNA DE LA GARZA, J.M. (op cit. 28), 216.

114. FIX-FIERRO, H. "Los juristas académicos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la construcción de las nuevas instituciones democráticas" en VÁZQUEZ RAMOS, H. coord. *Cátedra Nacional de Derecho Jorge Carpizo. Reflexiones Constitucionales*. México D.F.: UNAM. 2014, 451-459.

del *Ius Constitutionale Commune*. En este contexto, el sistema jurídico puede dar un aporte importante y específico al proceso de transformación, aunque claramente no puede sustituir un proceso político en el sentido amplio.

3. Sobre el rol de las instituciones regionales

Otro rasgo particular del *Ius Constitutionale Commune* frente a otros proyectos transformadores más antiguos es la superación del horizonte estrictamente estatal: interrelaciona el derecho constitucional y el derecho internacional público y les atribuye a las instituciones internacionales una medida importante de autonomía. El alcance de este desarrollo se manifiesta en la concepción imperante sobre la soberanía. Este concepto ha sido trascendental en Latinoamérica, al menos desde el momento de la doctrina Calvo.¹¹⁵ Según dicha concepción tradicional, funciona como “escudo” para proteger la soberanía interna y en general concibe al ordenamiento jurídico de los Estados latinoamericanos como un tipo de “universo normativo” no obstante las numerosas instancias de “inspiración” jurídica provenientes de países vecinos, o bien de Europa o Norteamérica. Las dimensiones cuasi-continentales de algunos Estados (en especial Brasil, pero también México y Argentina), así como las fórmulas económicas de los años sesenta y setenta del siglo XX que insistían en un parcial desacoplamiento del mercado mundial reforzaron esta concepción tradicional de la soberanía.¹¹⁶

Ahora bien, hoy en día, la famosa premisa del concepto clásico de soberanía, aquella que sostiene que los Estados constituyen “comunidades independientes”,¹¹⁷ ha sido modificada por la globalización, inclusive en los países de dimensión cuasi-continental. Tomando el ejemplo del ordenamiento jurídico mexicano, Héctor Fix Fierro y José María Serna han mostrado que estos cambios también han surtido efectos profundos en Latinoamérica.¹¹⁸ Pero no es la comprensión del aspecto jurídico de la globalización lo que

115. CALVO, C. *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América*. Vol. 1. Paris: D’Amyot. 1868, en particular 301-302; TAMBURINI, F. Historia y destino de la “doctrina calvo”: ¿actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*. 2012, 24, 81-101. Sobre las implicaciones para el Estado SERNA DE LA GARZA, J.M. *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*. México D.F.: UNAM. 2012, 9 ss.

116. Influyente PREBISCH, R. *Hacia una dinámica del desarrollo latinoamericano*. México: Fondo de Cultura Económica. 1961, en particular 89-94.

117. Formulado en estos términos por la Corte Permanente de Justicia Internacional, Sentencia de 7 de noviembre de 1927, S.S. *Lotus, Francia vs. Turquía*, Serie A, No. 10 (1927), 18.

118. FIX-FIERRO, H. y LÓPEZ-AYLLÓN, S. The Impact of Globalization on the Reform of the State and the Law in Latin America. Traducido por Virginia DAVIS. *Houston Journal of International Law*. 1996-1997, 19, 785-805 en particular 795;

impele a los representantes del *Ius Constitutionale Commune* a reconfigurar el concepto tradicional de soberanía. Todo lo contrario: el escepticismo frente a las organismos económicos internacionales, como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional o bien los tribunales arbitrales en materia de inversión, es mucho más profundo que en Europa.¹¹⁹ En general se asocian con el “Consenso de Washington” de los años noventa de corte “neoliberal”, el cual dejó una huella profunda y hasta hoy palpable, ya que según muchos autores recrudesció sustancialmente el problema de la exclusión.¹²⁰ En Latinoamérica se es mucho más consciente que en Europa de que muchos tratados e instituciones internacionales tienen un sesgo en beneficio del Norte global.

Así pues, los representantes del ICCAL no abogan por una apertura general sino más bien por la salvaguarda específica de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho. La relevancia del principio de soberanía no se pone en tela de juicio. Pero esto no quiere decir que no sufra una transformación, porque en su nueva concepción pasa de ser una figura de cierre para convertirse en un principio funcional que se pone al servicio de los principios fundamentales. Las instituciones del derecho internacional se entienden así como conquistas del derecho constitucional.¹²¹

El nombre de una conferencia que se celebró con ocasión del bicentenario de la Revolución de Mayo de 1810 en Argentina captó de manera muy atinada la idea principal del constitucionalismo actual de la región: internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional.¹²² Claro está que la internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional son fenómenos bien conocidos en Europa.¹²³ No obstante, la dinámica de

SERNA DE LA GARZA, J.M. [op cit. 114], 111 ss.

119. Refiriéndose a las instituciones de Bretton Woods GIRÓN, A. “Financiamiento del desarrollo. Endeudamiento externo y reformas financieras” en VIDAL, G. y GUILLÉN, R.A. comps. *Repensar la teoría del desarrollo en un contexto de Globalización. Homenaje a Celso Furtado*. Buenos Aires: CLASCO. 2007, 125-142. Sobre los tratados internacionales de comercio ROJAS, R. El TLC: Poder y representación en el capitalismo contemporáneo. *Colombia Internacional*. 2005, 61, 116-133; AHUMADA, C. “Comercio, género y propiedad intelectual: TLC entre Estados Unidos y Colombia” en GIRÓN, A. coord. *Género y Globalización*. Buenos Aires: CLASCO. 2009, 165-187.

120. Enfático en este sentido GARGARELLA, R. (op cit.7), 151 ss.

121. MORALES ANTONIAZZI, M. *Protección supranacional de la democracia en Suramérica. Un estudio sobre el acervo del ius constitutionale commune*. México D.F.: UNAM. 2015. Sikkink muestra además que los juristas y políticos de antaño no tenían la intención de usar el principio de soberanía para escudarse de los reclamos sobre violaciones de derechos humanos SIKKINK, K. Reconceptualizing Sovereignty in the Americas: Historical Precursors and Current Practices. *Houston Journal of International Law*. 1996-1997, 19, 705-729 [712].

122. El libro producto de la conferencia fue coordinado por CAPALDO, G., SIEKMANN, J. y CLÉRICO, L. coords. *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*. Buenos Aires: Eudeba. 2012; sobre el tema en general FIX-ZAMUDIO, H. “La creciente internacionalización de las Constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos humanos” en *La Justicia Constitucional y su Internacionalización* (op cit. 9), 583-673.

123. Cfr. RUIZ FABRI, H. y ROSENFELD, M. coords. *Repenser le constitutionnalisme à l'âge de la mondialisation et de la pri-*

transformación latinoamericana no es un mero ejemplo adicional de cómo funcionan estos fenómenos sino que goza de destacada originalidad y fuerza innovadora.

A nivel estatal, las novedades dignas de mencionar son bien captadas con el concepto de estatalidad abierta de Klaus Vogel.¹²⁴ No obstante, la apertura en Latinoamérica es distinta a la de Alemania. La seguridad colectiva y la integración no juegan el mismo papel central. Los países latinoamericanos, tras el regreso a la democracia, han decidido más bien abrirse a las normas internacionales de protección de los derechos humanos para así proteger mejor los principios fundamentales de sus propias constituciones.¹²⁵ Se puede hablar de una estatalidad abierta doble, ya que los tratados de derechos humanos gozan de otro tipo de incorporación que los tratados de integración económica.¹²⁶

La primacía del derecho internacional público, como bien lo expresó el ilustre constitucionalista mexicano y precursor del *Ius Constitutionale Commune*, Héctor Fix-Zamudio, sólo aplica con respecto a los tratados internacionales de derechos humanos.¹²⁷ Un ejemplo emblemático es la Constitución de Colombia de 1991 que, entre otras varias disposiciones, establece que “los tratados y convenciones internacionales ratificados por el Congreso prevalecen en el orden interno” y, a la vez, dispone que todos los derechos fundamentales constitucionales deben ser interpretados a la luz de los tratados internacionales ratificados por Colombia (art. 93). Esta norma ha dado lugar a la distinción entre bloque de constitucionalidad *strictu* y *lato sensu*. Otra constitución ejemplar es la de Argentina de 1994, que en su artículo 75, inciso 22,¹²⁸ incorpora una lista extensa de tratados de derechos humanos al

vatisation. Paris: Société de législation comparée. 2011.

124. VOGEL, K. *Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für die internationale Zusammenarbeit*. Tübingen: Mohr. 1964.

125. En este sentido se observan paralelismos con las constituciones post-socialistas de Europa central y del este, HOFMANN, M. *Von der Transformation zur Kooperationsoffenheit? Die Öffnung der Rechtsordnungen ausgewählter Staaten Mittel- und Osteuropas für das Völker- und Europarecht*. Berlin/Heidelberg: Springer. 2009.

126. De manera extensa, MORALES ANTONIAZZI, M. [op cit. 120].

127. FIX-ZAMUDIO, H. El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Latinoamericana de Derecho*. 2004, 1, 141-180, en particular 147-151; sobre sus obras GAVIRIA TRUJILLO, C. “Presentación. Honores y Justicia al Juez Fix-Zamudio” en *Liber amicorum Héctor Fix-Zamudio*. Vol. 1. San José: Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 1998, XLIX-LII.; FERRER MAC-GREGOR, E. “Semblanza del Maestro Héctor Fix-Zamudio” en FERRER MAC-GREGOR, E. y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, A. coords. *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. México D.F.: UNAM. 2008. XXXV-XL; VERGOTTINI, G.d. “Premessa” en MEZZETTI, L. y FERRER MAC-GREGOR, E. coords. *Diritto processuale costituzionale. Omaggio italiano a Héctor Fix-Zamudio per i suoi 50 anni di ricercatore di diritto*. Milán: CEDAM. 2010, 3-5.

128. El artículo 75, inciso 22 de la Constitución argentina menciona los siguientes tratados: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Geno-

orden constitucional argentino. Esta disposición constitucional plasma la política en materia de derechos humanos y justicia de transición que Argentina persiguió tras la dictadura,¹²⁹ y que es la piedra angular de una jurisprudencia transformadora que bajo el nombre de “justicia de transición” logró convertirse en una figura jurídica de carácter global.¹³⁰ La Constitución de Ecuador de 2008 regula, por una parte, que “los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte” (art. 11.3) y por otra parte, establece que “en el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios *pro ser humano*, no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución” (art. 417). Dispone igualmente que “la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público” (art. 424).

Otro ejemplo importante es, desde junio de 2011, la referencia a los tratados internacionales ratificados en materia de derechos humanos del artículo 1, inciso primero 1 de la Constitución mexicana, en donde se les reconoce rango constitucional. Apenas un mes después, el más alto tribunal mexicano ya había confirmado y aplicado esta disposición.¹³¹ Inclusive las constituciones marcadas por el constitucionalismo bolivariano le atribuyen un papel importante a los derechos humanos. La Constitución boliviana de 2009 dispone que las garantías internacionales en materia de derechos humanos tienen un rango superior al derecho interno, y que los derechos y deberes de la Constitución deben ser interpretados de conformidad con el derecho internacional.¹³² Además, las normas convencionales tienen un rango superior a la Constitución en la medida en

cidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño.

129. ELÍAS, J.S. Constitutional Changes, Transitional Justice and Legitimacy: The Life and Death of Argentina’s “Amnesty Laws”. *Student Scholarship Papers*. Paper 57, disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/student_papers/57.

130. Fundamental TEITEL, R. *Transitional Justice*. Oxford: OUP. 2000; TEITEL, R. *Transitional Justice Genealogy*. *Harvard Human Rights Journal*. 2003, 16, 69-94.

131. Corte Suprema de Justicia de la Nación (México), Decisión en el asunto *Varios 912/2010* de 14 de julio de 2011; al respecto FERRER MAC-GREGOR, E. “Hacia la Formación Jurisprudencial Interamericana de un *Ius Constitutionale Commune Americanum*. Eficacia de la Sentencia Interamericana y la Cosa Juzgada Internacional (Sobre el Cumplimiento del Caso *Gelman vs. Uruguay*)” en *Rasgos* (op cit. 19), 329, 347 ss.

132. Art. 13.IV de la Constitución boliviana.

que otorguen mayores derechos.¹³³ En otros Estados se han producido estos mismos cambios por medio de la interpretación constitucional. Por ejemplo, desde 1995, la Sala Constitucional de Costa Rica le atribuye rango supraconstitucional a los tratados de derechos humanos en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas.¹³⁴

La apertura de la estatalidad opera doctrinariamente con la figura jurídica del bloque de constitucionalidad, una figura importada de Europa pero ingeniosamente adaptada a la realidad latinoamericana.¹³⁵ El Consejo Constitucional francés fue quien la desarrolló para crear una jurisdicción constitucional a partir de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y del catálogo de derechos fundamentales de la Constitución de la Cuarta República. El Tribunal Constitucional de España, modificó esta figura y a través de la misma incorporó la legislación ordinaria sobre la organización territorial española al derecho constitucional. Así, reconoció el valor superior de los Estatutos de Autonomía lo cual fomentó un mayor equilibrio entre el Estado central y las comunidades. Se ve entonces que mientras en Francia y España la figura se utiliza para incorporar normas del derecho estatal al derecho constitucional, en Latinoamérica el bloque de constitucionalidad se utiliza para integrar normas de derecho internacional al ordenamiento jurídico estatal, lo cual fortalece argumentativamente a los tribunales que apoyan una transformación democrática.

Los elementos provenientes del derecho internacional público que conforman el bloque constitucional, tal y como lo ilustra el listado de la Constitución argentina, son muy variados. El estado de ratificación de los tratados internacionales es heterogéneo en la región, lo cual evidencia que el *Ius Constitutionale Commune* no es un fenómeno uniforme.¹³⁶ Sin embargo, sigue estando conformado por un núcleo común: el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, sobre todo gracias a la labor de sus instituciones. Su importancia para la región justifica que se hable de una interamericanización de manera similar a como se habla de la europeización.¹³⁷

El hecho de que el sistema interamericano se haya convertido en el núcleo normativo del *Ius Commune* no se debe a ninguna característica inherente al mismo; mucho más al respaldo que las fuerzas transformadoras en los varios países encontraron en él

133. Art. 256 de la Constitución boliviana.

134. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, *Voto 2313-95* de las 16:18 horas del 9 de mayo de 1995.

135. GÓNGORA MERA, M. "La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius constitutionale commune* latinoamericano" en *Rasgos* [op cit. 19], 301.

136. MORALES ANTONIAZZI, M. [op cit. 120].

137. Sentando las bases de estas ideas MORALES ANTONIAZZI, M. [op cit. 120].

para sus proyectos en el contexto nacional.¹³⁸ La función principal del plano internacional consiste en inclinar la balanza del poder en el plano estatal interno a favor de los proyectos constitucionales con vocación transformadora.¹³⁹ La denuncia de Venezuela de la Convención, la cual se anunció en setiembre de 2012 y surtió efecto un año después, es una señal de la autoridad de la Corte; el mero incumplimiento de las decisiones interamericanas dejó de ser una opción viable para el gobierno venezolano.

A su vez, la Corte, en los 173 casos decididos ha desarrollado una jurisprudencia a la medida de la problemática de la región.¹⁴⁰ No ha titubeado en anular leyes de amnistía,¹⁴¹ darle efectos directos y *erga omnes* a sus decisiones,¹⁴² ni en ordenar medidas específicas.¹⁴³ Estas sentencias han desatado una dinámica que ha dado impulso al *Ius Constitutionale Commune*, creando lo que la misma Corte Interamericana llama el *corpus iuris*.¹⁴⁴ Este *corpus iuris* así como los efectos tan marcados de su jurisprudencia, han despertado el debate sobre la legitimidad de sus actos y su legitimidad como institución. Esta crítica no proviene únicamente de instituciones que hayan sido el blanco de sus acciones¹⁴⁵ sino también de autores que en principio apoyan la creatividad y la

138. PARRA VERA, Ó. [op cit. 84], 383 ss.

139. El cumplimiento de este objetivo depende de la composición de la Comisión y la Corte; en última instancia, nada puede impedir que la Corte persiga objetivos distintos cuando su composición varíe, pensemos por ejemplo en las diferencias tan palpables de la Corte Suprema de los Estados Unidos de *Warren* en contraste con la de *Requist*; al respecto CURRIE, D.P. *The Constitution in the Supreme Court: The Second Century 1888-1986*. Chicago/Londres: University of Chicago Press. 1990, 599-601.

140. Expuesta de manera sistemática por BURGORGUE-LARSEN, L. y ÚBEDA DE TORRES, A. *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*. Traducido por Rosalind Greenstein. Oxford: OUP. 2011; KOKOTT, J. *Das interamerikanische System zum Schutz der Menschenrechte*. Berlin/Heidelberg: Springer. 1986.

141. BINDER, C. Auf dem Weg zum lateinamerikanischen Verfassungsgericht? Die Rechtsprechung des Interamerikanischen Menschenrechtsgerichtshofs im Bereich der Amnestien. *ZaöRV*. 2011, 71, 1-29.

142. Enfático al respecto CASSESE, A. "Y a-t-il un conflit insurmontable entre souveraineté des Etats et justice pénale internationale?" en CASSESE, A. y DELMAS-MARTY, M. coords. *Crimes internationaux et juridictions internationales*. Paris: Presses Universitaires de France. 2002, 13-29, 16; GÓNGORA MERA, M. [op. cit. 5], 54. Esto aplica sobre todo respecto de las violaciones más graves de derechos humanos tales como la tortura o las ejecuciones extrajudiciales, las cuales representan una violación al jus cogens según la Corte. Véase BINDER, C. [op cit. 140].

143. Competencia prevista de manera expresa en el artículo 63.1.2. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Las medidas ordenadas incluyen la difusión del reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado, la construcción de monumentos en memoria de las víctimas, así como la adopción de reformas legislativas, todas estas con el objetivo de remediar las violaciones ocurridas y prevenir nuevas violaciones; cfr. BURGORGUE-LARSEN, L. y ÚBEDA DE TORRES, A. [op cit. 139], 234-238, con referencias adicionales.

144. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999 solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Serie A, No. 16, párr. 115; véase también GARCÍA RAMÍREZ, S. "Foreword" en BURGORGUE-LARSEN, L. y ÚBEDA DE TORRES, A. [op. cit. 139], xvii-xxviii, en particular xx.

145. Compárese sobre todo con la Corte Suprema venezolana que sostiene la "inaplicabilidad" de las sentencias de la Corte Interamericana en razón de "usurpación de funciones", véase: Corte Suprema, Sala Constitucional, *Expediente No. 08-1572*. Sentencia de 18 de diciembre de 2008. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html>. Al respecto AYALA CORAO, C. "La doctrina de la "inejecución" de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela [1999-2009]" en *La Justicia Constitucional y su Internacionalización* [op cit. 9], 85 ss.

orientación de su jurisprudencia.¹⁴⁶ Parece ser que la Corte se ha percatado del problema y la decisión de celebrar “sesiones itinerantes” en los distintos Estados que hubieran aceptado la competencia contenciosa podría considerarse una reacción en este sentido.¹⁴⁷ Las sesiones itinerantes tienen como propósito acercar la Corte a los Estados parte y a los interesados. El diálogo constante con organizaciones de la sociedad civil también es característico del sistema.¹⁴⁸ Por último, la Corte ha contribuido a la consolidación de la democracia en América Latina.¹⁴⁹ A pesar de todo la respuesta a las críticas sobre legitimidad sigue siendo un tema inacabado.¹⁵⁰

El sistema interamericano de protección de los derechos humanos es el mecanismo regional más importante para afianzar el constitucionalismo pero no el único. La Carta Democrática Interamericana es otro de estos mecanismos.¹⁵¹ Se trata de una resolución de la Organización de Estados Americanos sin carácter vinculante pero que contiene un mecanismo de control que ya se utilizó en el pasado para la promoción de la democracia.¹⁵²

Otro mecanismo que también tiene como objeto la consolidación del constitucionalismo lo encontramos en el Mercosur.¹⁵³ Si bien la integración económica es el enfoque primordial de este régimen, ha dirigido su atención también hacia cuestiones de carácter constitucional. El Protocolo de Asunción incorpora la protección de los derechos humanos y el Protocolo de Ushuaia promueve la protección de la democracia por medio de un proceso político. Claro está, ningún protocolo asegura por sí mismo el constitucionalismo. Eso lo muestra claramente el caso paraguayo de 2012, el cual sirvió como estrategia para eludir la resistencia de Paraguay a aceptar a Venezuela como

146. GARGARELLA, R. (op cit. 7), 170 ss.

147. SAAVEDRA ALESSANDRI, P. y PACHECO ARIAS, G. “Las sesiones “itinerantes” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un largo y fecundo caminar por América” en GARCÍA RAMÍREZ, S. y CASTANEDA HERNÁNDEZ, M. coords. *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*. México D.F.: UNAM. 2009, 37.

148. PIOVESAN, F. (op cit. 20), 75.

149. PARRA VERA, Ó. “Lucha contra la impunidad, independencia judicial y derechos de los pueblos indígenas. Algunos avances y debates en torno a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en REY MARTÍNEZ, F. coord. *Los derechos en Latinoamérica: tendencias judiciales recientes*. Madrid: Editorial Complutense. 2012, 363-416. Sobre el nuevo rol de los Tribunales CASSESE, S. *I Tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*: Roma: Donzelli. 2009.

150. BOGDANDY, A. v. y VENZKE, I. *In Whose Name? A Public Law Theory of Adjudication*. Oxford: Oxford University Press. 2014.

151. En detalle MORALES ANTONIAZZI, M. (op. cit. 120).

152. CASAL HERNÁNDEZ, J.M. “Las restricciones al ejercicio de los derechos humanos y la cláusula de la sociedad democrática en el sistema interamericano” en SAIZ ARNAIZ, A., MORALES ANTONIAZZI, M. y UGARTEMENDIA, J. coords. *Las implicaciones constitucionales de los procesos de integración*. Oñate: Instituto Vasco de Administración Pública. 2011, 477-505.

153. En detalle MORALES ANTONIAZZI (op cit. 120).

miembro del Mercosur.¹⁵⁴

Con bastante frecuencia, las instituciones internacionales que he mencionado son denominadas supranacionales.¹⁵⁵ Claro está que el entendimiento que se tiene de la supranacionalidad no es el mismo que impera en Europa, el cual está íntimamente relacionado con la Unión Europea. La utilización latinoamericana del término es más flexible, ya que aborda de manera mucho más abstracta la cuestión de la superación de la concepción contractualista y horizontal del derecho internacional. Por esta razón muestra un potencial generalizador mayor.

4. Pluralismo dialógico

La tríada de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho denota, de manera muy abstracta, el objetivo constitucional a cuyo servicio deberían estar los tribunales y las instituciones internacionales: la institucionalidad. Pluralismo dialógico, el último concepto que aquí se define, tiene dos acepciones en el *Ius Constitutionale Commune*: es a la vez un objetivo del ICCAL así como un medio para alcanzarlo. Designa una modalidad de interacción social y para la resolución de conflictos que al mismo tiempo supone la situación social a la cual aspira. Al igual que los otros conceptos que aquí se han definido, el pluralismo dialógico está anclado en el discurso universal, presenta, eso sí, características muy latinoamericanas.

Normalmente se describen tres fenómenos distintos con el pluralismo.¹⁵⁶ En el derecho constitucional es un concepto antiguo que denota una sociedad en donde los distintos grupos que la conforman, se enfrentan los unos con los otros en procesos públicos y democráticos con respecto a una amplia gama de valores, intereses y formas de vida. En segundo lugar, se refiere a normas que no forman parte del ordenamiento jurídico estatal pero que rigen las relaciones sociales de ciertos grupos.¹⁵⁷ El tercer fenómeno se refiere a la interacción entre los distintos regímenes jurídicos, en especial a la

154. MALAMUD, A. (op cit. 47), 117 ss.

155. BAZÁN, V. La integración supranacional y el federalismo en interacción: perspectivas y desafíos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. 2009, 15, 639-687; CAVALLARO, J.L. y SCHAFFER, E.J. Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas. *Hastings Law Journal*. 2004, 56(2), 217-282.

156. ISIKSEL, T. Global Legal Pluralism as Fact and Norm. *Global Constitutionalism*. 2013, 2, 160 ss.

157. BENDA-BECKMANN, F. v. Who's Afraid of Legal Pluralism? *J. Legal Pluralism & Unofficial L.* 2002, 47, 37-82, en particular 60-62; un ejemplo en Europa son los grupos musulmanes, FOLETS, M. "Diversité Religieuse en Europe: Une Approche Innovante Conjuguant l'Approche Juridique et Sociologique" en AST, F. y DUARTE, B. coords. *Les Discriminations Religieuses en Europe: Droit et Pratiques*. Paris: L'Harmattan. 2012, 105-119.

relación abierta entre el derecho constitucional estatal, el derecho de la Unión Europea y el derecho europeo en materia de derechos humanos.¹⁵⁸

Los tres aspectos y fenómenos los podemos encontrar en el *Ius Constitutionale Commune* en América Latina, empero, la interacción es mucho más marcada en la región. Una vez más la exclusión es el factor más importante para explicar esta particularidad. Para construir una sociedad verdaderamente pluralista en la región, es indispensable procurar la inclusión de la población indígena y afrodescendiente, es decir, darles espacio en las instituciones estatales y reconocer que son grupos con valores e intereses específicos. Esto implica también el segundo aspecto del pluralismo, ya que a menudo estos grupos cuentan con un orden normativo propio y particular. La inclusión real exige una participación que comprenda sus órdenes normativos. Aquí encontramos algunas innovaciones constitucionales recientes muy importantes. Desde 2001 y como reacción al levantamiento zapatista en Chiapas, la constitución mexicana dispone en su artículo 2, que la Nación mexicana es pluricultural y por ende también incluye a los pueblos indígenas como tales. La constitución boliviana de 2009 es la más avanzada en este sentido ya que también integra principios éticos de los pueblos indígenas,¹⁵⁹ así como la cosmología indígena y ciertas formas de propiedad colectiva.¹⁶⁰ En el *Ius Constitutionale Commune*, dichas disposiciones no son vistas como mero folclor. Es más, se reconoce el potencial que en ellas se encierra y por esta razón son objeto de análisis teórico.¹⁶¹ Pero hay que reconocer que es un desafío enorme incorporar de manera orgánica los principios de los pueblos precolombinos a los Estados constitucionales modernos. Para el elemento *común* del *Ius Constitutionale Commune* queda también claro que debe dejar mucho espacio a la diversidad, respondiendo así a las numerosísimas y diversísimas formas del tejido social y cultural de los pueblos latinoamericanos.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana depende, primero, del pluralismo social ya que muchas de sus sentencias paradigmáticas son el fruto del litigio estratégico de agrupaciones de la sociedad civil.¹⁶² Segundo, sus sentencias habitualmente apoyan el pluralismo social o el pluralismo étnico-cultural. Tercero, la firmeza con la cual actúa

158. WALKER, N. The Idea of Constitutional Pluralism. *Modern Law Review*. 2002, 65, 317; WENDEL, M. *Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht. Verfassungsrechtliche Integrationsnormen auf Staats- und Unionsebene im Vergleich*. Tübingen: Mohr Siebeck. 2011.

159. Compárese con el artículo 8: "El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sinmal) y qhapaj ñan (camino o vida noble)."

160. PRADA ALCOREZA, R. Análisis de la nueva Constitución Política del Estado. *Crítica y emancipación. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales*. 2008, 1, 35-50, en particular 48-50.

161. CLÉRICO, L. y ALDAO, M. [op cit. 79], 220; MORALES ANTONIAZZI, M. [op cit. 41], 266.

162. PIOVESAN, F. [op cit. 20], 72 ss.

respecto a situaciones internas ha hecho de su relación con los tribunales nacionales un tema clave. También aquí el concepto de pluralismo es sumamente importante.

La figura central de esta discusión se denomina control de convencionalidad y representa el núcleo doctrinal del *Ius Constitutionale Commune*. Esta figura fue creada por la Corte en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*.¹⁶³ Exige a los tribunales nacionales la aplicación de la Convención Americana de conformidad con la interpretación que la Corte haya hecho de la misma. Según esta decisión, cuyo alcance exacto todavía se desconoce, todos los actos estatales quedan sujetos al control de su conformidad con la Convención y en caso de conflicto con la misma no pueden ser aplicados por los tribunales nacionales. Esto produce efectos sustanciales en la distribución de competencias a nivel estatal: tanto la relación del poder judicial con los otros poderes así como la jerarquía en el seno del poder judicial. En particular ha afectado al papel de los tribunales supremos. Considerando que además la Corte Interamericana le atribuye aplicación directa y efectos *erga omnes* a su jurisprudencia,¹⁶⁴ que ha declarado la inaplicabilidad de leyes nacionales, decretado que se emprendan reformas legislativas y ordenado una amplia gama de medidas concretas, se ha generado una dinámica impresionante.¹⁶⁵ La dimensión constitucional es evidente,¹⁶⁶ en especial debido a que los temas tratados son altamente políticos, temas sobre los cuales ciertos grupos sociales se encuentran en profundo desacuerdo. No sorprende entonces, que la jurisprudencia interamericana haya suscitado un rico debate. El desafío consiste en acomodar cuidadosamente la dinámica transformadora con el entramado institucional y la distribución de competencias a nivel estatal. Aquí encuentra aplicación la tercera definición del concepto de pluralismo¹⁶⁷ si bien otros conceptos compiten por describir la situación, como por

163. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 26 de setiembre de 2006, *Almonacid Arellano vs. Chile*, Serie C, No. 154, párr. 124; SAGÜÉS, N. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Estudios Constitucionales*. 2010, 8(1), 117; GARCÍA RAMÍREZ, S. (op. cit. 5), 123; NOGUEIRA ALCALÁ, H. Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011. *Estudios Constitucionales*. 2012, 10(2), 57.

164. Descrito detalladamente por FERRER MAC-GREGOR, E. en el sensible caso *Gelman*, en el cual la Corte declara sin efectos una ley de amnistía con credenciales democráticas impecables (op cit. 130), 329 ss.; GARGARELLA, R. Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso *Gelman*. *Seminario de Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política de la Universidad de Yale* (online), 2013, disponible en: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf; RINCÓN-COVELLI, T. El derecho internacional de los derechos humanos: ¿límite o elemento constitutivo de la democracia? –A propósito de la transición uruguaya a la democracia–. *Estudios Socio-Jurídicos*. 2012, 14(2), 71-106; SFERRAZZA TAIBI, P. “¿Amnistías democráticas? El Caso *Gelman vs. Uruguay* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un caso práctico para una reflexión teórica” en SANTANO, S.A. y MEJÍAS, S.A. coords. *La seguridad, un concepto amplio y dinámico: V Jornadas de estudios de seguridad*. Madrid: IUGM-UNED. 2013, 323-356.

165. Una decisión pionera en este sentido es Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 14 de marzo de 2001, *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú)* (Fondo), Serie C, No. 75.

166. Expuesto sutilmente por BURGORGUE-LARSEN, L. “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como tribunal constitucional” en *Rasgos* (op cit. 19), 421.

167. SERNA DE LA GARZA, J.M. (op cit. 114), 243 ss.

Construcción de un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina

ejemplo: redes de colaboración horizontal¹⁶⁸, trapezio,¹⁶⁹ redes constitucionales,¹⁷⁰ normativismo supranacional,¹⁷¹ transconstitucionalismo.¹⁷²

Las perspectivas pluralistas se dividen en dos campos. La posición más radical parte de la visión de que los conflictos que se ocasionan son conflictos de poder y que por ende difícilmente pueden ser abordados desde el razonamiento jurídico.¹⁷³ La posición del diálogo tiene un punto de partida diametralmente opuesto: la observación de que los diversos regímenes jurídicos e instituciones normalmente desarrollan relaciones jurídicas estables no obstante su independencia normativa. Esta posición sostiene que los conflictos fundamentales son una gran excepción, la regla consiste más bien en un trabajo conjunto y fructífero.¹⁷⁴ Los representantes del *Ius Constitutionale Commune* optan por el pluralismo dialógico y así reconstruyen la interacción entre la Corte Interamericana y los tribunales nacionales.¹⁷⁵

IV. Resumen

El *Ius Constitutionale Commune* en América Latina representa un enfoque transformador que se dota de energía a partir de la experiencia concreta y la convicción profunda de la inaceptabilidad de situaciones de injusticia sistemática. Su sustrato de derecho positivo lo constituyen principalmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las garantías de las constituciones nacionales sobre la misma materia, las cláusulas de apertura, así como la correspondiente jurisprudencia, tanto nacional como

168. PAMPILLO BALIÑO, J.P. The Legal Integration of the American Continent: An Invitation to Legal Science to Build a New *Ius Commune*. *ILSA Journal of International & Comparative Law*. 2011, 17(3), 517-533, en particular 519.

169. PIOVESAN, F. *Direitos humanos e diálogo* [op. cit. 5], 67.

170. BUSTOS GISBERT, R. *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*. México D.F.: Editorial Porrúa. 2012, 13 ss.

171. GORDILLO, A. et al., *Derechos Humanos*. Vol. 5. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo. 2005, 10, con referencias adicionales.

172. NEVES, M. [op. cit. 62], 115 ss.

173. DYÈVRE, A. "Game Theory and Judicial Behaviour" en STELMACH J. y ZAŁUSKI, W. coords. *Game Theory and the Law*. Cracovia: Copernicus Center Press. 2011, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1783507. La reacción del tribunal supremo venezolano apunta en esta dirección [op cit. 144].

174. BURGORGUE-LARSEN, L. coord. *Les interactions normatives. Droit de l'Union européenne et droit international*. Paris: Pedone. 2012.

175. La Fundación Konrad Adenauer también comparte esta visión y la fomenta al organizar encuentros entre los mencionados tribunales.

internacional. Apuesta por un discurso que interrelacione los distintos ordenamientos jurídicos con el objeto de reforzar las transformaciones en los países latinoamericanos. Así, el enfoque tiene el potencial de convertirse en un verdadero proyecto.

El *Ius Constitutionale Commune en América Latina* se apoya en los elementos de cercanía cultural y la historia jurídica compartida de la región, la cual es producto de la colonización ibérica, la influencia del *Corpus Iuris Civilis* y del *Corpus Canonici*, la constitución de los Estados Unidos, la constitución de Cádiz, el derecho constitucional y administrativo francés, así como en el ideal de una gran unión latinoamericana y su consiguiente fracaso. El ICCAL lucha, en consonancia y cooperación con actores en otros sistemas sociales, contra problemas compartidos, en particular la desigualdad y la exclusión de amplios sectores de la sociedad, el legado de los gobiernos autoritarios, la sombra de intereses norteamericanos, el hiperpresidencialismo, así como la frecuente debilidad del derecho. Existe además amplio consenso respecto del camino a tomar. Los mecanismos de integración económica son considerados poco prometedores. La esperanza yace más bien en un constitucionalismo de raíces regionales basado en derechos humanos con protección supraestatal.

¿Cuáles son las perspectivas de este *Ius Constitutionale Commune en América Latina*? El que busque razones para el desaliento las encontrará, ya sea en los recorridos históricos, rasgos culturales, estructuras económicas, circunstancias geopolíticas, relaciones de poder, conflictos sociales, sean lo que sean. Razones abundan. Empero: visto en su conjunto y a pesar de todas estas dificultades, el constitucionalismo transformador latinoamericano es expresión de una dinámica tan impactante que hasta un realista puede apostar por él.

El concepto del *Ius Commune* Latinoamericano en Derechos Humanos: elementos para una agenda de investigación¹

José Ma. Serna de la Garza

I. Problemática a tratar

El derecho constitucional, como sector de normas jurídicas y como disciplina, descansa sobre una forma específica de entender el concepto mismo de Constitución: se trata de un instrumento esencialmente nacional, cuya fuerza como norma superior deriva de un pacto inicial y continuado de un pueblo que evoluciona orgánicamente a lo largo del tiempo, en respuesta a las percepciones nacionales, a las necesidades nacionales y a los valores nacionales.² Como se puede apreciar, se trata de una concepción centrada en el Estado-nacional.

Sin embargo, y esta es la premisa de la cual parte mi análisis en este ensayo, en la era de la llamada *globalización* existen fenómenos y procesos que han producido transformaciones importantes en lo que es la base misma de las concepciones tradicionales del derecho constitucional.³ Es decir, una serie de procesos identificados con la globalización han afectado al Estado-nación, y ello obliga, por un lado, a

1. Una versión anterior de este trabajo ha sido publicada en Bogdandy, Armin von, Héctor Fix-Fierro y Mariela Morales Antoniazzi (Coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina, Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM e Instituto Max Plank de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, México, 2014.

2. Saunders, Cheryl, "Use and Misuse of Comparative Constitutional Law", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 13, No. 1, 2006, p. 50.

3. Para una reflexión más extensa y detallada sobre este tema y otros vinculados con el impacto de la globalización en el derecho constitucional mexicano, se puede revisar mi trabajo titulado: *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, UNAM, México, 2012.

reflexionar sobre el impacto e implicaciones que esas transformaciones pueden tener sobre las normas del derecho constitucional de los estados nacionales y más en general sobre sus sistemas jurídicos; y, por otro lado, a replantearnos la función y alcances del derecho constitucional como disciplina (en las vertientes de la teoría constitucional, la dogmática constitucional y el derecho constitucional comparado).⁴

II. Globalización y Gobernanza global

Ahora bien, ¿qué hemos de entender por *globalización*? Sin pretender entrar en este trabajo en un debate que ha ocupado a connotados científicos sociales en los últimos años,⁵ sostenemos que la globalización se caracteriza por: A. La intensificación de las relaciones sociales a escala mundial; B. El surgimiento de una cierta forma de organización de la actividad económica, de alcance transnacional; C. El surgimiento de nuevos actores en la política internacional; D. La formación de redes transnacionales de generación, flujo e intercambio de patrones culturales; y E. La emergencia de problemas de dimensión planetaria. Por otra parte, y para tratar de aclarar más nuestra comprensión del referido fenómeno, consideramos importante tener claro lo que la globalización *no* es: la globalización no es un concepto unitario pues se refiere a procesos y dimensiones distintas; tampoco es enteramente nueva, pues responde a tendencias históricas seculares con antecedentes identificables; no es regular, sino irregular⁶; y no significa universalidad ni implica homogeneidad.⁷

4. Un punto de partida similar al aquí planteado se puede encontrar en el trabajo de Himsworth, para quien las constituciones, como se entienden en los tiempos modernos, son conceptualmente inseparables de los estados. Las constituciones que definen los límites del poder público, que atribuyen autoridad legítima entre órganos públicos; y que determinan derechos y deberes de los ciudadanos, presuponen un estado en relación con el cual esos procesos puedan ocurrir. Las reglas constitucionales no tendrían ningún sentido si no se les ve operar dentro del compás de un Estado, definido por referencia a una población y territorio identificables. Para este autor, es el Estado lo que da todo sentido a la tradicional discusión –analítica y normativa– de los principios y valores que informan las reglas de la constitución misma. Himsworth, C.M.G., "In a State No Longer: The End of Constitutionalism?", *Public Law*, 1996, pp. 639-648.

5. Como por ejemplo Held, David y McGrew, Anthony, *Globalización/Antiglobalización, Sobre la reconstrucción del orden mundial*, Paidós, Barcelona, 2003; Bartelson, Jens, "Three Concepts of Globalization", *International Sociology*, Vol. 15, no. 2, June, 2000; Therborn, Göran, "Globalizations, Dimensions, Historical Waves, Regional Effects, Normative Governance", *International Sociology*, Vol. 15, no. 2, June, 2000.

6. Es decir, su impacto en los diversos países es variable, dependiendo de diversas circunstancias, tales como la posición del Estado en el sistema político-militar mundial; la posición del Estado en la división internacional del trabajo; la consolidación interna de las instituciones del Estado-nación, entre otras.

7. Keohane y Nye explican estas dos últimas características con algunos ejemplos: a pesar que existen ciertos procesos que hemos identificado como globalización, millones de personas (la mayor parte de la humanidad, de hecho) no tienen acceso a computadoras, ni a internet, ni siquiera a teléfonos; cientos de millones de personas viven como campesinos

Por otra parte, consideramos que el análisis del término “gobernanza” puede servir de base para generar un marco conceptual que nos ayude a entender las transformaciones del Estado en la actualidad. Debemos apuntar, sin embargo, que dicho término está lejos tener un significado único y aceptado por todos. Ello no obstante, puede identificarse en algunas de sus significaciones (diríamos que las dominantes en el ámbito académico) una serie de implicaciones que se refieren a procesos de cambio en el Estado y su entorno, lo cual ha abierto debates teórico-conceptuales que también afectan a nociones tradicionales del derecho público. Dicho lo anterior, partiremos de una distinción entre la dimensión doméstica o interna del concepto de gobernanza, y la dimensión internacional o global del referido término, en el entendido de que en el presente ensayo nos ocuparemos de la segunda dimensión. Pero debemos tener presente que la revisión de las dos dimensiones es lo que ha de permitir reconocer de manera integral algunas de las transformaciones que experimenta el Estado en la era de la llamada globalización.⁸

Gobernanza es un concepto que en su connotación actual, es producto del debate académico sobre las transformaciones del Estado, así como del discurso analítico y prescriptivo de diversos organismos y agencias internacionales. Al lado de otros conceptos como “governabilidad” y “nueva gestión pública”, es manifestación de una serie de cambios que han ocurrido tanto a nivel de concepción teórica como de realidad empírica acerca de lo que el Estado *es*, y de lo que *debiera ser*.

Como observa Aguilar, gobernabilidad, gobernanza (y, nosotros añadimos, la “nueva gestión pública”) son conceptos de alguna manera “emparentados”, o articulados alrededor de la misma problemática (la del gobierno o dirección de la sociedad), si bien hacen referencia a distintas interrogantes y realidades.⁹ Incluso puede afirmarse que en cierta forma, el debate sobre el concepto de gobernabilidad, con la connotación general que se le dio en la ciencia política a partir de finales de los años setenta del siglo XX, anunció el surgimiento del concepto de gobernanza, en su significación actual.¹⁰

pobres en pueblos remotos sin conexión con los mercados globales o con el flujo de ideas. Además, el mundo está lejos de una convergencia en torno a ciertos valores e instituciones (piénsese, por ejemplo, en la división entre el mundo cristiano y el mundo musulmán). Keohane, Robert O. y Nye, Joseph S. Jr., “Introduction”, en Nye, Joseph y Donahue, John (eds.), *Governance in a Globalizing World*, Brookings Institution Press, Washington D.C., 2000, pp. 2-3.

8. Un análisis extenso del concepto de gobernanza puede encontrarse en mi ponencia titulada “Reflexiones en torno al concepto de Gobernanza Global y su impacto en el ámbito jurídico”, que ha sido publicado en las *Memorias del Seminario Permanente de Derechos Humanos. V Jornadas*, coordinado por el Dr. Luis T. Díaz Müller. El Seminario tuvo lugar el 29 de octubre de 2009, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Y también en mi trabajo titulado, *Globalización y Gobernanza: Las Transformaciones del Estado y sus Implicaciones para el Derecho Público (Contribución para una Interpretación del Caso de la Guardería ABC)*, UNAM, México, 2010.

9. Esto lo afirma Aguilar Villanueva al explicar la diferencia entre “governabilidad y “governanza”. Aguilar Villanueva, Luis F., *Gobernanza y Gestión Pública*, Fondo de Cultura Económica, México, 2008, p. 38.

10. Al parecer, el término ‘governanza’ proviene del francés, de donde pasó al inglés, siendo entendido primero como

Ahora bien, una de las vertientes por las que se puede analizar el impacto de la llamada globalización sobre el ámbito jurídico, es la que se desarrolla a partir del estudio del concepto de *gobernanza* y, más específicamente, del concepto *gobernanza global*. Como se verá más adelante, dicho concepto alude a una serie de transformaciones vinculadas a la globalización, que han afectado el entorno y las capacidades de los Estados nacionales. A su vez, lo anterior ha abierto debates sobre el papel del derecho en lo que algunos califican como un ‘contexto post-nacional’.¹¹

La discusión sobre la llamada “Gobernanza global” corre por una ruta distinta al debate que se ha dado sobre la *gobernanza* en su dimensión interna o doméstica, si bien se pueden encontrar importantes puntos de contacto entre ambas perspectivas.¹² Una aportación relevante que se ha hecho en el examen del primer concepto, se puede encontrar en el trabajo de Keohane y Nye. Estos autores parten de la siguiente concepción general de gobernanza, entendida como “...el proceso y las instituciones, tanto formales como informales, que guían y limitan las actividades colectivas de un grupo. El gobierno es el subconjunto que actúa con autoridad y crea obligaciones formales. Gobernanza no necesariamente tiene que ser conducida por los gobiernos y por organizaciones internacionales a las que les delegan autoridad. Empresas privadas, asociaciones de empresas, organizaciones no-gubernamentales (ONGs), y asociaciones de ONGs participan en ella, de manera frecuente en asociación con órganos gubernamentales, para crear gobernanza; a veces sin autoridad gubernamental.”¹³

En su intento por explicar la noción de gobernanza (global), Keohane y Nye observan que la globalización está teniendo un efecto sobre los Estados, y en especial sobre los mecanismos tradicionales (inter-gubernamentales) que guían y limitan la acción colectiva de la comunidad internacional de Estados (es decir, sobre los mecanismos tradicionales de *gobernanza* a nivel internacional). Sin embargo afirman- el efecto sobre los Estados no significa que éstos se hagan obsoletos sino que el Estado nación

‘dirección de navíos’, si bien posteriormente fue ampliando su significado hacia ideas como la de gobierno, administración y dirección. Ver Sánchez González, José Juan, *Gestión Pública y Governance*, Instituto de Administración Pública del Estado de México, segunda edición, Toluca, 2006, p. 18.

11. Douglas Chalmers desarrolla este concepto en su artículo “Post-nationalism and the Quest for Constitutional Substitutes”, *Journal of Law and Society*, vol. 27, no. 1, Marzo, 2001, pp. 178-217.

12. No examinamos en el presente ensayo el concepto de gobernanza en su dimensión interna. Simplemente mencionaremos que dicho concepto alude ya sea a una nueva forma de concebir la conducción de los asuntos colectivos de una sociedad “más allá del Estado”, es decir, con la corresponsabilidad de actores no-estatales; o bien se asocia a la noción de “good governance”, ligada a las recomendaciones del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, dirigidas a los Estados para lograr la estabilidad económica y el cambio estructural (entre las cuales se encuentran dos que han abierto debates importantes y de relevancia para el derecho público, como lo son las privatizaciones y la llamada “nueva” regulación).

13. Keohane, Robert y Nye, Joseph, “Introduction” en Nye, Joseph y Donahue, John (eds.), *Governance in a Globalizing World*, Cambridge USA, 2000, p. 12.

está siendo complementado con otros actores- privados y del “tercer sector” (por esto entienden, fundamentalmente, las ONGs), en una geografía más compleja. Así, para ellos el Estado nación es aún el actor más importante en el escenario de la política global, pero no es el único actor importante, y el resultado de ello es la transformación del propio Estado nación y la creación de política en nuevos espacios de competencia.¹⁴

Por otro lado, y ante la imposibilidad de un gobierno mundial, Keohane y Nye ven una solución intermedia para resolver problemas de gobernanza global: un conjunto de prácticas que mejoren la cooperación y creen válvulas de seguridad para canalizar presiones políticas y sociales, consistente con el mantenimiento de los Estados nación como la forma fundamental de organización política. No obstante, al lado de éstos, existen hoy un conjunto heterogéneo de agentes, privados y públicos, que contribuyen a la generación de orden y a la conducción de asuntos a nivel global, cuya eficacia depende de las redes en que se encuentran inmersos y la posición que ocupen dentro de dichas redes. Asimismo, se trata de redes de gobernanza en las que ninguna jerarquía es dable a ser aceptable o efectiva.¹⁵

Podemos afirmar entonces que la llamada gobernanza global involucra complejas interacciones entre Estados, organizaciones intergubernamentales, y actores no-estatales de diversa índole (como empresas transnacionales y ONGs internacionales), que tienden a generar orden y a organizar la acción colectiva, para así atender los problemas globales.

El escenario planteado por los fenómenos, procesos y actores vinculados con el concepto de gobernanza global nos obliga a intentar una interpretación, si no es que un diagnóstico, desde la perspectiva del derecho público. Esto es así, en razón de que con aquél se ven afectados ciertos presupuestos que el derecho público tenía plenamente resueltos dentro de su esquema tradicional: ¿Quién crea el Derecho?: el Estado; ¿dónde ocurre la política?: en el Estado o entre Estados. Sin embargo, lo que aquí hemos afirmado acerca de la gobernanza global nos muestra indicios que inducen a por lo menos revisar los esquemas conceptuales tradicionales.

Ahora bien, debemos también mencionar que ya desde los años ochenta del siglo XX Sorensen observaba la emergencia de un campo formado por estructuras organizacionales creadas a nivel internacional a través de tratados, que no solamente prescriben ciertas reglas de conducta para los Estados que son parte, sino que además

14. Se refieren a estas estructuras de gobernanza como “networked minimalism”. “Networked-because globalism is best characterized as networked, rather than as a set of hierarchies. Minimal- because governance at the global level will only be acceptable if it does not supersede national governance and if its intrusions into the autonomy of states and communities are clearly justified in terms of cooperative results.” *Ibid.*, pp. 12-14.

15. *Ibid.*, p. 14.

crean órganos a los que se les otorgan ciertos poderes. Una parte esencial de esos tratados consiste en reglas relativas a competencias, que por medio de criterios positivos o negativos determinan los poderes de los órganos. A ese campo, Sorensen le dio el nombre de “órdenes jurídicos autónomos a nivel internacional”.¹⁶ Es decir, a través de tratados, ciertos órganos reciben de los estados atribuciones para realizar ciertas tareas, y para ello emplean ciertas formas jurídicas y establecen límites jurídicos, lo cual constituye fenómenos jurídicos que son similares-dice Sorensen-a las constituciones de los Estados.¹⁷

De manera interesante, Sorensen se pregunta si las organizaciones internacionales individuales, dentro del sistema internacional, pueden ser identificadas como sub-sistemas autónomos; ante lo cual –sostiene el referido autor– la investigación debe dirigirse a descubrir si existen características especiales que hacen posible la identificación de sub-sistemas autónomos. Así, para Sorensen, tales características tendrían que ser detectadas sobre todo en los campos de creación y aplicación de derecho y de resolución de disputas.¹⁸

Consideramos que la indicación de Sorensen es particularmente útil, en razón de que nos da criterios jurídicos y formales para determinar el carácter “semi-autónomo” de un orden jurídico creado a nivel internacional. Con base en esa orientación, podemos adelantar la premisa de que en el horizonte mexicano se puede ver al menos cuatro órdenes jurídicos a nivel internacional en los que existen órganos que crean y aplican derecho de manera autónoma, y cuyas decisiones son vinculantes para el Estado mexicano: los órganos de resolución de disputas de la OMC; los órganos de resolución de disputas del Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y los del Capítulo 19 del propio TLCAN y, en otro ámbito, con otra cobertura, y respecto de otros sujetos y objetos de protección, los órganos de protección de derechos humanos en el ámbito interamericano. Además, debemos sumar a esta lista la influencia que algunas instituciones de la gobernanza global económico-financiera han ejercido sobre el cambio normadito en México: se trata del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional.¹⁹

16. Sorensen, Max, “Autonomous Legal Orders: Some Considerations Relating to a Systems Analysis of International Organizations in the World Legal Order”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 32, parte 3, julio, 1983, p. 562.

17. *Ibid.*, pp. 562-563.

18. Cabe señalar que la conclusión de Sorensen es que efectivamente, existe una multitud de sistemas independientes, lo que le lleva a preguntarse si eso lleva a la fragmentación del orden jurídico universal. Sin embargo, ve evidencia de que el orden jurídico internacional engloba a la gran variedad de órdenes jurídicos autónomos como sub-sistemas. Existen mecanismos que sirven para entrelazar los sub-sistemas jurídicos y combinarlos en sistemas superiores, incluso cuando no hay una integración formal. *Ibid.*, p. 564 y 575-576.

19. Stephen Zamora, ha observado lo que denomina ‘presiones legislativas desde arriba’, refiriéndose con ello a la in-

Si la creación y aplicación de derecho por parte de dichos órganos incide o tiene el potencial de incidir de alguna forma en los arreglos constitucionales de los Estados nacionales, entonces podremos identificar otro de los puntos clave que forman parte del planteamiento que el presente ensayo pretende presentar para la discusión.

IV. Retos del derecho público en el contexto de la globalización

La realidad del derecho en la era de la globalización nos presenta un escenario como el siguiente: ahora los órdenes jurídicos nacionales coexisten con otros órdenes a nivel supra o internacional; asimismo, esos órdenes jurídicos entran en complejas y múltiples interacciones verticales y horizontales, formales e informales. Por otra parte, cada vez se da con mayor fuerza una práctica jurídica internacional en gran escala, que implica desde servicios de asesoría, transacciones y mecanismos de resolución de disputas, hasta la estructuración y operación de redes transnacionales de defensa en el ámbito de derechos humanos; y sucede también que ha habido una gran expansión del llamado ‘soft law’ (no vinculante pero en muchos casos eficaz), en cuya producción participan en muchos casos actores no estatales; y, finalmente, ocurre que la interpretación constitucional en el mundo está tomando un carácter cada vez más cosmopolita, al tiempo que la “jurisprudencia comparada” asume un lugar central en las decisiones de la justicia constitucional.²⁰

De hecho, sostenemos que es posible plantear una serie de hipótesis, que de verificarse en la realidad plantean problemáticas que las categorías tradicionales del derecho público no pueden resolver. En este sentido, consideramos que dichas categorías (que en su conjunto integran lo que podríamos llamar el modelo tradicional del Estado constitucional y democrático de derecho), enfrentan problemas importantes

fluencia que instituciones como el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial (BM) o el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) ejercen sobre países como México, al impulsar en ellos reformas jurídicas e institucionales. En este sentido, afirma Zamora que si bien es cierto que estas actividades no implican una asignación de poder legislativo *per se* a las autoridades supranacionales, muestran cómo la competencia legislativa se ve influida por agencias más allá de las instituciones del gobierno nacional. E incluso, en el caso de México, afirma que estas instituciones financieras internacionales casi parecen ser como una cuarta rama del gobierno, influyendo el curso de la regulación económica en formas que la mayoría de la gente en los EUA encontrarían completamente inapropiada. Zamora, Stephen, “Allocating Legislative competence in the Americas: the Early Experience under NAFTA and the Challenge of Hemispheric Integration”, *Houston Journal of International Law*, vol. 19, no. 3, 1997, pp. 640-641.

20. Ver Reimann, Mathias, “Centennial World Congress on Comparative Law: Beyond National Systems: A Comparative Law for the International Age”, *Tulane Law Review*, vol. 75, 2001, p. 1108; y Choudhry, Suji, “Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation”, *Indiana Law Review*, vol. 74, 1999, p. 820.

cuando se les confronta con hipótesis como las siguientes:

- A. Si existen procesos de ‘trasplante jurídico’, ‘difusión del derecho’, ‘circulación de instituciones jurídicas’ que rompan o por lo menos debiliten la idea de un sistema jurídico nacional que expresa los ideales nacionales y la unidad de la cultura de la nación. Pensemos, por ejemplo, en ciertos modelos normativos que ponen en circulación y promueven instituciones como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, en donde la asistencia financiera se vincula a la asistencia técnica que tiene impactos relevantes en los sistemas jurídicos de muchos países. En este tema, Fix y Ayllón han vinculado la significativa reforma institucional ocurrida en los países de la región desde el inicio de los ochenta del siglo pasado, a los severos programas de ajuste diseñados, promovidos y monitoreados por organizaciones financieras internacionales como el BM y el FMI, lo que en algunos casos-afirman- implicó reformas constitucionales sustanciales, así como la entrada al esquema de la OMC.²¹
- B. Si existen instancias en las cuales, si bien el derecho doméstico parece ser genuinamente elaborado “en casa”, de hecho no es sino una normativa diseñada “afuera” a nivel de organismos internacionales de carácter intergubernamental, por parte de equipos de administradores y servidores públicos nacionales e internacionales.²²
- C. Si es posible identificar formas de poder, con el potencial de afectar derechos fundamentales de las personas, que son distintas al poder estatal.²³
- D. Si es posible encontrar al lado del Estado, nuevos sitios de autoridad que reclaman capacidad regulatoria, así como autoridad jurídico-normativa superior y de última instancia, en materias que tradicionalmente han pertenecido al Estado.²⁴
- E. Si es posible encontrar circunstancias en que el Estado no es poder indisputado

21. Reportan Fix-Fierro y Ayllón que entre diciembre de 1982 y abril de 1996, de un total de 198 leyes federales, 99 fueron renovadas, 57 reformadas (en algunos casos de manera extensa), y solamente 42, de importancia menor, permanecieron sin cambios. Es decir, cerca de 80 por ciento de la legislación federal mexicana fue totalmente nueva o modificada en un lapso de 15 años. Sin embargo, no especifican cuáles reformas constitucionales se realizaron en México en este contexto. Fix-Fierro, Héctor y López-Ayllón, Sergio, “The Impact of Globalization on the Reform of the State and The Law in Latin America”, *Houston Journal of International Law*, vol. 19, no. 3, 1997, pp. 792-795.

22. Uso aquí una hipótesis de Delbrück, quien afirma que esto es precisamente lo que está sucediendo en muchas áreas. Ver Delbrück, Jost, “Exercising Public Authority Beyond the State: Transnational Democracy and/or Alternative Legitimation Strategies?”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 10, no. 29, 2003, pp. 29-30.

23. Aludimos aquí al poder de grandes empresas transnacionales o a órganos como el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

24. En el contexto mexicano, pensamos por ejemplo en los tribunales arbitrales del Tratado de Libre Comercio de América del Norte en materia de protección de la inversión extranjera (Capítulo 11) y en materia *anti-dumping* (Capítulo 19).

y supremo para prevalecer en todo caso, dentro del territorio respectivo; y con capacidad de excluir a actores externos en las configuraciones domésticas de autoridad; si existe algún régimen normativo que niegue al Estado el control exclusivo de personas o bien de recursos materiales e institucionales dentro de sus fronteras territoriales; y si además es posible encontrar circunstancias en que el Estado no tenga la exclusividad en la producción de Derecho.²⁵

- F. Si hay normas de contenido constitucional que no están en el texto de la constitución; si la Constitución no es necesariamente la norma de jerarquía superior en un sistema jurídico y si aparte de la constitución existen otras normas que puedan servir como parámetro para ejercer un control normativo y en su caso expulsar normas del sistema; si existen órganos de última instancia, más allá del juez constitucional nacional, que realicen tal función de control normativo; si el juez constitucional no solamente aplica la Constitución nacional, sino otro tipo de normas; y si hay otras normas, aparte de la Constitución, que sirvan para determinar el significado del resto de las normas del sistema.²⁶

Si una, varias o todas estas hipótesis se dan en la realidad, entonces estamos ante un cambio profundo en el objeto de estudio del derecho público en general y del derecho constitucional en particular, como hasta ahora los hemos entendido, lo cual requiere de una revisión por el posible impacto que dicho cambio pueda tener en las dimensiones descriptiva- explicativa y prescriptiva del modelo de Estado constitucional y democrático de derecho, a nivel de la teoría y la dogmática constitucionales, y también del derecho constitucional comparado.

V. Elementos para el diseño de una agenda de investigación

Si es verdad que los procesos asociados a la globalización y la gobernanza global presentan problemas que concepciones tradicionales del derecho constitucional y el derecho internacional no pueden resolver, ¿cómo generar nuevas categorías? En el presente ensayo proponemos dirigir nuestra atención a tres esferas en las que podrían

25. Como ejemplo de este fenómeno, podemos citar, además de los ya referidos tribunales arbitrales del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

26. El ingreso de México al sistema interamericano de protección de los derechos humanos, con todas sus implicaciones y consecuencias, está llevando a que estas hipótesis se conviertan en una realidad del sistema jurídico nacional.

encontrarse “ladrillos” para ir construyendo una visión que responda a las necesidades y realidades actuales, a saber: 1. teorías del derecho “no jerárquicas”; 2. El examen de concepciones jurídicas generadas en etapas históricas en las que, como en la Edad Media, se dio la co-existencia de órdenes jurídicos (el *ius commune* y el *ius proprium*); y 3. Buscar en el derecho constitucional comparado “soluciones” a situaciones de co-existencia de órdenes jurídicos en un mismo espacio (por ejemplo, en los sistemas federales).

1. Teorías del derecho “no jerárquicas”

Como señalan Kerchove y Ost, si alguna representación hay que parece dominar el pensamiento jurídico es, sin duda, la idea de que el derecho es un sistema fundamentalmente jerarquizado. Y una de las consecuencias de ello sería aparentemente que la aplicación de una norma jurídica constituye una actividad subordinada a su creación y que entre ellas sólo puede existir una relación puramente lineal y jerárquica, fundándose siempre la inferior en la superior que la determina. Se trata de una representación que se puede calificar como de ‘sistematicidad lineal’ (en la concepción tradicional de sistema jurídico, uno de cuyos máximos exponentes ha sido Kelsen).²⁷

¿Hay alguna alternativa a esta representación del Derecho?

Algunos autores hablan de ‘sistematicidad circular’; otros de ‘jerarquías enredadas’, que sin prescindir del todo del elemento lineal del modelo tradicional, introducen factores de retroalimentación e intercomunicación.²⁸ Podría explorarse las posibilidades de este tipo de alternativas, y su posible utilidad para aplicarse en la generación de un discurso de coordinación entre jurisdicciones.

Vale la pena mencionar que en la práctica judicial mexicana, se puede percibir ya intentos por conceptualizar de una manera distinta al artículo 133 constitucional, que

27. Kerchove, Michel Van de y Ost, Francois, *El Sistema Jurídico Entre Orden y Desorden*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1997, p. 102.

28. *Ibid.*, pp. 102-104.

tradicionalmente se ha entendido en términos de jerarquía normativa. En efecto, en el voto particular del Ministro Juan Silva Meza en relación con el amparo en revisión 120/2002 se puede ver el desarrollo de una interpretación no jerárquica de dicho artículo. En este sentido, afirma el Ministro Silva que el artículo 133 de la Constitución mexicana, más que configurar un sistema de jerarquía normativa, prevé la existencia de una tipología de normas, que no necesariamente atiende a un principio de jerarquización, excepto por lo que hace a la Norma Fundamental que constituye la base de todo el sistema jurídico, en virtud de que en relación con sus postulados opera el principio de supremacía constitucional, en términos expresos del propio numeral en mención. Así, lo que establece el 133 es que, de una parte, los tratados internacionales que son incorporados al sistema jurídico mexicano se convierten en derecho interno y, de otra, que las disposiciones de la Constitución tienen primacía respecto de la legislación estatal, al tenor de su párrafo segundo.

Es decir, el artículo 133 de la Constitución mexicana establece las normas del sistema jurídico mexicano, pero no consagra una jerarquización, ya que “no hace depender la validez de todas las disposiciones secundarias a su conformidad con los tratados y las leyes reglamentarias, caso contrario a lo que sí sucede en relación con las disposiciones iusfundamentales y estos últimos.” Pero reconoce que la única jerarquía que hay en el 133 es la de la Constitución General de la República, frente a todo el sistema jurídico.

Razona el Ministro Silva Meza:

“A mi entender, la solución que debió adoptar el Pleno pasaba por distinguir, como cuestión previa y de enorme trascendencia, que en un conflicto de antinomias la primacía que opera para que una disposición prevalezca en el caso concreto por encima de otra, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debido a diferentes razones.

De esta forma, primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados; aquella, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la

consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla, dentro del proceso evolutivo graduado de creación normativa.”

Por otra parte, y para avanzar en este camino, el Ministro Silva propone un principio de interpretación mediante la apertura al derecho internacional, que “es producto del innegable desarrollo de lo que la doctrina contemporánea ha denominado el constitucionalismo global, que supone el asentamiento del sistema jurídico-político internacional en las relaciones entre el Estado y el pueblo -ya no únicamente en el clásico esquema de relaciones horizontales entre Estados-; el surgimiento de un *ius cogens* derivado de declaraciones internacionales que consagran principios, valores y reglas universales y, finalmente, la protección de la dignidad humana como presupuesto intangible de cualquier constitucionalismo democrático.”

Asimismo, considera el Ministro Silva que para la implementación de este principio interpretativo de apertura, es necesario acudir a la figura del bloque de constitucionalidad o bloque de la constitucionalidad, mismo que encuentra su origen en el propio texto constitucional, o más exactamente en la apertura política en la que incurren las constituciones, cuando establecen expresamente los principios estructurales que identifican a su ordenamiento jurídico respectivo:

“El bloque de la constitucionalidad no constituye una mera abstracción jurídica en el seno de la Constitución, sino una remisión constitucional que, al alcanzar a aspectos vitales de la estructura del sistema normativo, requiere o permite ser completada por otras disposiciones a las que la Norma Fundamental habilita para realizar esa función jurídica de cierre político.”

“El punto de partida del bloque constitucional siempre se encuentra en la Constitución, siendo su punto de llegada las disposiciones a las que mediante un reenvío constitucional, determinan la estructura del sistema o definen el contenido de una estructura ya fijada en la norma suprema. Luego, tratándose del bloque constitucional resulta irrelevante la ubicación jerárquica de las normas destinatarias de la remisión; bien puede ser constitucional, o infra constitucional.”

Finalmente, para Silva Meza:

“La instrumentación del principio interpretativo de apertura mediante el bloque

de constitucionalidad generaría que el conflicto de dos normas con distinto origen de producción no sea tratado como un problema de validez, sino de aplicación, esto es, no debería examinarse qué ordenamiento debe prevalecer, sino cuál debe desplazar al otro por un principio de preferente aplicación normativa por especialidad.

En este sentido, la inaplicación o desplazamiento de la norma de un tratado no denota un juicio de validez, sino un estudio sobre su eficacia y aplicabilidad para regular determinados supuestos, debido a su pertenencia a distintos sistemas jurídicos.”

Podemos ver aquí un esfuerzo por entender la relación entre derecho nacional y derecho internacional, en términos distintos a los jerárquicos. ¿Hasta dónde es posible llevar este esfuerzo?

2. El examen de concepciones jurídicas generadas en etapas históricas en las que, como en la Edad Media, se dio la co-existencia de órdenes jurídicos (el *ius commune* y el *ius propium*)

El *ius commune* es el cuerpo normativo y de doctrina integrado a partir del siglo XII en Europa, que vino a conformar una cultura jurídica común en el espacio europeo, de raíces romanas, desarrolladas por glosadores y comentaristas. Dicho cuerpo suponía la existencia de dos niveles normativos y de autoridad:

1. Un nivel ‘universal’: correspondiente al Sacro Imperio Romano Germánico (encarnado en el Emperador) y con aspiraciones de lograr una unidad normativa (*ius commune*); y
2. Un nivel ‘particular’: correspondiente las estructuras de autoridad de los distintos reinos integrantes del Imperio (personificados por reyes y príncipes), tendiente a la fragmentación normativa (*ius propium*).

El *ius commune* medieval, que tuvo una dimensión transnacional conducente a su adaptación diferenciada en los espacios político-territoriales en que pretendió operar, implicó la recepción de:

- a. un conjunto normativo dotado de un contenido terminológico y conceptual
- b. La incorporación de una técnica de razonamiento jurídico

c. Un método para la argumentación lógica²⁹

Lo que deseamos proponer en este apartado, es que aproximarse a fuentes primarias de autores medievales, testigos presenciales del fenómeno *ius commune-ius proprium* medieval y su problemática, podría ser útil para construir categorías que respondan a las necesidades y problemática actual. En este sentido, vale la pena recordar a autores como Bártolo de Sassoferrato (1315-1357) y Baldo de Ubaldi (1327-1400), ambos “Comentaristas” del siglo XIV, quienes con su labor estaban integrando elementos procedentes de diferentes bloques normativos y construyendo por vía de la interpretación normas e instituciones jurídicas nuevas, en un proceso que tomaba como punto de referencia la práctica del derecho y los problemas de la sociedad. Por otro lado, la labor de autores como Bártolo y Baldo significaron cauces de penetración y difusión de la cultura jurídica de tradición romanística en los medios relacionados con la enseñanza y prácticas del derecho.³⁰ Y es que los juristas del siglo XIII y XIV, que se encuentran en el origen del *ius commune*, se enfrentaron al problema de cómo introducirlo en la práctica: ¿cómo lo hicieron?; ¿qué conceptos y categorías jurídicas crearon para hacerlo? Esta es una línea de investigación que podría ser útil seguir, si bien bajo la óptica de la problemática actual.

El examen de los problemas de co-existencia del *ius commune* y el *ius proprium* puede ayudar a identificar fórmulas jurídicas o de manera más general, un lenguaje para ordenar dicha co-existencia. Por ejemplo, en Francia, la Corona de manera temprana empezó a consolidarse como representante de la soberanía nacional. Por ello es que la ‘recepción’ del *ius commune* en dicho país resultaba más ‘incómoda’ que en otros lugares, pues recordemos que detrás del *ius commune* estaba la autoridad del Sacro Imperio Romano-Germánico y del Papa. Frente a esta situación, los juristas franceses idearon una fórmula de conciliación bien conocida en la historia del derecho medieval: desde la perspectiva de la potestad real, se postuló que: *rex imperator in regno suo* (el rey es el emperador en su reino); en tanto que desde la perspectiva de la vigencia del derecho romano: *non razione imperi sed imperio rationis* (no la razón del imperio sino el imperio de la razón).³¹

Por otro lado, conviene recordar que el *ius commune* fue decantándose como principios generales de derecho que permitía su aplicación directa en la práctica

29. Fernández Barreiro, Alejandrino, “Un Derecho sin Espacios: Derecho Romano, *Ius Commune* y Derecho Común Europeo”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, no. 8, 2004, p. 313.

30. *Ibid.*, p. 316.

31. *Ibid.*, p. 318.

judicial y que podía servir para informar la legislación de los estados en particular. En este sentido, nos explica Fernández Barreiro:

“El derecho romano enseñado en los centros universitarios se considera válido como aprendizaje de los principios racionales de justicia y equidad, así como de las reglas de una refinada técnica jurídica; se admite que el conocimiento de esos principios prepara al jurista para una más recta comprensión de las costumbres en vigor y, a falta de apoyo normativo de éstas o en el derecho regio, pueden aquéllos utilizarse también en la práctica judicial.”³²

Por último, y en esta misma línea, podemos identificar en fuentes medievales un principio que sirvió para expresar la unidad indisoluble del derecho romano y el derecho canónico como característica del *ius commune*: *Utrumque ius* (uno y otro derecho),³³ que autores contemporáneos han denominado “principio de subsidiariedad recíproca”.³⁴ ¿Podría construirse un “principio de subsidiariedad recíproca” que sirviera para organizar las relaciones entre órdenes jurídico-normativos que existe en el mundo actual?

3. Buscar en el derecho constitucional comparado “soluciones” a situaciones de co-existencia de órdenes jurídicos en un mismo espacio

El derecho comparado puede ser otra veta a explorar en busca de conceptos y técnicas que sirvan para mediar conflictos y organizar el contexto de pluralismo normativo existente en la actualidad. Un ámbito obvio para emprender esta tarea se encuentra en los sistemas federales. Es decir, en éstos se puede encontrar doctrinas y fórmulas para ordenar la co-existencia de órdenes jurídicos y de interacción entre tribunales adscritos a los diversos órdenes. Tal es la propuesta de Ernest A. Young, quien con la clara intención de construir diques a la expansión de la jurisdicción de los tribunales internacionales en relación con los EUA, propone acercarse al debate “interjurisdiccional” norteamericano y tomarlo como modelo para construir una relación adecuada entre tribunales internacionales y tribunales de su país.³⁵

32. *Idem*.

33. Castro-Camero, Rosario de, “*Ius Commune*: Fundamento del Derecho Común Europeo e Iberoamericano. Breve aproximación”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XLIII, núm. 128, mayo-agosto 2010, pp. 671-700.

34. Fernández, *op. cit.*, p. 315.

35. Young, Ernest A., “Institutional Settlement in a Globalizing Judicial System”, *Duke Law Journal*, vol. 54, 2005, pp. 1143-1261

Young comienza por identificar la necesidad de desarrollar doctrinas y prácticas institucionales para mediar el conflicto entre instituciones supranacionales y domésticas. Ante esto, observa que los juristas de los EUA han examinado por muchos años problemáticas similares, al operar un sistema dual de justicia, dos sistemas paralelos de tribunales, cada uno con competencia para aplicar dos sistemas jurídicos paralelos.³⁶ Después de notar que este campo ha sido dominado por un paradigma en particular, el de la “Escuela del Proceso Legal” (*Legal Process School*) cuyos pioneros fueron Hart, Wechsler y Albert Sacks, sostiene que el desarrollo de reglas inter-jurisdiccionales en relación con tribunales supranacionales y domésticos, puede encontrar luz en dicho paradigma.³⁷ Propone una nueva agenda de investigación, consistente en extender las categorías generadas en el ámbito inter-jurisdiccional del sistema federal de EUA hacia afuera.

De esta manera, Young propone examinar las reglas de justiciabilidad, como las que se encuentran en las doctrinas sobre legitimación procesal, sobre la “madurez” de los asuntos (*ripeness*);³⁸ o sobre la irrelevancia jurídica de un caso (*mootness*), mismas que determinan quiénes pueden acudir a un tribunal y en qué momento, y limitan las oportunidades de los tribunales para ejercer sus atribuciones. Asimismo, Young se refiere a reglas de abstención, agotamiento de los recursos y no-interferencia, las cuales son una serie de doctrinas que los tribunales federales han desarrollado para proteger a los tribunales de los Estados de la interferencia de los tribunales federales. Por otra parte, menciona el desarrollo de ciertos criterios de revisión a que deben atenerse los tribunales federales sobre las decisiones de los tribunales de los Estados; y reglas de deferencia entre tribunales federales y estatales; reglas sobre cosa juzgada y reconocimiento de sentencias; y prevalencia del derecho federal (*preemption*).³⁹

Ahora bien, Young emprende su estudio con el ánimo de encontrar un lenguaje que permita construir diques y obstáculos doctrinales y procesales a la expansión de la jurisdicción de los tribunales internacionales. Nosotros estamos lejos de esa intención. Sin embargo, del trabajo de Young retomamos el punto relativo a la elaboración de una agenda de investigación que nos parece interesante: el examen de las doctrinas desarrolladas en los Estados federales que tienen sistemas duales de tribunales para

36. *Ibid.*, p. 1148.

37. El libro de referencia es Richard H. Fallon, Jr., John F. Manning, Daniel J. Meltzer, David L. Shapiro, *Hart and Wechsler's The Federal Courts and the Federal System*, Westlaw, 6a edición, EUA, 2009.

38. “Ripeness” es el principio según el cual los tribunales federales de EUA requieren que exista una controversia real y actual, por lo que se abstendrán de actuar si el asunto es hipotético o si la existencia de la controversia es meramente especulativa.

39. Cuándo el derecho federal desplaza y prevalece sobre el derecho de los Estados.

mediar el conflicto entre dichos sistemas, puede ser útil para generar categorías que contribuyan a organizar las relaciones entre tribunales internacionales y domésticos, en el contexto de la globalización y la gobernanza global al que nos hemos referido en el presente ensayo.

Los rasgos de lo que pudiera ser un *ius commune* latinoamericano sobre derechos humanos no son auto-evidentes y requieren de un esfuerzo de reflexión y construcción jurídica. Un primer cimiento de dicha categoría está conformado por los instrumentos normativos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pero más allá de éstos, la discusión debe dirigirse hacia las posibilidades que esta categoría puede ofrecer. Para estimular dicha discusión, me atrevo a hacer cinco afirmaciones sobre el concepto de *ius commune* latinoamericano en derechos humanos. Son cinco afirmaciones destinadas a provocar el debate, más que a asentar certezas:

1. El *ius commune* latinoamericano en derechos humanos puede ser un cuerpo normativo y de doctrina, enfocado a conformar una cultura jurídica común en el espacio latinoamericano.
2. Entre los retos del proyecto del *ius commune* está:
 - a. El conformarse como un conjunto normativo dotado de un contenido terminológico y conceptual propio
 - b. La incorporación de una técnica de razonamiento jurídico
 - c. Y de un método para la argumentación lógica
3. El diálogo e interacción entre la actividad judicial y la doctrina puede contribuir a integrar elementos procedentes de diferentes bloques normativos y así construir por vía de la interpretación normas e instituciones jurídicas nuevas, que mejoren la protección de los derechos humanos en nuestros países.
4. El proyecto del *ius commune* en América Latina debe plantearse la siguiente pregunta: ¿cuáles son los posibles cauces de penetración y difusión de su propuesta (cultura jurídica) en los medios relacionados con la enseñanza y la práctica del derecho?
5. El *ius commune* latinoamericano puede llegar a conformarse como principios racionales de justicia y equidad y reglas de una refinada técnica jurídica, que prepare al jurista para una más recta comprensión y aplicación del derecho propio.

VI. Conclusión

Considero que al hablar del *ius commune* latinoamericano en derechos humanos debemos plantearnos dos preguntas: ¿qué es el *ius commune*? y ¿qué puede ser? Lo digo así, porque lo que el proyecto de investigación se ha planteado es reflexionar sobre las posibilidades de construcción de un concepto que sirva para describir un fenómeno que está ocurriendo en el ámbito inter-americano (la construcción de una comunidad jurídica alrededor de la Convención Americana de Derechos Humanos y sus órganos de garantía); y también que sea útil para arrojar luz acerca de los posibles caminos que este fenómeno puede tomar.

¿Qué es el *ius commune*? En primer lugar, podemos mencionar que los países del sistema interamericano de derechos humanos comparten en sus constituciones una serie de valores comunes, centrados en la dignidad de la persona humana y los derechos que de ella irradian. En segundo lugar, existe un bloque normativo común a los Estados adscritos al sistema interamericano de protección de los derechos humanos: la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¿Puede ser algo más que eso?, ¿Puede tener su dogmática y aun su ciencia, tal y como el Estado constitucional y democrático de derecho centrado en el estado nación las ha tenido?, ¿puede generar técnicas y métodos de argumentación que le sean característicos?, ¿qué más podría ser el *ius commune* latinoamericano en materia de derechos humanos?

En mi opinión, estas preguntas proporcionan la materia que alimenta la reflexión teórica en esta materia. Será conveniente continuar en el esfuerzo de consolidación de la red académica global que ha venido trabajando en esta temática y de su ampliación a través de la incorporación de otras comunidades académicas que hoy por hoy investigan sobre temas parecidos y afines. Temas que tienen que con las posibilidades de construir una cultura jurídica común en materia de derechos humanos, que informe y alimente los sistemas jurídicos propios de cada país de la región latinoamericana; y que a la vez se nutra de los impulsos e ideas de nuestros países, comprometidos cada vez más con la defensa y protección de los derechos humanos.

Formación y transformación del sistema presidencial en América Latina. Una reflexión sobre el *Ius Constitutionale Commune Latinoamericano*¹

Diego Valadés

SUMARIO: 1. Explicación; 2. El sistema presidencial estadounidense; 3. El sistema presidencial francés; 4. El sistema presidencial latinoamericano contemporáneo; 5. Reflexiones finales.

I. Explicación

En la elaboración de este ensayo ha sido clave el estudio pionero en México para sistematizar los factores constitucionales del presidencialismo, realizado por Jorge Carpizo. Por décadas el estudio acerca del sistema presidencial en México atrajo sobre todo a historiadores, politólogos y sociólogos, y si bien los estudiosos del derecho constitucional abordaron con amplitud el papel dominante del presidente, fue a partir de la magistral monografía *El presidencialismo mexicano*, del gran jurista Jorge Carpizo, que el tema fue tratado a fondo con las herramientas del derecho constitucional.

1. Una versión anterior de este trabajo ha sido publicada en Bogdandy, Armin von, Héctor Fix-Fierro y Mariela Morales Antoniazzi (Coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina, Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM e Instituto Max Plank de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, México, 2014.

Publicada en 1978,² la obra del admirado constitucionalista fue objeto de atención inmediata. La sistematización del poder presidencial, diferenciando sus bases normativas y su expresión fáctica, contribuyó a comprender mejor su dimensión y a proponer las opciones para corregir sus desviaciones. Algunas conductas procedían de la lectura abusiva de la norma; otras se originaban en la fragilidad de un ordenamiento sujeto al entramado institucional que giraba en torno a la hegemonía de un partido dominado a su vez por una persona: el presidente de la república.

A los factores endógenos que propiciaban y acentuaban los efectos de la concentración del poder se sumaban las peculiaridades propias de cada personalidad, más las externalidades del entorno cultural y económico, y de la política exterior. Este último factor influyó de una manera importante y el estudio de sus múltiples implicaciones está todavía pendiente. Se requerirá, entre otras cosas, una detenida investigación documental en los archivos de la cancillería mexicana y de varios repositorios extranjeros, así como los reportes de diversas agencias internacionales de seguridad, en especial a partir de 1948, año de la integración de la Agencia Central de Inteligencia de Estados Unidos.

El presidencialismo mexicano se fraguó y desarrolló en el periodo de la gran depresión económica estadounidense, de la Segunda Guerra Mundial y de la guerra fría. El mexicano no fue el único sistema que resintió los efectos de ese contexto internacional. En otros lugares de América Latina se padecieron consecuencias de extrema concentración de poder, igual que en México, pero con el agravante de haber desembocado en dictaduras militares. En el periodo de la guerra fría, de 1945 a 1989, los dos únicos países del hemisferio que no padecieron regímenes castrenses fueron Costa Rica y México.

En este estudio me propongo examinar algunas de las fuentes genéticas de los sistemas presidenciales en América Latina, para apuntar al final las tendencias hacia su racionalización que se advierten en la actualidad. Este es el campo de interés que ha promovido de manera sobresaliente el profesor Armin von Bogdandy al investigar lo que identifica como *ius constitutionale commune* latinoamericano. La fructífera tradición comparatista que nutre la doctrina del hemisferio se enriquece ahora con la preocupación del profesor de Heidelberg por identificar los elementos características del derecho constitucional en el hemisferio a partir de las resoluciones jurisprudenciales. También ha mostrado que es posible ampliar el horizonte de la indagación a las fuentes de inspiración y a los procedimientos de construcción normativa, que incluyen objetivos, conceptos y contenidos compartidos.

2. Tiene 16 ediciones en español y ha sido traducida al alemán y al italiano.

II. El sistema presidencial estadounidense

De manera general se acepta que el sistema presidencial latinoamericano procede de Estados Unidos. Esto es evidente, porque el primer sistema presidencial fue el de ese país, y los primeros en adoptarlo y en adaptarlo, fueron los países identificados como *latinoamericanos*.³ Cuando aludo a su *adaptación*, es por la gran diferencia contextual del sistema presidencial en Estados Unidos y en América Latina.

Es bien sabido que la célebre obra *El Federalista* ofrece la interpretación por excelencia del texto constitucional. La aprobación de esa Constitución mediante referéndum obligó a un gran esfuerzo explicativo impulsado por Alexander Hamilton, John Jay y James Madison.

Hamilton planteó que “la suprema autoridad ejecutiva” recayera en un Gobernador designado de manera vitalicia. La permanencia en el cargo de este gobernador quedaría sujeta a su buena conducta, por lo que su desempeño terminaría con la muerte, con la renuncia o con la destitución. En esta figura de un gobernador vitalicio está presente una de las notas características de los monarcas. La gran diferencia con la monarquía consistía en que el gobernador no tendría derechos dinásticos. Aun cuando la iniciativa de Hamilton fue derrotada, indica que el diseño de la figura presidencial tuvo como base la estructura de la corona británica.

El constitucionalismo estadounidense influyó en otros países por las instituciones que creó, pero también por el procedimiento parlamentario adoptado para el debate. Cuando los convencionistas se dieron a la tarea de construir la Constitución federal ya tenían más de dos lustros de experiencia parlamentaria y habían debatido acerca de cuestiones tan relevantes como el pacto de Asociación Continental, la Declaración de Independencia y los Artículos de Confederación.

3. La expresión *Amérique latin* comenzó a ser utilizada en Francia a mediados del siglo XIX. Todo indica que el poeta colombiano José María Torres Caicedo, muy conocido en los círculos intelectuales de Francia y de Inglaterra, fue el primero en emplear la expresión América latina en su poema Las dos Américas, publicado el 15 de febrero de 1857 en *El Correo de Ultramar*, un “periódico político, literario, mercantil e industrial” editado en París de 1843 a 1886, y con amplia difusión en los países hispanohablantes de América y en Nueva York. Una de sus estrofas dice así:

“Mas aislados se encuentran, desunidos, / Esos pueblos nacidos para aliarse./ La unión es su deber, su ley amarse./ Igual origen tienen y misión;/ La raza de la América latina./ Al frente tiene la sajona raza,/ Enemiga mortal que ya amenaza/ Su libertad destruir y su pendón.”

El uso de la expresión *América latina* fue impulsado por el gobierno de Napoleón III para denotar la vinculación cultural entre Francia y los países colonizados por España y Portugal, marcando así una diferencia con relación a los de matriz anglosajona. En inglés se tienen registros del uso de *Latin American*, como adjetivo y como sustantivo, a partir de 1890. El adjetivo francés latino-américain está identificado a partir del siglo XX, de acuerdo con la Académie Française. Según Le Grand Robert de la Langue Française el primer lexicón en esa lengua que lo consignó fue el Larousse de 1931. En lengua española fue incorporado al *Diccionario de la Real Academia* en su 19ª edición, de 1970.

Por otra parte, en el periodo de la revolución de independencia, en Estados Unidos era común hablar de *British America*, como se advierte en los debates del Primer Congreso Continental (sesión del 1º de agosto de 1774).

Construcción de un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina

Una de las muestras de la madurez alcanzada está en los debates acerca de cómo organizar el gobierno.

La discusión sobre este tema ocupó la atención de los constituyentes en diversas sesiones. No me detendré en el análisis del extenso debate; para identificar los aspectos dominantes, de manera esquemática presento las más importantes cuestiones relativas al Ejecutivo (entre paréntesis se menciona el nombre de los representantes y las fechas del debate, todas en 1787)⁴:

- Ejecutivo elegido por el Congreso, por un periodo fijo, sin reelección (William Houston, junio 1º). La elección por el Congreso fue cuestionada porque propiciaría una lucha de intrigas que dividiría de manera permanente a los legisladores (Elbridge Gerry, junio 2)
- Ejecutivo como magistratura que ejercía funciones delegadas por el Congreso (Roger Sherman, junio 1º).
- Ejecutivo sin facultades en materia de paz y guerra, para evitar su conversión en un monarca. Mandato: 7 años (Charles Pinckney, junio 1º).
- Ejecutivo unipersonal. Tendría más “energía” (en el sentido de poder) para atender sus funciones, pero cuidando que esas responsabilidades no coincidieran con las del monarca inglés. Se aclaraba que en los gobiernos de los Estados no había ejercicio colegiado sino singular. Elección popular indirecta, mediante la cual los ciudadanos elegirían **electores**. Mandato: 3 años. También se advirtió en contra de que la elección del Ejecutivo fuera hecha por las legislaturas estatales, porque esto favorecería las disputas por el poder (James Wilson, junio 1º, 2, 4).
- Ejecutivo acompañando por un Consejo, para evitar que fuera “el feto” de una monarquía. El Ejecutivo colegiado tendría dificultades para actuar, sobre todo en materia militar (Gerry, junio 1º, 4).
- En los estados los titulares del Ejecutivo eran singulares pero estaban obligados a consultar a un Consejo (Sherman, junio 4).
- Ejecutivo con funciones limitadas, que no podrían incluir las que fueran de carácter legislativo ni jurisdiccional (James Madison, junio 1º).
- Mandato: 7 años sin reelección (George Mason, junio 1º).
- El Ejecutivo debía contar con el pago de sus gastos, pero no con salario. Debía evitarse la proclividad a convertir los cargos públicos en una fuente de

4. Véanse los textos completos en Madison, James, *Notes of the debates in the Federal Convention of 1787*, N. York, W. W. Norton, 1987.

- enriquecimiento (Benjamin Franklin, junio 2).
- Remoción del Ejecutivo por el Congreso a solicitud de la mayoría de las legislaturas estatales (John Dickinson, junio 2).
- Derecho al veto (legislación negativa) del Ejecutivo (Gerry, junio 4). Se recordó que el monarca británico no ejercía este derecho desde la Revolución de 1688 (Alexander Hamilton, junio 4). Se aclaró que el rey de Gran Bretaña no tenía que invocar ese derecho porque los sobornos a los miembros del Parlamento lo hacían innecesario (Franklin, junio 4). También se dijo que no se podía facultar a una sola persona para oponerse a la voluntad de todos (Sherman, junio 4). Se sugirió que las objeciones del Ejecutivo fueran aceptadas a condición de poder ser superadas por una mayoría especial (Madison, junio 4).

El procedimiento de elección del presidente fue una de las cuestiones que mayor preocupación e interés suscitó. Aunque no se tenía experiencia acerca de los efectos que podría tener el mecanismo electoral aplicado a los presidentes, se tuvo una clara intuición de que se trataba de una cuestión mayor que había que examinar con el mayor rigor posible. Las opciones consideradas pueden verse en los debates de los días 9 y 18 de junio, y 24 y 25 de julio. Fueron las siguientes:

- Elección por sorteo. Se tuvo presente que esta había sido una modalidad en Atenas. Sus mayores ventajas consistían en que se evitaba la polarización entre los electores (pueblo, asambleas, o gobernadores) y en que se moderaba la ambición de los aspirantes. Fue desechada con rapidez porque se adujo que los pueblos deben ser gobernados por la razón, no por la suerte. (King, julio 24).
- Elección por los “gobernadores o presidentes” de los Estados. Aquí se tuvo en cuenta la experiencia de los grandes electores en el Imperio Romano Germánico. Se consideró que convertiría en monarcas a los gobernantes locales (Gerry, junio 9 y julio 25).
- Elección por las legislaturas de los Estados. Esta modalidad preservaría el poder de decisión que los Estados habían alcanzado con motivo de la Confederación, pero a la vez significaba que se dejaba latente una de las causas de debilidad de la Unión y que se abriría la posibilidad de que, si la mayoría de las legislaturas se pusieran de acuerdo, elegirían al más débil (Madison, julio 25).
- Elección por el Congreso. Tendría la ventaja de que el Ejecutivo contaría con el apoyo mayoritario para gobernar, pero auspiciaría la intervención de fuerzas externas que pretenderían influir sobre los legisladores. Se recordó que en

la elección del emperador de Alemania intervenían las potencias europeas. Además, se prestaba a la intriga y dejaba al Ejecutivo en manos de la asamblea que lo había elegido; dividiría al Congreso y esto afectaría su trabajo ulterior (Madison, julio 25).

- Elección popular. Era la solución más democrática pero beneficiaría a los candidatos de los estados más poblados y afectaría a los estados pequeños, generando un desequilibrio que se oponía a las motivaciones de la Federación (Madison, julio 25). Otros argumentaron que le daría “mucho poder a los ignorantes” (Gerry, julio 25).
- Por electores. La elección indirecta en segundo grado resultó la más convincente porque se situaba en un nivel intermedio entre la elección directa y la elección por una asamblea o por un conjunto de asambleas. En adición, los electores seleccionados para la ocasión se reunirían y procederían de inmediato, sin dar oportunidad a las presiones externas ni a la corrupción, y luego se disolverían, sin representar un factor permanente de interés (Madison, julio 25).

En cuanto a la denominación, en la mayor parte de los debates se hizo referencia sólo al “Ejecutivo”, aunque en la propuesta de Hamilton se hablaba de “gobernador”. En algunas constituciones locales había gobernadores y en otras presidentes.⁵ En el caso del proyecto de Constitución de Virginia, en 1776, se proponía poner el gobierno en manos de un “Administrador”, que contaría con su “Sub administrador” y con un Consejo Privado. Este administrador tendría facultades para disolver la Asamblea, duraría sólo un año en el poder y ejercería en general “los poderes que antes habían correspondido al rey de Inglaterra”. Este proyecto tuvo una gran repercusión porque Virginia era a la sazón la colonia más poblada. Por eso cuando se hizo la asignación de diputados que integrarían el primer Congreso, la distribución quedó así: Nueva Hampshire, 3; Massachusetts, 8; Rhode Island, 1; Connecticut, 5; Nueva York, 6; Nueva Jersey, 4; Pennsylvania, 8; Delaware, 1; Maryland, 6; Virginia, 10; Carolina del Norte, 5; Carolina del Sur, 5; Georgia, 3.

Para tener un panorama completo del proceso constitucional estadounidense, además de *El Federalista* y de *La democracia en América*, es indispensable la voluminosa, documentada e inteligente obra del jurista liberal británico James Bryce, quien en *The American Commonwealth* (1888) ofrece una acertada interpretación de las decisiones adoptadas en Filadelfia. En cuanto al tema aquí mencionado Bryce indica

5. Por ejemplo, en las Constituciones Fundamentales de la Provincia de Nueva Jersey, de 1683, y en la norma conocida como *Frame of Government de Pensilvania*, de 1698, se aludía al gobernador con ese nombre y por sus funciones de encabezar el Consejo de gobierno se le mencionaba como presidente (artículo XIX y párrafos 25 y 27, respectivamente).

que los constituyentes estadounidenses eran profundos conocedores del sistema constitucional inglés, y que a la vez la población educada estaban muy familiarizada con el desarrollo constitucional de sus propios Estados; desarrollo madurado a lo largo de un siglo. En este sentido la figura de los gobernadores locales fue una significativa fuente de inspiración y es el antecedente más cercano para el sistema presidencial que se generó en Filadelfia.⁶

En el debate también se produjeron observaciones ligeras que dieron lugar a reflexiones profundas, como resulta frecuente en toda discusión sobre estas materias. Por ejemplo, se dijo (Coronel Mason, junio 4) que “la más peligrosa monarquía” no era la inglesa sino la que se proponía para Estados Unidos: la electiva. Esta consideración no tomaba en cuenta que la monarquía es vitalicia y hereditaria. Sin embargo, este fue el tipo de inquietudes que llevaron a eludir el sufragio directo para la elección del presidente.

El 26 de julio la asamblea adoptó el resolutivo XII conforme al cual se acordó que el Ejecutivo nacional sería unipersonal, elegido por el Congreso para un periodo de siete años sin reelección, con facultades para aplicar las leyes y designar funcionarios, a menos que las leyes dispusieran otra cosa. Este magistrado era removible mediante enjuiciamiento y responsable por negligencia y mala conducta, y tenía derecho a percibir una remuneración a cargo del erario “por la dedicación de su tiempo al servicio público”.

El acuerdo se puso en manos de Comité de Detalle,⁷ compuesta por cuatro abogados y un comerciante.⁸ La Convención entró en receso para esperar a que esta Comisión presentara un proyecto que integrara las resoluciones preliminares y los debates sostenidos. El resultado de este trabajo presentado el 6 de agosto y se convirtió en el proyecto formal de la Constitución. Fue en esta Comisión donde se introdujo la denominación de *presidente* para el magistrado que hasta ese momento sólo había sido mencionado como Ejecutivo. Hay muchos elementos para inferir que quien propuso ese título para el Ejecutivo fue James Wilson,⁹ de la misma manera que

6. Cfr. Bryce, James, *The American Commonwealth*, Indianápolis, Liberty Fund, 1995, vol. I, pp. 34 y ss.

7. La expresión *Committee of Detail* no tiene equivalente en español; es una figura que sólo se utilizó en la Convención. Más tarde también se integró la Comisión de Revisión y Estilo, en la que participaron Alexander Hamilton y James Madison.

8. Oliver Ellsworth, abogado; Nathaniel Gorham, comerciante; Edmund Randolph, abogado; John Rutledge, juez, y James Wilson, abogado y juez.

9. En las notas de trabajo de Wilson hay una que dice: “The Senate and H. D. [House of Delegates] shall by joint Ballot annually chuse the Presidnt. U. S. from among themselves or the People at large. — In the Presidnt. the executive Authority of the U. S. shall be vested.”. Cit. por Thach, Charles C., *The creation of the presidency 1775-1789*, Baltimore, The Johns Hopkins Press, 1969, p. 109. Véanse asimismo Rossiter, Clinton, 1787. *The Grand Convention*, N. York, MacMillan, 1966, pp. 202 y ss. donde el autor explica que Wilson tuvo a su cargo la formulación final del proyecto, al que agregó precisiones y detalles, y Gilson, Bernard, *La découverte du régime présidentiel*, Paris, LGDJ, 1982, pp. 109 y ss.

se le reconoce como autor de la expresión *república federal*.¹⁰

El liderazgo de la Convención lo compartían Wilson y Madison,¹¹ y Wilson había sido muy insistente en la necesidad de un Ejecutivo unipersonal. Al entrar en vigor la Constitución, Wilson fue designado para integrar la Corte Suprema y en el Colegio de Filadelfia se estableció la primera cátedra de derecho, que fue conferida a Wilson. En su lección inaugural estuvieron presentes el presidente y el vicepresidente de Estados Unidos, el Congreso federal en pleno, y la legislatura del Estado.¹² Este reconocimiento muestra hasta qué punto se trataba de una personalidad de excepcional relevancia.

III. El sistema presidencial francés

En febrero de 1848 Karl Marx y Friedrich Engels publicaron el *Manifiesto Comunista* que abrió con una profética expresión, que se haría famosa: “Un fantasma recorre Europa: el fantasma del comunismo”. En efecto, ese mismo mes se produjo en Francia la Revolución que se expandiría por una buena parte de Europa y que daría lugar a profundos cambios institucionales en el continente.

En el orden jurídico, la Revolución tuvo como consecuencia la Constitución de ese mismo año. Fue la primera norma suprema con carácter social. No fue una decisión fortuita; fue el resultado natural de las ideas y de las movilizaciones sociales propiciadas por la conmoción de 1789, recogidas por las diversas corrientes socialistas y comunistas que proliferaron en Europa, y sobre todo en Francia.

La Constitución de la segunda república, del 28 de octubre de 1848, es el precedente de las Constituciones sociales del siglo XX. En su preámbulo fijaba la orientación de la norma en el sentido de procurar la equidad y el bienestar social. En su parte preceptiva (artículo 13) estableció la libertad de trabajo y de industria, el derecho a la educación primaria gratuita, a la educación profesional, a la igualdad de relaciones entre obreros y patronos, a la previsión social y al crédito, y a la asistencia de los menores abandonados

10. La escritora Mercy Otis Warren, con el seudónimo “A Columbian Patriot”, escribió en febrero de 1788: “... had not Mr. Wilson, in the fertility of his genius, suggested the happy epithet of a *Federal Republic*,” en Bailyn, Bernard (editor), *The debate on the Constitution, Federalist and Antifederalist speeches, articles and letters during the struggle over ratification*, N. York, The Library of America, 1993, vol. II, p. 289.

11. Cfr. Ackerman, Bruce, *We the people. Transformations*, Cambridge, Mass., Belknap, 1998, p. 78. Thomas Jefferson subrayó que Wilson tenía un poder de persuasión equivalente al de “Demóstenes y Cicerón juntos”, cit. por Alexander, Lucien Hugh, “James Wilson, patriot, and the Wilson Doctrine”, en *The North American Review*, Boston, 1906, vol. 183, Núm. 8, p. 5

12. Cfr. Wilson, James, *Collected Works*, Indianápolis, Liberty Fund, 2007, vol. I, p. 403.

y de los discapacitados, de los ancianos y de los pobres a quienes sus familiares no pudieran socorrer.¹³

En el orden político esa Constitución fue la primera, fuera del continente americano, que adoptó el sistema presidencial. Aunque en Europa ya había repúblicas, el sistema presidencial de oriundez estadounidense todavía no figuraba en el elenco de las instituciones continentales.¹⁴ Conforme al artículo 43, el pueblo francés *delegaba* “el poder ejecutivo en un ciudadano que recibe el título de Presidente de la República”. El presidente era elegido por cuatro años, en lo que se asemejaba al de Estados Unidos, pero no podía ser reelegido para el periodo inmediato, con lo que se introducía una variante que tenía que ver con la preocupación de evitar una recaída monárquica. La característica más relevante, empero, no era esa; lo novedoso consistía en que la elección del presidente era por sufragio directo, secreto y universal (artículo 46). Eran electores todos los franceses mayores de veintiún años, sin que para el ejercicio de sus derechos se requiriera condición censal alguna (artículo 25).

La Constitución también disponía que para ser elegido era necesario obtener más de la mitad de los votos emitidos, o en el caso de no ser así, contar por lo menos con dos millones de votos. La exigencia de este número de sufragios era razonable, si se tiene en cuenta que la población ascendía a 36 millones de habitantes. Si ningún candidato cumplía con cualquiera de los dos requisitos, la elección incumbiría a la Asamblea Nacional, que designaría por mayoría absoluta eligiendo con libertad entre los cinco candidatos más votados (artículo 47).

Entre las facultades del presidente francés que no tenía su equivalente en Estados Unidos figuraban: presentar iniciativas de ley a través de los ministros; disponer de la fuerza armada, aunque sin poder comandarla en persona; nombrar y remover libremente a los ministros, y nombrar y remover, en Consejo de Ministros, a los agentes diplomáticos, los comandantes militares, los gobernadores de las colonias, incluida Argelia, y a todos los demás titulares de cargos oficiales, y proponer a la Asamblea una terna para la designación del vicepresidente de la República. Además, los ministros tenían derecho a usar la palabra en la Asamblea Nacional cada vez que lo decidieran así (artículos 49, 50, 64 y 69). Otra diferencia consistía en que el presidente, los ministros y todos los “agentes depositarios de autoridad pública” eran responsables de sus actos ante la Asamblea Nacional, sin que el presidente pudiera a su vez disolverla (artículo 68).

13. Louis-Marie de Cormenin incluyó en su proyecto de Constitución la educación gratuita, libre y bajo la supervisión del Estado, y el derecho al trabajo y a la asistencia [artículo 4º]. Véase *Petit pamphlet sur le projet de constitution*, Paris, Pagnerre, 1848, pp. 4 y 9. En otro panfleto, con la forma de carta pública dirigida a Thiers, firmada con el seudónimo Maitre Pierre, le dijo: “El porvenir pertenece a los obreros”. Véase *La république des paysans*, Paris, André Sagnier, 1872, p. 5.

14. Vid. Gilson, *op. cit.*, pp. 291 y ss.

Como se advierte, en Francia había diferencias significativas con relación al modelo presidencial estadounidense. Aunque se introducía un elemento de control al establecer la responsabilidad política del presidente, sus facultades eran más extensas que las asignadas por la Constitución de Filadelfia y, lo más relevante, su fuente de legitimidad era el pueblo mismo. Comenzaba, así, el sistema presidencial de base plebiscitaria.

El 10 de diciembre, apenas unas semanas después de ser promulgada la Constitución, fue elegido presidente Luis Napoleón Bonaparte, hijo de Luis, rey de Holanda, y sobrino del emperador. Tres cuartas partes de los ciudadanos participaron en la elección presidencial, otorgándole 5.4 millones de votos, frente a 1.9 distribuido entre sus opositores. En cambio, la elección de los diputados apenas contó con la participación del 40% del electorado, y los sufragios se fragmentaron entre monárquicos, divididos en orleanistas y legitimistas, más socialistas, comunistas y republicanos moderados. Las tensiones entre el príncipe-presidente y la Asamblea se suscitaron desde el inicio mismo del periodo. Bonaparte se sentía poseedor de un apoyo popular superior al de cada uno de los diputados e incluso al del conjunto de la Asamblea.¹⁵

Al acercarse el siguiente proceso electoral, Luis Napoleón intentó remover la prohibición constitucional de reelección. Ante las reticencias de la Asamblea recurrió a un procedimiento plebiscitario que la norma no contemplaba. Integró un comité de reforma constitucional que a su vez se allegó un millón cuatrocientas mil firmas exigiendo la reforma. En julio de 1851 la Asamblea se pronunció sobre la reelección y se acordó la reforma constitucional pero sin alcanzar la mayoría calificada que requería la Constitución. Luis Napoleón decidió entonces disolver la Asamblea, contraviniendo una vez más la Constitución.¹⁶ Para remediar su acción, que estaba tipificada como “crimen de alta traición”, apeló al pueblo como “juez supremo”. El 22 de diciembre se llevó a cabo un referéndum con la siguiente pregunta: “El pueblo francés mantiene la autoridad de Luis Napoleón Bonaparte y delega en él los poderes necesarios para establecer una Constitución”. La respuesta a favor la dieron 7.4 millones de franceses, contra apenas seiscientos mil en contra. El presidencialismo plebiscitario estaba en marcha.

La decisión constitucional referente al sufragio universal tuvo motivaciones democráticas, pero como en esa época todavía no se hacían análisis de sociología

15. Ver Delyfer, Henriette, “Une comédie de suffrage universel?”, en Bluche, Frédéric, *Le prince, le peuple et le droit*, Paris, PUF, 2000, pp. 48 y ss.

16. Marx acuña otra demovedora expresión para referirse a este hecho. En el primer párrafo de su célebre ensayo *El 18 de Brumario de Luis Bonaparte* señaló: “Hegel dice en alguna parte que todos los grandes hechos y personajes de la historia universal se producen, como si dijéramos, dos veces. Pero se olvidó de agregar: una vez como tragedia y otra vez como farsa”.

electoral no se advirtió que resultaría muy funcional para los conservadores. La Revolución de febrero tenía un alto componente social y contó con la participación dominante de los trabajadores parisinos. Cuando fue convocada la elección de la Asamblea constituyente, se introdujo el principio electoral libertario que le daba derecho a votar a todos los franceses. El resultado, empero, no favoreció a la izquierda en la proporción esperada.

De los 36 millones de habitantes que Francia tenía en 1848, París contaba con un millón y Marsella con alrededor de un cuarto de millón. La combinación territorial y demográfica de Francia se proyectó en la Asamblea, compuesta por 900 diputados. De ellos, cerca de 200 eran socialistas y 250 monárquicos. En cuanto a las profesiones, había 26 obreros y más de 400 abogados. En el orden patrimonial, dos tercios pagaban impuestos por más de 500 francos, lo que denotaba una posición económica desahogada, y en cuanto a experiencia parlamentaria 165 ya habían sido diputados durante la monarquía.¹⁷

En materia electoral la provincia francesa no se comportaba como la capital del país; los campesinos no compartían el radicalismo obrero; la burguesía local no participaba de las ideas sociales. La orientación electoral del grueso de la población francesa favoreció en menor proporción a los socialistas y a los comunistas que a las demás corrientes ideológicas, por lo que el desencanto que siguió a los comicios llevó a decir a Proudhon que “para los obreros, la Revolución tiene que empezar otra vez”.¹⁸

Entre las personalidades sobresalientes figuraron Alphonse de Lamartine, Adolphe Thiers, Robert de Lamennais y Víctor Hugo, por la llamada *Joven izquierda* estaban Alexis de Tocqueville y Jules Dufaure, y entre los socialistas más prominentes destacaron Louis Blanc, Víctor Considerant, Pierre-Joseph Proudhon y Pierre Leroux,¹⁹ pues François Raspail, Étienne Cabet, Louis Auguste Blanqui, resultaron derrotados en las elecciones. Louis-Napoleón fue elegido pero su posible presencia en la Asamblea generó un intenso rechazo que lo llevó a dimitir.²⁰

También fueron diputados el gran teórico del parlamentarismo, Prosper Duvergier de Hauranne que apenas en 1846 había publicado *De la Réforme parlementaire et de la réforme électorale*, que tuvo una rápida e importante repercusión en el ámbito

17. Bastid, Paul, *Doctrines et institutions politiques de la Seconde République*, Paris, Hachette, 1945, T. I, pp. 188 y ss., y 225 y ss.

18. *Idem*, p. 187.

19. Leroux formuló un confuso proyecto al que denominó “Constitución democrática y social”, que no recibió mayor atención por parte de la asamblea. Vid. *Project d’une Constitution démocratique et sociale*, Paris, Lib. Gustave Sandré, 1848, pp. 141 y ss.

20. Bastid, *op. cit.*, p. 233.

político francés, y Luis Marie de LaHaye Cormenin, un influyente jurista, progresista y experimentado parlamentario, promotor entusiasta del sufragio universal y autor, entre otros trabajos, de *Ordre du jour sur la corruption électorale et parlementaire*. A Cormenin se le reconoció como *el apóstol del sufragio universal*, y como presidente de la comisión redactora de la Constitución de 1848 tuvo un papel decisivo para su adopción.²¹

Cormenin fue el autor del plan general de la Constitución. Antes de preparar un anteproyecto, sometió a la consideración de los restantes miembros de la comisión un esquema de cinco grandes rubros que incluían la definición de las formas del “poder ejecutivo” y del “poder legislativo”. En cuanto al primero las opciones para ser analizadas eran: gobierno de asamblea, directorio integrado por 3, 5 o 7 personas, o un solo titular del poder elegido por tres años, aunque dejaba abierta la posibilidad de que los demás integrantes de la comisión propusieran otras modalidades dignas de ser tomadas en cuenta. En cuanto al sistema representativo planteaba como temas y problemas para discutir el sufragio universal y directo, el número de representantes, las formas de escrutinio, la integración uni o bicamaral, y la extensión de los periodos de sesiones.²²

La cuestión de las dos cámaras estuvo asociada al debate sobre la forma de gobierno. Los constituyentes se decantaron por una sola cámara, pero las observaciones de dos personajes apuntaron las consecuencias de esa decisión. Entre los diecinueve integrantes de la Comisión de Constitución figuraban dos brillantes y experimentados analistas: Tocqueville y Gustave de Beaumont. Amigos desde la juventud, afines en lo familiar, en lo social y en lo político, compañeros como magistrados en sus años mozos, realizaron juntos en 1831-1832 el viaje a Estados Unidos que les daría celebridad. Beaumont escribió *Du système pénitentiaire aux États-Unis*, publicado en 1833, y Tocqueville *La democracia en América*, aparecida en 1835. Cuando en la elaboración de la Constitución de 1848, ambos estaban muy familiarizados con las instituciones estadounidenses y, apoyándose en ese conocimiento, predijeron que la adopción en Francia de una sola cámara generaría tensiones excesivas entre la Asamblea y el presidente, que podrían desembocar en la ruptura del orden constitucional por parte del ejecutivo. Tocqueville afirmó: “estoy convencido de que sin un sistema de dos cámaras la República se perderá”.²³ Fue eso lo que ocurrió. Esta experiencia no fue analizada por

21. A Cormenin, asociado a Armand Marrast, se le consideraba como el padre de esa Constitución. Véase Mirecourt, Eugène de, *Cormenin*, París, Rue des Marais Saint-Martin, 1858, p. 81.

22. *Idem*, p. 239 y ss.

23. *Idem*, p. 247.

los Constituyentes mexicanos de 1857, a pesar de que varios de ellos conocían bien la política y las instituciones francesas.

El parlamento unicameral era, de suyo, un factor importante para desencadenar el proceso anunciado por Tocqueville. Pero por si no hubiera sido suficiente, también operó en la misma dirección el sistema electoral adoptado por la Constitución. Años después, al analizar lo ocurrido en 1848, Léon Duguit advirtió que la causa que desencadenó la fractura constitucional residió en que el presidente y la Asamblea tenían la misma fuente de legitimidad: el sufragio universal.

Con el peso de su autoridad académica y en el ejercicio de la presidencia de la Comisión de Constitución, Cormenin convenció a sus integrantes acerca de las ventajas democráticas del sufragio universal para la elección del presidente y de los diputados. Cuando el proyecto fue presentado a la Asamblea el diputado Jules Grévy defendió la que se conoció como *Enmienda Grévy*, que consistía en permitir la reelección indefinida del presidente, por parte de la Asamblea. Grévy era un respetado republicano que todavía no alcanzaba la notoriedad y la relevancia políticas que lo llevaron a ser presidente de Francia entre 1879 y 1887, por lo que su propuesta fue derrotada por 643 votos, contra 158 que la apoyaron. El debate entre Lamartine y Grévy ofreció el contraste entre la elocuencia del primero y la lógica del segundo. Grévy favorecía el sufragio universal para la elección de la Asamblea, lo que en su concepto le otorgaría el poder de representar al pueblo soberano, pero advertía que si se aplicaba esa misma fuente de poder al presidente, auspiciaría el ejercicio monárquico del poder por la “prodigiosa fuerza moral” que significaba contar con un apoyo popular de gran magnitud.²⁴

Duguit fue del mismo parecer y, utilizando los instrumentos del análisis constitucional señaló que la Constitución de 1848 convirtió al presidente y a la asamblea en contendientes inevitables, porque se generó una doble representación de la soberanía popular. “Al decidir que el poder ejecutivo fuera delegado por el pueblo a un presidente de la república elegido por cuatro años mediante sufragio universal, la Asamblea se contradecía a sí misma.” En tanto que los diputados y el presidente eran nombrados por los mismos electores, representaban al mismo elemento político, por lo que uno de los dos sucumbiría “fatalmente” ante el otro. “En 1848, el presidente de la república sólo podía ser una *rueda paralizada e inútil* o bien una fuerza sin rival que absorbería todo el poder”.²⁵

24. Lehning, James R., *To be a Citizen: The Political Culture of the Early French Third Republic*, Ithaca, Cornell University Press, 2001, pp. 16 y ss.

25. Duguit, Léon, *L'Etat, les gouvernants et les agents*, París, Dalloz, 2005, pp. 322 y ss.

Los republicanos franceses aprendieron tan bien la lección de 1848 que en las siguientes constituciones, en 1875, 1946 y 1958, la elección del presidente fue indirecta. Una reforma promovida por Charles de Gaulle, en 1961, restableció la elección directa, para fortalecer la situación del presidente ante un parlamento compuesto por dos cámaras.

El sistema plebiscitario de 1848 tuvo una profunda repercusión en América Latina. De manera sucesiva la elección plebiscitaria de los presidentes fue siendo acogida por las constituciones de Bolivia (1851), Perú (1856), Venezuela (1858), Ecuador (1861), El Salvador (1864), Honduras (1865), Guatemala (1879), Brasil, desde su primera Constitución republicana (1891), Nicaragua (1893), Panamá, desde su primera Constitución (1903), Colombia, mediante la reforma de 1905 a la Constitución de 1886; Costa Rica (con la reforma constitucional de 1913), Uruguay, en su segunda Constitución (1918), y Chile (1925, al reformar la Constitución de 1833).

En México Venustiano Carranza anunció su proyecto de Constitución en el discurso inaugural del Congreso Constituyente, el 1º de diciembre de 1916, y en cuanto a la presidencia advirtió que: “El presidente tendrá indispensablemente su sostén en el mismo pueblo; tanto contra la tentativa de cámaras invasoras, como contra las invasiones de los pretorianos. El gobierno, entonces, será justo y fuerte”. Mostraba así que la utilización del voto universal y directo para la elección del presidente significaba una considerable fuerza para el presidente, que era lo que se había pretendido conjurar en Filadelfia y en cambio había sido adoptado en Francia en 1848: la primacía del presidente con relación al Congreso. Esta era, por otra parte, una tesis electoral que se distanciaba de la doctrina que había sostenido Emilio Rabasa.

Rabasa, quien atribuyó la dictadura al mal diseño de la Constitución de 1857, tuvo una posición muy crítica con relación al sufragio universal. Para el constitucionalista mexicano el “buen sentido” de la Comisión proyectista de la Constitución de 1857 siempre estuvo por encima del conjunto del Congreso. Esa Comisión había planteado que para ejercer el derecho al sufragio era necesario saber leer y escribir, con lo coincidía Rabasa; empero, en el debate plenario prevaleció la corriente que consideraba que “las clases indigentes” no eran culpables del descuido de los gobiernos en cuanto a la instrucción pública. “Sin conciencia de la gravedad de la resolución y por unanimidad de votos, el Congreso cerró las puertas a la democracia posible en nombre de la democracia teórica”, afirmó Rabasa. Más adelante subrayó que “el sufragio universal produce en todos los países la aparición de elementos perturbadores”. Como ejemplo apuntaba que “En Estados Unidos los negros y los inmigrantes nuevos y pobres son

electores que gana el cohecho de los profesionales de la política o el engaño de los juglares de los comicios”.²⁶

Las críticas al sufragio universal invocaban argumentos conservadores. Si el estándar de la democracia se determinara por las condiciones imperantes y no por los objetivos procurados, las instituciones jamás habrían avanzado porque el condicionamiento cultural no lo hubiera permitido. La relación sinérgica entre norma y normalidad debe considerarse en el orden de potenciar cambios recíprocos y no su anquilosamiento sistemático.

En el caso de Argentina la Constitución de 1853 adoptó el modelo estadounidense de elección indirecta en segundo grado. Casi un siglo después, la Constitución peronista de 1949, en cambio, siguió el estándar bonapartista, pero sólo se aplicó en las elecciones de 1951 porque en 1952 fue restablecido el texto del siglo XIX y no fue sino hasta la reforma de 1994 cuando, de manera definitiva, se reimplantó la elección directa (artículo 94).

En cuanto a Cuba, en 1934 se introdujo el sufragio universal y directo, denominado simplemente “popular”, para la elección de todos los “mandatarios” (artículo 39), y en Paraguay la elección directa fue incorporada por primera vez en la Constitución autoritaria de 1940 (artículo 49).

Un problema generalizado en América Latina, durante el periodo de elecciones indirectas, fue la corrupción y el caciquismo que la acompañó. El fenómeno dominante fue la hegemonía del clero, de los militares y de los terratenientes, que controlaron los procesos electorales y que produjo, entre otras consecuencias, la prolongada vigencia del Estado confesional. La elección directa tampoco propició el advenimiento de la democracia sino de formas diversas de ejercicio patrimonial del poder. El daño ocasionado por la corrupción endémica y la falta de cultura democrática que precedió al sufragio directo condicionó durante décadas el sentido de los comicios, alterando o manipulando de manera sistemática la decisión de los ciudadanos.

Ambos modelos de elección presidencial, el norteamericano y el francés, fueron objeto de distorsiones. El primero, porque favoreció el poder de las oligarquías que controlaban los procesos de elección; el segundo porque benefició la concentración plebiscitaria del poder en una sola persona.

26. Rabasa, Emilio, *La Constitución y la dictadura*, México, Revista de Revistas, 1912, pp. 173 y ss.

IV. El sistema presidencial latinoamericano contemporáneo

Al principiar el siglo XIX el constitucionalismo moderno estaba instalado en la doctrina y en las instituciones de los países más influyentes del planeta. Los constructos que nutrirían al constitucionalismo ya eran conocidos y discutidos también en los espacios coloniales de las américas española, francesa y portuguesa. Los conceptos de contrato social y de soberanía que dieron fundamento conceptual a la independencia y al ejercicio constituyente de los nuevos Estados, más la separación de poderes, que permitió configurar la arquitectura del poder a través de las constituciones, eran la fuente en la que abrevaba el pensamiento político de las naciones colonizadas.

En la cultura de la época también se tenía un conocimiento sistemático del derecho romano, aprendido además en latín. En la escuela de las américas el latín se estudió a lo largo del todo el siglo XIX. Esto permitía que los profesionales y los intelectuales estuvieran familiarizados con el mundo clásico, que incluía las raíces atenienses de la democracia.

Sin embargo el modelo clásico no aportaba instrumentos operativos para configurar los órganos del poder en las nuevas naciones independientes, y una vez resuelto lo concerniente a la construcción de un orden constitucional se presentaba el problema práctico del diseño institucional y de acomodar los órganos del poder de una manera que resultara funcional.

En la etapa en la que se produjeron los movimientos independentistas en la mayor parte del hemisferio, sólo eran conocidas tres grandes formas de organización constitucional del poder: el parlamentario, británico, que siguió evolucionando a lo largo del siglo XIX; el presidencial estadounidense, y el monárquico, continental europeo, que al inicio del siglo XIX exhibía las tensiones entre un absolutismo declinante y un constitucionalismo incipiente.

La Revolución Francesa era una fuente de inspiración en materia de principios, pero no de organización política. El nacimiento de las repúblicas latinoamericanas coincidió con el imperio y la restauración en Francia, que bien poco podían orientar en la construcción de los nuevos Estados. Por su parte Gran Bretaña venía de la Revolución Gloriosa y el sistema parlamentario seguía embarneciendo, pero todavía no se había aplicado en ninguna república. En cambio, la doctrina francesa de la separación de poderes, postulada por Montesquieu y adoptada por la Declaración de los Derechos del Hombre, ya había tenido acogida amplia en la Constitución estadounidense, y allí se había construido un modelo de gobierno compatible con el de una organización republicana.

Por eso entre los varios factores que contribuyeron a la formación del sistema presidencial en América Latina fue muy relevante la fuerza expansiva del modelo estadounidense. La razón no consistió en una simple imitación mecánica, sino en un contexto institucional que ofrecía pocas opciones además de la americana. Pero hubo otro ingrediente que si bien tuvo una repercusión menor, no debe ser desestimado: la doctrina Monroe.

El 2 de diciembre de 1823 el presidente de Estados Unidos, James Monroe, presentó su séptimo informe de gobierno ante el Congreso. En el poder desde 1817, Monroe fue el gran arquitecto de la geopolítica norteamericana y de su consiguiente expansión territorial. En 1823 hizo explícita la tesis, ante representantes y senadores, en el sentido de que los sistemas políticos de las potencias europeas eran “esencialmente” distintos de los de Estados Unidos. Pero no se limitó a señalar la diferencia; también envió un mensaje a Europa en el sentido de que “cualquier intento de expandir sus sistemas en cualquier lugar de este hemisferio será considerado como amenaza a nuestra paz y seguridad”.²⁷ Para que no quedara duda alguna, unos párrafos más adelante reiteró: “Es imposible que los poderes aliados extiendan su sistema político en cualquier parte de este continente sin poner en riesgo nuestra paz y felicidad”.

¿A qué sistemas se refería Monroe? Los Estados con los que su país tenía una relación más frecuente, sobre todo por cuestiones políticas, comerciales y territoriales, eran España, Francia, Gran Bretaña, Prusia y Rusia. Con este último país se hacían las gestiones para adquirir Alaska, con España se negoció la compra de Florida, con Gran Bretaña se compartió parte de Oregón. En cuanto a Francia, a Monroe le había correspondido años antes negociar la adquisición de Luisiana. Otro asunto que generaba fricciones con algunas potencias europeas era el comercio de esclavos, al que Monroe se opuso con firmeza por considerarlo aberrante e inhumano.

Al momento de la declaración de Monroe en los países continentales europeos dominaba el sistema de gobierno monárquico sin matices; el parlamentario no se había extendido fuera de Gran Bretaña. Los acuerdos diplomáticos entre Estados Unidos y Gran Bretaña incluían limitar la expansión de potencias como España y Francia en los territorios de América, para así poder extender el comercio angloamericano. Aún cuando no se planteó una exclusión expresa del sistema parlamentario, la acción diplomática de los enviados estadounidenses incidía en las bondades del sistema presidencial y esta actitud se reforzó a partir de la declaración de diciembre de 1823. La posición de Monroe, tal como fue enunciada, representaba una defensa de los intereses de las

27. Richardson, James, comp., *Messages and papers of the presidents*, Washington, Bureau of National Literature, 1912, vol. I., pp. 776 y ss.

naciones independizadas de España; la interpretación imperialista fue posterior.²⁸

El sistema presidencial se fue implantando en la América hispanohablante por la inviabilidad práctica de seguir otros modelos, por la naturaleza republicana de las nuevas naciones, por la proximidad histórica de la Constitución de Estados Unidos, por el rápido prestigio de un sistema que funcionaba en un contexto de libertades y de prosperidad, y por la presencia política de ese país en el resto del hemisferio.

Las lecturas que se le dieron al sistema presidencial estadounidense en los países latinoamericanos que fueron adoptando el sistema presidencial, incorporaron matices propios, ajenos al modelo original. El contexto del sistema presidencial en las ex colonias españolas (Brasil fue un imperio de 1822 a 1889) presentaba considerables diferencias con el contexto en Estados Unidos. En el periodo de la independencia americana en Londres funcionaba un Parlamento que había reivindicado sus derechos ante el monarca casi un siglo atrás. En ese Parlamento fue donde primero se escucharon las razones referentes a *no taxation without representation* (*no hay tributación sin representación*), pues esta era una tesis cuyas raíces se remontan a las disposiciones constitucionales británicas de 1215, que había sido enunciada con precisión por John Locke²⁹ y que en Irlanda tuvo un uso extendido desde principios del siglo XVIII³⁰. En contraste, Madrid seguía siendo la sede de un gobierno con vocación absolutista a pesar del cambio intentado con la Constitución de 1812.

La circunstancia de que las primeras reivindicaciones norteamericanas estuvieran referidas a los derechos tributarios, y que las acompañaran las relativas a la libertad religiosa, situó al sistema representativo en una posición de equilibrio ante el Ejecutivo. La composición demográfica de las colonias no era homogénea. En ellas convivían, en condiciones de personas libres, alemanes, escoceses, holandeses, ingleses e irlandeses, que profesaban diferentes cultos y ritos religiosos, en su mayoría familiarizados con los efectos de la Guerra de Treinta Años y con el contenido de los Tratados de Westfalia. Esta circunstancia también propició un mayor interés en el sistema representativo. A lo anterior se sumaban una trayectoria de relativa autonomía de las colonias entre sí, y una tradición jurisdiccional que había propiciado la existencia de un foro experimentado.

En la América española, en cambio, las reivindicaciones independentistas tuvieron otro derrotero. Al menos al inicio de los movimientos revolucionarios hubo adhesiones a la monarquía, y más tarde el gran elemento que definió el *ius constitutionale commune* durante la larga fase inicial del constitucionalismo consistió en la paradójica

28. Cfr. Hart, Gary, *James Monroe*, N. York, Times Books, 2005, pp. 108 y ss.

29. *The second treatise of Government*, cap. 11, 138.

30. Cfr. McCullough, David, *John Adams*, Waterville, Thorndike Press, 2001, p. 83.

intolerancia religiosa. Sin tradición representativa local ni metropolitana, sin vocación descentralizadora, sin prácticas jurisdiccionales que dieran prioridad al ordenamiento civil y con la comprometedor carga de atender las exigencias de una iglesia habituada a ejercer el poder político en forma vertical, después de tres siglos de dominio de la Inquisición, los órganos de los Estados nacientes obedecieron a un patrón de concentración del poder. A partir de la independencia, de los presidentes dependería la unidad territorial, la relación con el papado y la asignación de cargos sin la intervención de los congresos.

Además, los fuertes liderazgos militares se trasladaron al ámbito político por varias razones: no había una clase dirigente local; la turbulencia social no se apaciguó al concluir la lucha independentista; se presentaron conflictos territoriales con los Estados vecinos; sobrevinieron amenazas de reconquista por parte de la ex metrópoli española, y el endeudamiento de las nuevas naciones propició el intervencionismo de potencias europeas. En estas circunstancias en la mayor parte de los países latinoamericanos se tuvo la prolongada presencia de gobiernos militares. A manera de ejemplos están los siguientes casos: en Argentina, después de un proceso institucional muy complejo, Juan Manuel de Rosas ocupó el poder de 1829 a 1852, con un intervalo de poco más de dos años en el que gobernaron otros militares y un civil impuestos por él; en Bolivia, a partir del gobierno del Antonio José de Sucre en 1824, los militares estuvieron en el poder hasta 1855; en Chile sucedió lo mismo entre 1817 y 1851. El gobierno de México, de 1821 a 1855, fue desempeñado por dieciocho generales; sólo por breves periodos, y de manera subordinada a los militares, a lo largo de ese periodo tres civiles ocuparon la presidencia, por un total de 20 meses en conjunto. Perú fue gobernado desde 1821 hasta 1862 por comandantes insurgentes y en Venezuela ocurrió otro tanto entre 1830 y 1868, en un ciclo iniciado por José Antonio Páez y concluido por José Tadeo Monagas.

Los militares siguieron ocupando la presidencia de los países latinoamericanos también después de las fechas indicadas, pero lo que me interesa destacar es que en su fase adaptativa, la presencia castrense imprimió una dirección cesarista a los sistemas presidenciales de la región. En contraste, en Estados Unidos George Washington no aceptó una segunda reelección con argumentos republicanos ejemplares, y después de él hubo cinco presidentes más antes de que fuera elegido otro militar, Andrew Jackson, en 1829, es decir 42 años después de Washington. En total, en el siglo XIX Estados Unidos tuvo diez presidentes militares, uno de los cuales gobernó sólo un mes y medio. Algunos, como Jefferson, Madison y Monroe tuvieron grado militar como voluntarios, no como integrantes del ejército profesional.

Sin perder de vista que el sistema presidencial norteamericano fue objeto de cambios que le dieron perfiles propios en los países latinoamericanos, es posible

identificar las influencias dominantes en diferentes etapas históricas de su evolución. En términos generales han sido tres las grandes fuentes en las que se ha nutrido el diseño institucional de los sistemas presidenciales. La primera y más relevante fue la estadounidense, como ya se dijo antes, que perfiló la denominación y la atribución del poder ejecutivo a una sola persona; la segunda fue la bonapartista, en cuanto a la base plebiscitaria del poder presidencial; la tercera ha sido el sistema adoptado por la Constitución francesa de 1958, que ha permitido superar la tesis de la incompatibilidad de las instituciones de oriundez parlamentaria con la de origen presidencial.

Uno de los grandes problemas relacionados con el diseño de las instituciones consistió en suponer que los sistemas eran *puros*, y que la forma de organizar y de hacer funcionar los órganos del poder tenía que obedecer a una ortodoxia que impedía integrar en un sistema instituciones de diversas procedencias. Este esquema fue superado por la norma francesa de 1958, que combinó de manera muy funcional elementos de los dos grandes sistemas. No fue el primer caso. Antes se había tenido una conjugación análoga en la primera república española (1873-4), que aunque no llegó a aprobar una Constitución formal, en la práctica tuvo un presidente designado por el Congreso y responsable, al igual que sus ministros, ante el órgano de la representación nacional. Otro tanto ocurrió con las Constituciones de Portugal (1911), Alemania (1919) y Finlandia (1919). Pero por razones comprensibles ninguno de esos precedentes tuvo la repercusión de la Constitución francesa de 1958.

El inteligente diseño adoptado por Michel Debré y el grupo de expertos que colaboró con él, para conciliar las ideas presidencialistas del general Charles de Gaulle y las parlamentaristas del propio Debré, dieron como resultado una norma que en su primera fase no contemplaba la elección plebiscitaria del presidente. Fue una reforma de 1961 la que retomó esa modalidad del constitucionalismo decimonónico francés.

Cuando aludo a la influencia del nuevo constitucionalismo francés no es porque su modelo se haya adoptado en América Latina, sino porque le dio argumentos convincentes a quienes abogaban por dejar atrás las rigideces del presidencialismo añejo, que a su vez se había refugiado en un discurso político y académico conservador. El temor a la *mestización* de los sistemas, como una causa de su inoperancia, se veía contrarrestado por el éxito de la experiencia francesa, que se fue amoldando a las circunstancias y que después de 1986, con motivo de la primera *cohabitación*, como la denominó Duverger,³¹ permitió concluir que se estaba ante un sistema basculante que se acercaba al presidencial o al parlamentario según que el partido del presidente tuviera o no mayoría parlamentaria.

31. Duverger, Maurice, *Bréviaire de la cohabitation*, Paris, PUF, 1986, p. 7 : "La cohabitation d'un président de gauche et d'une majorité de droite va permettre d'appliquer enfin la Constitution de la V République."

Aunque la fuerza expansiva de la cultura francesa ha disminuido, la Quinta República ha sido un ejemplo para los demócratas latinoamericanos. Las posibilidades de democratización en el hemisferio se ampliaron a partir de la terminación de la guerra fría y los cambios constitucionales menudearon después de 1989. El militarismo entró en una fase decreciente hasta llegar a un punto en el que, con excepción de Cuba, el hemisferio es gobernado por civiles. Otro giro significativo se dio en favor de los derechos humanos y de sus garantías.

Aunque el desarrollo constitucional latinoamericano ha seguido ritmos distintos, en cuanto al sistema presidencial están presentes tres modelos: el *tradicional*, el *transicional* y el *democrático*.

Llamo *modelo presidencial tradicional* al que mantiene concentrado el poder en la persona del presidente. El entorno mundial dominante, los procesos electorales internos, la observancia de los derechos fundamentales, incluidas las libertades de información y de opinión, y los cambios culturales generan circunstancias diferentes de aquellas en las que el hermetismo político y el aislamiento internacional facilitaban el autoritarismo. Aún así, el modelo tradicional de los sistemas presidenciales conserva constantes arcaizantes con relación a las tendencias democráticas del constitucionalismo contemporáneo. La declinación de este modelo depende de múltiples factores. Por una parte las exigencias sociales se multiplican; por otro los cambios culturales están cada vez más asociados a las formas de comunicación y a la multiplicación de las opciones educativas. La preservación de este modelo tradicional implica costes sociales de inequidad e inseguridad; costes políticos de ineptitud y corrupción, y costes económicos de improductividad y rezago.

El *modelo presidencial transicional* corresponde a una etapa que se sitúa entre la posición tradicional, recalitrante a los cambios institucionales, y el modelo democrático hacia el cual se puede evolucionar. El modelo transicional se caracteriza por la adopción de los instrumentos de control jurisdiccional y político, con responsabilidades para los titulares de los cargos públicos, y donde los controles sociales, en especial los de índole electoral, ya están consolidados. En este modelo transicional algunas formas avanzadas de control están incorporadas al ordenamiento constitucional y significan un adelanto en el sentido de modificar el entorno institucional y de generar estándares culturales propicios para la plena validez de las normas que regulan los procesos del poder. Algunos de estos sistemas presidenciales al mismo tiempo que incorporan instituciones de control jurisdiccional y político, contienen su neutralización o incluso la anulación de sus efectos mediante otras instituciones constitucionales con las que coexisten. Esto no excluye que haya ocasiones en que esa interacción negativa no haya sido deliberada y se trate de errores en el diseño, susceptibles de corrección.

Considero que se alcanza un *modelo presidencial democrático* cuando se pasa de los enunciados formales a la positividad de la norma en materia de controles jurisdiccionales y políticos, y por ende se está ante un sistema presidencial que ha superado la concentración de facultades en una sola persona, en el que las decisiones gubernamentales son objeto de deliberación en un gabinete con facultades constitucionales y los ministros que lo integran están sujetos a responsabilidades políticas. Los postulados normativos por sí mismos son valiosos en tanto que apuntan lo que corresponde al deber ser del sistema presidencial, pero en las relaciones de poder las resistencias al cambio, incluso al formal, son muy intensas y se multiplican cuando se pasa a su aplicación real. La expresión nominal de las disposiciones relativas al sistema presidencial no siempre denotan que se esté dando su cumplimiento. En ocasiones encubren usos y prácticas diversas que no guardan relación con lo prescrito por la Constitución. En estos casos considero que se sigue en la fase transicional, y que el modelo democrático se consolida en cuanto la norma y la normalidad coinciden.

El derecho constitucional común de América Latina presenta muchos datos en cuanto a que, tendencialmente, los modelos tradicionales están movilizándose hacia los transicionales, y algunos de éstos han alcanzado o se acercan a la tercera modalidad, democrática. Aludo a *modelos*, no a *fases* de un proceso diacrónico. Si bien es frecuente que se produzcan efectos agregados equivalentes a una línea evolutiva, también suceden fenómenos regresivos. Los modelos mencionados corresponden a una perspectiva dinámica que permite advertir las oscilaciones del sistema presidencial, que lo mismo puede pasar del transicional al democrático, que viceversa.

Las semejanzas formales entre las instituciones no ofrecen la certidumbre de que operen de manera análoga en los diferentes sistemas constitucionales, y ni siquiera de que se pueda hablar de su validez y eficacia en los Estados donde están en vigor. La homogeneidad se agota en los enunciados formales, si bien esto tampoco es algo que pueda desdeñarse. En la medida en la que se tienda a adoptar instituciones análogas, y dadas las condiciones de intensa comunicación que caracterizan a la sociedad global contemporánea, lo que comienza como una expresión nominal muy bien puede culminar en un auténtico proceso normativo.

La reserva concierne a que en una construcción dinámica además del análisis normativo es menester examinar los variados factores culturales con los que conviven y en los que se desarrollan las mismas instituciones jurídicas y políticas. El núcleo de afinidades formales tiende a estandarizarse, pero la homogeneidad cultural es mucho más compleja. Algunos patrones de conducta se han generalizado en regiones determinadas, pero lo que concierne a los comportamientos asociados al ejercicio del

poder tiene fuertes notas vernáculas que imprimen una multiplicidad de matices a las instituciones políticas.

Estas consideraciones inducen a considerar que el *ius constitutionale commune* debe atender también al contexto, y que las condiciones de homogeneidad cultural en América Latina son engañosas. Hay elementos externos compartidos y que son de gran importancia, como el idioma, pero también hay diferencias que tienden a acentuarse. La relevancia de estudiar el contexto ha sido subrayada de manera especial por Dieter Nohlen.

A partir de 1988 quince constituciones han adoptado instituciones avanzadas en materia de régimen de gobierno. Diez de ellas son nuevas y cinco fueron reformadas en esa dirección: Argentina (1994), Bolivia (2009), Brasil (1988), Chile (modificada en 2001 y con nuevas reformas anunciadas para 2014), Colombia (1991), Ecuador (2008), El Salvador (reformada en 2000), Guatemala (reformada en 1993), Honduras (1999), México (reformada en 2014), Nicaragua (reformada en 2000), Perú (1992), República Dominicana (2010), Uruguay (1996) y Venezuela (1999).

De esas constituciones nueve prevén la aprobación congresual del programa de gobierno: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Honduras, México, República Dominicana y Uruguay. Por otra parte en doce se hace referencia a las facultades de los gabinetes: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá, República Dominicana, Uruguay, Venezuela, y en cinco a las de los jefes o coordinadores de los gabinetes de gobierno: Argentina, Chile, Guatemala, Perú, Venezuela. Considerando estos catorce países, se advierte que sólo la Constitución de Argentina incluye los tres rubros, mientras que en otros siete están recogidas dos de esas categorías.

En la mayoría de los quince países los ministros están sujetos al control político por parte de los congresos. Las modalidades generalizadas de control son las preguntas y las interpelaciones. La censura, la más dura forma de expresar una discrepancia por parte de los representantes políticos, está prevista en once constituciones: Argentina, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay, Venezuela.

El alcance de las instituciones mencionadas no es igual en cada caso. Las instituciones están sujetas a *interacciones normativas y culturales*. En el primer caso el comportamiento de una misma institución en diferentes ámbitos normativos depende de cómo están estructuradas y funcionan otras instituciones. Por ejemplo, las relaciones entre el gobierno y el congreso se ven influidas por el régimen de partidos, que a su vez guarda una relación estrecha con los mecanismos electorales.

La aprobación de un programa de gobierno se dificulta si en el congreso es dominante la presencia de dos partidos y adquiere otra dinámica según haya un número reducido de partidos o la representación se encuentre muy fragmentada. Los matices posibles no se agotan allí. También influye el talante del electorado y su actitud en función de problemas de coyuntura, la actitud de los medios de comunicación, la magnitud de las presiones ejercidas por los centros de poder económico nacionales y extranjeros, por las organizaciones gremiales y académicas, por los líderes culturales y sociales, e incluso las inercias establecidas.

Otras interacciones están referidas al contexto normativo. Puede haber disposiciones constitucionales que orienten las políticas del Estado en materia educativa, habitacional, asistencial y de salud, para sólo mencionar unos casos, que representen un ingrediente acerca del cual se puedan tener variaciones de políticas pero no posiciones muy alejadas. A esto se puede sumar que el programa sea ejecutado por un gobierno mayoritario o por uno de coalición. También se debe considerar si el sistema jurisdiccional ofrece instrumentos para impugnar las normas que regulan la aplicación de los programas de gobierno, por lo que la eventualidad de correcciones, modificaciones o incluso derogaciones no queda excluida.

Todo lo anterior se menciona en el caso de una sola institución, el programa de gobierno, para ilustrar las múltiples vicisitudes a las que se encuentra sujeta una institución en un momento determinado. El esquema se hace más complejo si se examinan las posibilidades en un horizonte cronológico extendido. Por ende, los trazos que apunten a la homogeneidad formal pueden ser examinados con mayor facilidad si se hace sobre la base de un modelo que permita apreciar los elementos comunes dominantes, para luego cotejarlos con los procesos de interacción institucional que varían en el espacio y en el tiempo. Es relevante que además de los elementos formales se contemplen los efectos reales de cada uno de los sistemas presidenciales para identificar la relación entre norma y normalidad.

Convencionalmente se ha entendido como integrantes de América Latina a los países hispano-luso hablantes. Aceptando esa convención, hay 19 países en el área. De estos, conforme a los modelos apuntados más arriba, el examen de la norma y de la normalidad aparente permite establecer que los sistemas presidenciales de Brasil, Chile, Costa Rica y Uruguay corresponden al modelo democrático. En esos países los instrumentos de control jurisdiccional y político se encuentran en una fase que permite hablar de su aplicación efectiva.

El modelo transicional, con un amplio gradiente en cuanto a su desarrollo, se observa en Argentina, Colombia, Guatemala, Panamá, Perú y República Dominicana.

Cada uno de esos sistemas presenta problemas que no les han permitido consolidar el modelo presidencial democrático, pero el instrumental requerido ya está en vigor.

Los restantes sistemas constitucionales forman parte del modelo tradicional. Aquí se inscriben Bolivia, Cuba, Ecuador, El Salvador, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay y Venezuela. En el caso cubano, el rezago se extiende al ordenamiento mismo en su conjunto, que no se encuadra en el constitucionalismo contemporáneo. Otros sistemas, como Bolivia, Ecuador, Nicaragua y Venezuela, contienen disposiciones formales de control político, pero también establecen instituciones que confieren a los respectivos presidentes poderes hegemónicos que neutralizan y en algunas circunstancias incluso nulifican las posibilidades de control por parte de los órganos jurisdiccionales y representativos. En cuanto a los otros países centroamericanos subsiste la fragilidad de las instituciones representativas. El caso de Paraguay es impreciso porque si bien el congreso ejerció funciones extremas de control con relación al presidente, también es probable que no haya actuado con autonomía y que se haya subordinado a otras formas de presión. Se trata de una situación *sui generis* en la que todos los indicios apuntan en el sentido de que se mantiene una estructura vertical del poder.

México forma parte de modelo tradicional, porque los cambios en materia de régimen de gobierno promulgados en 2014 entrarán en vigor en 2018, y aun así sólo contemplan avances moderados en cuanto a la aprobación del programa de gobierno y a la participación del congreso en la ratificación de algunos integrantes del gabinete. El poder sigue concentrado en la figura presidencial, y si bien las previsiones para 2018 son un avance con relación a la situación presente, no contemplan el amplio elenco de controles políticos que ya están presentes en los sistemas que han sido caracterizados dentro de los modelos transicional y democrático.

V. Reflexiones finales

Un aspecto que es conveniente tener en cuenta cuando se analiza la formación de algunas instituciones que caracterizan al *ius commune* latinoamericano, es el origen europeo de las que se reputan como estadounidenses, entre ellas el componente plebiscitario del sistema presidencial. En tanto que sería descabellado plantear siquiera la modificación del mecanismo plebiscitario, lo que debe buscarse es su corrección por la vía de otras instituciones de compensación, en especial por el acoplamiento

de gobiernos de gabinete en el sistema presidencial. De esta manera, aunque los presidentes ocupen a la vez la jefatura del Estado y del Gobierno, los integrantes del gabinete estarían sujetos a formas de investidura, control y remoción que atenuarían las tensiones e incluso propiciarían formas de colaboración entre gobiernos y congresos.

Los constituyentes de Filadelfia tuvieron dos grandes modelos de referencia: el inglés, lo que es muy conocido, y el holandés, en lo que se repara bastante menos. Con todo, es inequívoco que la presencia holandesa fue importante en las trece colonias.³² En el siglo XVII las colonias holandesas se extendían en partes de los actuales territorios de Nueva York, Pensilvania, Delaware y Massachusetts.

Durante el periodo de la colonización norteamericana, los Países Bajos estaban organizados como *República de las Siete Provincias Unidas* (*Republiek der Zeven Verenigde Provinciën*), como *República de los Siete Países Bajos Unidos* (*Republiek der Zeven Verenigde Nederlanden*), o simplemente como *Provincias Unidas* (*Verenigde Provinciën*). La estructura correspondía a un Estado confederado y su vigencia se extendió de 1581 a 1795. Téngase en cuenta que lo que hoy es Nueva York antes fue Nueva Amsterdam, y todavía se conservan allí nombres holandeses como Bronx (por su fundador Jonas Bronck) y Harlem, que a su vez había sido Nueva Harlem.

El concepto *Estados Unidos*, que está asociado a las ideas republicana y federal, que fue adoptado por las trece colonias con motivo de su independencia³³ y luego por México y por Brasil, procede del constitucionalismo republicano holandés del siglo XVI. Esta es una vertiente de estudio todavía poco explorada.³⁴ Además esto no resulta ajeno a la tradición norteamericana en tanto que el pensamiento republicano de ingleses y holandeses aparece “conectado” en el periodo que comprende las dos últimas décadas del siglo XVI y la primera del XVII, según ha demostrado Jonathan Scott.³⁵

En el primer Congreso Continental, reunido a partir de octubre de 1774 y del que resultaron los Artículos de Confederación de 1778,³⁶ figuraron muchos de los más

32. Cfr. Mijnhardt, Wijnand, “The Declaration of Independence and the Dutch legacy”, y Voorhees, David William, “English Law through Dutch eyes”, en Rosenblatt, Albert M., y Rosenblatt Julia C., editores, *Opening statement. Law, jurisprudence, and the legacy of the Dutch New York*, Albany, State University of New York Press, 2013, pp. 55 y ss., y 207 y ss., respectivamente.

33. Conviene tener presente que en 1643 ya habían sido adoptados los *Articles of Confederation of the United Colonies of New England*.

34. Con toda razón se afirma que la república holandesa suele ser poco estudiada, a pesar de que en su momento atrajo la atención de los más relevantes estudiosos de la política en Europa. Cfr. Gordon, Scott, *Controlling the State*, Harvard, Harvard University Press, 1999, p. 167.

35. “Classical republicanism in Seventeenth-century England and the Netherlands”, en Van Gelderen, Martin, y Skinner, Quentin, editores, *Republicanism. A shared European heritage*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, Vol. I, pp. 61 y ss. Scott subraya que es llamativo que la relación entre las teorías republicanas inglesa y holandesa no se haya estudiado sino hasta fines del siglo XX.

36. Entraron en vigor en marzo de 1781.

eminentes juristas de la época. Entre ellos estuvo John Adams, quien años más tarde sería el segundo presidente de Estados Unidos.³⁷ Adams reconoció que la “historia de [Holanda], y sus complicadas constituciones, han provisto de una inagotable fuente de materiales para nuestro [del los constituyentes] propósito”.³⁸ Entre otros aspectos mencionó que en los holandeses se inspiró el principio de que los cargos públicos debían corresponder a todos los hombres por igual, en función exclusiva de su mérito. Reconoció que la organización holandesa era ejemplar pues cada provincia contaba con una asamblea, cada ciudad con un burgomaestre y sus respectivos consejeros, y que los jueces eran independientes.

La experiencia institucional holandesa fue mencionada en varias ocasiones durante el proceso constituyente.³⁹ Uno de esos caso fue el relacionado con la denominación que debía darse al titular del gobierno. En los Países Bajos existía ya un funcionario con el título de estatúder (*stadholder, stadtholder*, en inglés; *stadhouder* en neerlandés), que se confería, durante la dominación española, a los gobernadores de las fortalezas. En español, en sentido literal, se traduciría como lugarteniente. La misma voz se conservó durante el periodo republicano para identificar al gobernador de una provincia. Fue usada por primera vez, en este sentido, cuando los Estados Generales nombraron a Guillermo de Orange, en 1580. El título subsistió hasta 1802. En el caso de la casa de Orange el cargo se hizo hereditario, por lo que su deriva monárquica representó un obstáculo para su adopción por parte de los convencionistas de Filadelfia. El tema fue mencionado sin mayor profundidad por Benjamin Franklin en la sesión del 4 de junio de 1787, y por Pierce Butler un par de días antes.

Los elementos analizados permiten identificar que el sistema presidencial en América Latina tiene varias raíces europeas, una significativa influencia estadounidense y numerosas notas propias. Por otra parte el sistema presidencial estadounidense ha seguido evolucionando después de su formulación inicial en 1787, y muchos aspectos de ese proceso de adaptación forman parte de cambios formales de la Constitución, de la interpretación de la Corte Suprema y de variaciones en los usos y estilos que ya no han tenido impacto en los sistemas latinoamericanos. La sujeción del gobierno a las investigaciones acordadas por el Congreso, por ejemplo, se comenzaron a practicar en 1792 aunque ni entonces ni ahora hayan formado parte del ordenamiento.

37. De los 56 delegados que representaron a las 13 colonias en 1774, 8 participaron en la elaboración de la Constitución federal, entre ellos los influyentes Gouverneur Morris y George Washington. Otros, como John Adams y Thomas Jefferson no intervinieron directamente en la aprobación de la Constitución pero si contribuyeron con sus ideas y observaciones.

38. Adams, John, *A defence of the Constitution of government of the United States of America, against the attack of M. Turgot in his letter to Dr. Price*, Londres, John Stockdale, 1794, Vol. I, p. 69.

39. Entre otras, en la intervención de Benjamin Franklin el 4 de junio de 1787.

Además, hay propuestas para reformar el sistema presidencial desde el siglo XIX, con independencia de que también las haya para sustituirlo por un sistema parlamentario, como sostiene Bruce Ackerman.⁴⁰ Cuando la Constitución norteamericana acababa de cumplir un siglo de vida, un joven jurista, Woodrow Wilson, postuló la conveniencia de incorporar en el sistema presidencial de Estados Unidos un *gobierno de gabinete*, que permitiera transformar un sistema dominado por los intereses en un sistema que privilegiara las responsabilidades políticas. En opinión de Wilson, para superar la supremacía de comisiones congresuales irresponsables se hacía necesario construir un gabinete responsable.⁴¹

La cuestión del voto sigue estando sujeta a debate en Estados Unidos. En 1967 el 58% de las personas encuestadas se manifestaba a favor de la elección popular directa del presidente; en 2004 ese porcentaje subió al 61. Tal vez la mayoría no está consciente de los cambios que una modificación así ocasionaría. Por eso, a pesar de la inclinación prevaleciente, hay quienes se siguen pronunciando por no hacer semejante modificación.⁴²

Hablar de un parentesco remoto entre los sistemas presidencial y parlamentario no aclara nada, porque en su esencia todas las formas de dominación tienen semejanzas; lo importante es que la evolución de ambos sistemas tiende a hacerlos compartir principios e instituciones. Los sistemas parlamentarios se han movido hacia formas que ofrezcan más estabilidad, en tanto que los presidenciales lo han hecho hacia modalidades que garanticen mayor responsabilidad. En América Latina se han hecho intentos serios de adaptación del sistema parlamentario en Brasil, Chile, Cuba y Ecuador, y en diferentes momentos ha sido objeto de análisis por parte de asambleas deliberantes en otros países, entre ellos México. No se trata, por ende, de un esquema ajeno a la realidad constitucional latinoamericana. En la actualidad las notas dominantes comienzan a girar hacia un modelo presidencial democrático que asocia el ejercicio del poder con los principios, las normas y las prácticas del constitucionalismo contemporáneo. Ese es el derrotero previsible y deseable del *ius constitutionale commune* latinoamericano.

40. Ackerman, Bruce, *La nueva división de poderes*, México, FCE, 2007, pp. 25 y ss.

41. Cfr. Wilson, Woodrow, *Cabinet Government in the United States*, Stamford, Overbrook Press, 1947, pp. 10 y ss. La versión original de este ensayo fue publicada en 1879. Cinco años después aparecería su célebre *Congressional Government*, donde partió de la premisa de que el verdadero contraste no estaba entre los sistemas presidencial y monárquico, sino entre los gobiernos congresual y parlamentario. En 1908, en su obra culminante, *Constitutional government in the United States*, reiteró su tesis de un gobierno de gabinete para su país. Ver edición de Transaction Publishers, New Brunswick, 2004, pp. 67 y ss.

42. Es el caso de John Paul Stevens, ex juez de la Corte Suprema. Cfr. Stevens, J. P., "Should we have a new Constitutional Convention?", en *The New York Review of Books*, N. York, octubre 11-24 de 2012, Vol. LIX, No. 15, pp. 20 y ss.

Parte II

Estándares de protección de grupos vulnerables

Hacia la justiciabilidad plena de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de Derechos Humanos¹

Eduardo Ferrer Mac-Gregor²

Sumario: I. Exordio. II. Los derechos económicos, sociales y culturales en los sistemas de protección de derechos humanos: una visión comparada. III. La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales a partir de la interdependencia e indivisibilidad con los derechos civiles y políticos. IV. Crónica de un debate abierto: el artículo 26 de la Convención Americana y la aparente tensión con el Protocolo de San Salvador. V. Vías interpretativas del artículo 26 de la Convención Americana. VI. Los artículos 26 y 29 del Pacto de San José a la luz del principio pro persona. VII. La interpretación evolutiva del artículo 26 de la Convención Americana conforme la normativa constitucional y las prácticas de las altas jurisdicciones nacionales. VIII. El principio iura novit curia y la justiciabilidad directa del derecho a la salud en el Caso Suárez Peralta. IX. A manera de conclusión: hacia la garantía directa de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano.

1. El presente trabajo tiene como base la ponencia que en su momento presentamos en el *XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (Tucumán, 2013) bajo el título "La garantía interamericana directa de los derechos económicos, sociales y culturales" y del voto concurrente emitido en el *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de mayo de 2013, Serie C, No. 261.

2. Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor de la Facultad de Derecho, ambos de la UNAM.

I. Exordio

Desde hace tiempo la garantía jurisdiccional de los derechos económicos, sociales y culturales³ se ha convertido en un tema recurrente en la discusión académica y judicial. Las posiciones van desde aquellas que consideran que los derechos económicos, sociales y culturales son normas programáticas y no tienen cabida en un tribunal, hasta las que estiman que la solución a todos los conflictos sociales debe quedar en manos de los jueces. Incluso, se han propuesto vías alternativas para su justiciabilidad, como sucede con las visiones dialógicas⁴.

Lo cierto es que los derechos sociales no son los únicos que tienen, en su contenido, “acciones de hacer” o “acciones positivas”. Los derechos civiles y políticos, al igual que los derechos sociales, también contienen, en cierta cantidad, acciones de hacer o positivas, para su realización y los derechos sociales a su vez contienen acciones de no hacer o negativas que por mucho tiempo se relacionaron únicamente con los derechos civiles⁵.

Por otro lado, los justiciables, en reiteradas ocasiones, argumentan que los derechos sociales resultan demasiado ambiguos para poder determinar el núcleo del derecho. Esta supuesta falta de determinación de la conducta debida o falta de especificación concreta del contenido, no solo aplica a los derechos sociales. En efecto, en el inicio de la protección de los derechos fundamentales, se tuvo que partir de cero para poder definir el contenido de la libertad de expresión, de la propiedad, de los alcances de la igualdad, etc., por lo tanto, la determinación del contenido de los derechos sociales, como cualquier otro derecho, dependerá en buena medida del caso en concreto, de las circunstancias y atendiendo a las particularidades del asunto⁶.

3. En la tradición constitucional se habla de los “derechos sociales” y en la tradición del derecho internacional de los derechos humanos se utiliza la expresión de los “derechos económicos, sociales y culturales” e inclusive “derechos ambientales”. Para efectos de este trabajo se emplearán indistintamente estas expresiones, siguiendo a Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Edit. Trotta, 2002, pp. 19-64.

4. Cfr., entre otros, Gargarella, Roberto, “Justicia dialógica en la ejecución de los derechos sociales. Algunos argumentos de partida”, en Alicia Ely Yamin y Siri Gloppen (coords.), *La lucha por los derechos de salud. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2013, pp. 279-294; Alterio, Micaela y Niembro Ortega, Roberto, “La exigibilidad de los derechos sociales desde un modelo deliberativo de justicia constitucional: El caso vacantes”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, núm. 16, julio-diciembre de 2011, pp. 353-377. Sobre un método alternativo véase Pelayo Moller, Carlos María, “El “mínimo vital” como estándar para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista Metodhos*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, No. 3, 2012, pp. 31-51.

5. Cfr. Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, en Carbonell, Miguel, Cruz Parceros, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo, (Comp.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Porrúa, México, 2004, p. 139.

6. Cfr. Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”, en *La protección judicial de los derechos sociales*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ecuador, 2009, pp. 18-19.

En la mayoría de los casos, las reticencias para hacer justiciables estos derechos tienen raíces políticas e ideológicas, muchas veces basadas en una mal entendida concepción democrática⁷, ya que jurídicamente nada impide que los tribunales conozcan de sus incumplimientos. Afortunadamente, los mitos que durante mucho tiempo acompañaron la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales se han venido desvaneciendo⁸. Así, la posibilidad de someter a consideración de un tribunal la violación de estos derechos va ganando terreno en la práctica gracias al debate que se ha dado en sede doctrinal. El debate, sin embargo, sigue abierto.

Esta discusión ha tenido lugar también a nivel interamericano, aunque con sus propias especificidades. Como veremos más adelante, si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH” o “Tribunal Interamericano”) ha dado respuesta a los reclamos relativos a los derechos económicos, sociales y culturales, la mayoría de las veces lo ha hecho de manera indirecta bajo el ropaje de los derechos civiles y políticos⁹. Las razones para ello son de diversa índole, las que analizaremos y discutiremos en este trabajo, aunque en términos normativos se reducen a la posibilidad y conveniencia o no de exigir jurisdiccionalmente el cumplimiento del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “Convención Americana” o “Pacto de San José”), así como en determinar qué derechos derivan de la Carta de la Organización de Estados Americanos, conforme al mismo numeral.

Un ejemplo reciente de ese tipo de abordaje es el caso *Suárez Peralta* de mayo de 2013¹⁰, en el que la Corte IDH declaró responsable internacionalmente a Ecuador por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial previstos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, así como al deber de garantía del derecho a la integridad personal contenido en el artículo 5.1, todos en relación con el artículo 1.1 del Pacto de San José. En este asunto el Tribunal Interamericano pudo haber abordado la problemática teniendo en cuenta lo que realmente motivó que dicho

7. Sobre este punto véase Gargarella, Roberto, “Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?”, *Perfiles Latinoamericanos*, FLACSO, México, núm. 28, 2006, pp. 29-30.

8. Cfr., entre otros, Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002; Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid, Trotta, 2007; Acuña, Juan Manuel, *Justicia constitucional y políticas públicas sociales. El control de las políticas públicas sociales a partir de la articulación jurisdiccional de los derechos sociales fundamentales*, México, Porrúa-IMDPC, núm. 61, 2012; Rey Martínez, Fernando, *La dignidad humana en serio*, México, Porrúa-IMDPC, núm. 74, 2013, p. 13 y ss.; Carbonell, Miguel, *Derechos fundamentales*, México, Porrúa-CNDH, 2005, p. 782 y ss.

9. Lo anterior ha llevado a algunos autores de considerar “la práctica inexistencia de derechos económicos sociales y culturales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Convención Interamericana de Derechos Humanos”: Santolaya Machetti, Pablo, y Díaz Ricci, Sergio M., “Los derechos económicos, sociales y culturales y la protección de grupos vulnerables”, en *El diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2012, p. 273 y ss.

10. Cfr. *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de mayo de 2013, Serie C, No. 261.

caso llegara al Sistema Interamericano y particularmente a su instancia jurisdiccional, que fueron las implicaciones al “derecho a la salud” de la víctima debido a una mala praxis médica con responsabilidad del Estado, que generó una afectación grave a la salud de una mujer de veintidós años y madre de tres hijos, lo que provocó distintas intervenciones quirúrgicas y padecimientos en detrimento de su dignidad humana.

Por las razones que explicaré más adelante, desde mi perspectiva, esta situación pudo haberse considerado de manera explícita para que se abordara la cuestión con plenitud y se estudiaran las implicaciones en el caso del derecho a la salud de manera autónoma. Lo anterior, partiendo de reconocer la competencia que otorga a la Corte IDH el artículo 26 del Pacto de San José para pronunciarse sobre el derecho a la salud y entendiendo la justiciabilidad directa de dicho derecho social —y no sólo de manera tangencial y en conexión con otros derechos civiles—, lo que pudo, en su caso, haber derivado en declarar violado dicho dispositivo convencional en forma autónoma, en relación con las obligaciones de respeto y garantía previstas en el artículo 1.1 del Pacto de San José.

En efecto, las obligaciones generales de “respeto” y “garantía” que prevé el mencionado precepto convencional—conjuntamente con la obligación de “adecuación” del artículo 2 de la propia Convención Americana— aplican a **todos los derechos**, sean civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, a la luz de la interdependencia e indivisibilidad existente entre **todos los derechos humanos** reconocidos en el Pacto de San José; esta “interdependencia e indivisibilidad” fue expresamente reconocida con particular intensidad respecto al derecho a la salud en el caso *Suárez Peralta* que sirve para la elaboración del presente trabajo¹¹; lo que implica una serie de consecuencias trascendentales, entre las que se encuentra el aceptar que los derechos humanos no tienen jerarquía entre sí, pudiendo ser justiciables de manera directa los derechos civiles y políticos, como los derechos económicos, sociales y culturales.

En efecto, la competencia de la Corte IDH para conocer del derecho a la salud se encuentra directamente en el artículo 26 (Desarrollo Progresivo) del Pacto de San José (a través de distintas vías interpretativas que repasaremos más adelante, en relación con los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno), así como del artículo 29 (Normas de Interpretación) de la propia Convención Americana. Además, considerando los artículos 34.i) de la

11. Véase el párr. 131 de la Sentencia del Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador, que textualmente señala que: “la Corte también considera pertinente recordar la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello”; lo anterior, siguiendo el precedente del Tribunal Interamericano en el *Caso Acevedo Buendía y otros* (*“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”*) Vs. Perú. *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198, párr. 101.

Carta de la Organización de los Estados Americanos, el artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (los dos últimos instrumentos de conformidad con lo previsto en el artículo 29.d del Pacto de San José), así como otros instrumentos y fuentes internacionales que le otorgan contenido, definición y alcances al derecho a la salud — como lo ha hecho la Corte IDH respecto de los derechos civiles y políticos¹², como lo son los artículos 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 17 y 33.2 de la Carta Social de las Américas, 12.1 y 12.2.d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 12.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 24 y 25 de la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros instrumentos¹³ y fuentes internacionales¹⁴ —incluso nacionales vía el artículo 29.b)¹⁵ de la Convención

12. Por ejemplo, en el *Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 153, se estableció: "El contenido y alcances del artículo 19 de la Convención Americana deben ser precisados, en casos como el presente, tomando en consideración las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño, en particular de sus artículos 6, 37, 38 y 39, y del Protocolo II a los Convenios de Ginebra, ya que estos instrumentos y la Convención Americana forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que los Estados deben respetar".

Otro ejemplo es el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79, párrs. 147 y 148, este último señala: "Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención -que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos-, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua".

De igual forma, en el *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221, párr. 121, la Corte IDH estableció que: "María Macarena Gelman tenía derecho a medidas especiales de protección [...] [por lo que] las alegadas violaciones a los derechos reconocidos en los artículos 3, 17, 18 y 20 de la Convención deben interpretarse a la luz del *corpus juris* de los derechos de la niñez y, en particular según las circunstancias especiales del caso, armónicamente con las demás normas que les atañen, en especial con los artículos 7, 8, 9, 11, 16, y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño".

13. Por ejemplo, el artículo 28 de la Convención sobre la protección de los trabajadores migratorios y sus familias. En general, véanse los instrumentos que se mencionan en la Observación General número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud [artículo 12]", párr. 2.

14. Como pueden ser las recomendaciones y observaciones generales de distintos Comités. Especialmente resulta relevante para el derecho a la salud, la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que interpreta el artículo 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud". Así como los Principios de Limburgo, relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que señalan en su párrafo 25: "Se obliga a los Estados Partes a garantizar el respeto de los derechos mínimos de subsistencia para todos, sea cual fuere el nivel de desarrollo económico". Asimismo, también resulta de interés los *Indicadores de Progreso para Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo de San Salvador*, OEA/Ser.L/XXV.2.1, Doc 2/11 rev.2, 16 de diciembre de 2012.

15. Convención Americana: "Artículo 29 b. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho que puedan estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes".

Americana¹⁶—. Y lo anterior sin que sea obstáculo el artículo 19.6¹⁷ del Protocolo de San Salvador, que refiere sólo a la justiciabilidad de algunos derechos sindicales y de educación, toda vez que es el propio artículo 26 de la Convención Americana el que otorga esta posibilidad, como veremos más adelante.

Evidentemente, esta posición demanda un mayor escrutinio en la interpretación normativa interamericana en su conjunto y particularmente del artículo 26 del Pacto de San José, que prevé “la plena efectividad” de los derechos económicos, sociales y culturales, sin que los elementos de “progresividad” y de “recursos disponibles” a que alude este precepto, puedan configurarse como condicionantes normativos para la justiciabilidad de dichos derechos, sino en todo caso constituyen aspectos sobre su implementación de conformidad con las particularidades de cada Estado. De hecho, tal como señaló la Corte IDH en el caso *Acevedo Buendía* en 2009, pueden surgir casos donde el control judicial se concentre en alegadas medidas regresivas o en indebido manejo de los recursos disponibles (es decir, control judicial respecto al avance progresivo).

Además, esta exigencia argumentativa requiere una visión e interpretación evolutiva, acorde con los tiempos actuales, lo que exige considerar los avances del derecho comparado —especialmente de las altas jurisdicciones nacionales de los Estados Partes, incluso de la tendencia en otros países del mundo—, así como una interpretación que analice el *corpus juris* interamericano en su conjunto, particularmente la relación de la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador.

Antes de abordar la problemática señalada en el ámbito interamericano, a continuación realizamos una breve exposición de la temática en los sistemas de protección de derechos humanos en general, con la finalidad de brindar una perspectiva panorámica y actual, destacando los avances que se han materializado sobre la materia.

16. La mayoría de las Constituciones nacionales de los países que han suscrito el Pacto de San José regulan de manera explícita, implícita con otros preceptos o a través de la incorporación de tratados internacionales, la protección del derecho a la salud. Asimismo, conviene tener presente que la Corte IDH, ha utilizado los contenidos de las Constituciones nacionales para otorgar distintos alcances a los derechos civiles, por ejemplo “en aplicación del artículo 29 de la Convención, es considerable lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución Política de la República de Colombia” (derechos fundamentales de los niños). *Caso de la “Masacre de Mapiripán”*, *supra*, párr. 153.

17. Protocolo adicional a la Convención sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales: “Artículo 19. *Medios de Protección*. 6. En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado Por Los Artículos 44 A 51 Y 61 A 69 De La Convención Americana Sobre Derechos Humanos”.

II. Los derechos económicos, sociales y culturales en los sistemas de protección de derechos humanos: una visión comparada

A) Sistema Universal

En la actualidad los diversos sistemas de protección de derechos humanos contemplan instrumentos que consagran derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. En muy pocos casos, sin embargo, los organismos y tribunales regionales han hecho efectivos estos derechos de manera autónoma.

En el caso del Sistema Universal, después de la Segunda Guerra Mundial, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) inició los trabajos correspondientes que culminarían, en 1966, con la adopción por la Asamblea General del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), entrando ambos pactos en vigor en 1976. Los Pactos desarrollaron los derechos establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a diferencia de ésta, constituyeron, al menos en el caso del PIDCP, instrumentos jurídicos vinculantes para los Estados signatarios. De esta forma, mientras que el PIDCP consagró los derechos de la Declaración Universal, el PIDESC estableció una gama más amplia de derechos que hasta hace algunos años no eran plenamente reconocidos ni aceptados por las naciones, pues consideraban que no constituían derechos humanos propiamente, sino cuestiones y objetivos en cuanto a las aspiraciones de una política social¹⁸.

Con la creación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante el "Comité DESC"), mediante la Resolución 1985/17¹⁹ del Consejo Económico y Social, se facultó a este nuevo órgano para supervisar el cumplimiento del Pacto. A partir de entonces, el Comité DESC inició con la tarea de desarrollar los alcances de cada uno de los derechos contemplados en ese instrumento internacional. Así, podemos agrupar en tres rubros las Observaciones Generales del Comité DESC: a) derechos del PIDESC, b) grupos o situaciones de vulnerabilidad y c) lineamientos específicos sobre el funcionamiento del PIDESC.

En cuanto al primer grupo, el Comité DESC ha desarrollado el contenido del derecho

18. *Cfr.*, entre otros, Hernández Cruz, Armando, "Los derechos económicos, sociales y culturales y su justiciabilidad en el Derecho Mexicano", IJ-UNAM, México, 2010, p. 101.

19. ONU, *Revisión de la composición, organización y administración acuerdos del Grupo de Trabajo del período de sesiones de la Gubernamental Expertos en la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Resolución Consejo Económico y Social 1985/17.

Construcción de un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina

a la vivienda²⁰, el derecho a la alimentación adecuada²¹, el derecho a la educación²², el derecho a la salud²³, el derecho al agua²⁴, el derecho a la cultura²⁵, el derecho al trabajo²⁶, el derecho a la seguridad social²⁷ y el derecho a la no discriminación²⁸. En cuanto al segundo rubro, el Comité DESC se ha pronunciado sobre condiciones específicas como los derechos sociales de las personas con discapacidad²⁹, de las personas adultas mayores³⁰, el derecho a la vivienda en el contexto de desalojos forzosos³¹ y la igualdad de derecho del hombre y la mujer³². Además, y en tercer lugar, ha brindado lineamientos sobre las obligaciones de los Estados Partes en materia de DESC³³, la presentación de

20. ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 4, El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto), [Sexto período de sesiones, 1991], U.N. Doc. E/1991/23 (1991).

21. ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 12, El derecho a una alimentación adecuada [art. 11], [20º período de sesiones, 1999], U.N. Doc. E/C.12/1999/5 (1999).

22. ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 13, El derecho a la educación [artículo 13 del Pacto], [21º período de sesiones, 1999], U.N. Doc. E/C.12/1999/10 (1999).

23. ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud [artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales], [22º período de sesiones, 2000], U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000).

24. ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Observación General 15, Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El derecho al agua [artículos 11 y 12 del Pacto], [29º período de sesiones 2002], U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 117 (2002).

25. ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 17, Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El Derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor[a] [artículo 15 del Pacto, apartado c) párrafo 1], [35 Período de Sesiones, 2005] U.N. Doc. E/C.12/GC/17 (2006) y Observación General No. 21, El derecho a participar en la vida cultural [artículo 15, párrafo 1 a) del Pacto], [43º Período de Sesiones, 2009] U.N. Doc. E/C.12/GC/21/Rev.1 (2010).

26. ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 18, El derecho al Trabajo [35º período de sesiones, 1999], U.N. Doc. E/C.12/GC/18 (2006).

27. ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 19, El derecho a la seguridad social [artículo 9 del Pacto] [39º Período de Sesiones, 2007], U.N. Doc. E/C.12/GC/19 (2008).

28. ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales [artículo 2, párrafo 2 del Pacto] [42 Período de Sesiones, 2009] U.N. Doc. E/C.12/GC/20 (2009).

29. ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 5, Personas con discapacidad [11 período de sesiones, 1994], U.N. Doc. E/C.12/1994/13 (1994).

30. ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 6, Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores [13 período de sesiones, 1995], U.N. Doc. E/C.12/1995/16/Rev.1 (1995).

31. ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 7, El derecho a una vivienda adecuada [párrafo 1 del artículo 11 del Pacto]: los desalojos forzosos [16º período de sesiones, 1997], U.N. Doc. E/1999/22, anexo IV (1997).

32. ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 16, La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales [artículo 3 del Pacto] [34º Período de Sesiones, 2005], U.N. E/C.12/2005/4 (2005).

33. ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes [párrafo 1 del artículo 2 del Pacto], [Quinto período de sesiones, 1990], U.N. Doc. E/1991/23 (1990).

informes por los Estados Partes³⁴, medidas internacionales de asistencia técnica³⁵, la relación entre las sanciones económicas y el respeto de los DESC³⁶, la aplicación interna del Pacto³⁷, la función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los DESC³⁸ y los planes sobre la enseñanza primaria³⁹.

El Comité DESC, ha contribuido de manera significativa al desarrollo de los DESC dentro del Sistema Universal, especialmente sobre la necesidad de proveer recursos judiciales u otros recursos efectivos que permitan a los titulares de derechos presentar quejas en casos de violaciones a estos derechos.

En este mismo sentido, un segundo hito importante producido por el Sistema Universal fue la adopción del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴⁰ (en adelante el “PF-PIDESC”), el cual permite la presentación de quejas ante el Comité por alegadas violaciones a los derechos contenidos en el PIDESC, cumplidos ciertos requisitos, como el agotamiento de los recursos internos⁴¹.

34. ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 1, Presentación de informes por los Estados Partes (Tercer período de sesiones, 1989), U.N. Doc. E/1989/22 (1989).

35. ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 2, Medidas internacionales de asistencia técnica (artículo 22 del Pacto), (Cuarto período de sesiones, 1990), U.N. Doc. E/1990/23 (1990).

36. ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Observación General 8, Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales (17º período de sesiones, 1997), U.N. Doc. E/1998/22 (1997).

37. ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 9, La aplicación interna del Pacto, (19 Período de Sesiones, 1998), U.N. Doc. E/C.12/1998/ 24 (1998).

38. ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 10, La función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales (19º período de sesiones, 1998), U.N. Doc. E/C.12/1998/25 (1998).

39. ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 11, Planes de acción para la enseñanza primaria (artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 20 Período de Sesiones, 1999, U.N.Doc.E/C.12/1999/4(1999).

40. De acuerdo al artículo 18 del PF-PIDESC este instrumento entrará en vigor tres meses después de que se haya depositado en poder del Secretario General de la ONU el décimo instrumento de ratificación o adhesión. De acuerdo al estatus de ratificación a abril de 2015: 46 Estados han firmado el PF- PIDESEC: Angola, Argentina, Armenia, Azerbaiyán, Bélgica, Benin, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Burkina Faso, Cabo Verde, Chile, Congo, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Eslovaquia, Eslovenia, Finlandia, Francia, Gabón, Ghana, Guatemala, Guinea Bissau, Irlanda, Islas Salomón, Italia, Kazajistán, Luxemburgo, Madagascar, Macedonia, Maldivas, Malí, Mongolia, Montenegro, Níger, Países Bajos, Paraguay, Portugal, República Democrática del Congo, Senegal, Timor-Leste, Togo, Ucrania, Uruguay y Venezuela. De éstos, 16 Estados lo han ratificado, convirtiéndose en Estados partes del PF-PIDESC: Argentina, Bolivia, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Cabo Verde, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Eslovaquia, Finlandia, Gabón, Mongolia, Montenegro, Portugal y Uruguay. Uruguay fue el decimo país que ratificó el PF-PIDES el 5 de febrero del 2013, por lo que el Protocolo Facultativo está en vigor desde mayo del 2013.

41. Resolución A/RES/63/117 adoptada el 10 de diciembre de 2008 por la Asamblea General de la ONU. Entró en vigor el 5 de mayo de 2013. Conforme al Protocolo Facultativo las comunicaciones las pueden presentar al Comité los Estados parte o las personas o grupos de personas respecto a los Estados parte en el Protocolo. El procedimiento general para las personas y grupos de personas es el siguiente: El Comité examina la comunicación y dicta, en su caso, la admisibilidad. El Comité puede dictar medidas provisionales en cualquier momento antes de pronunciarse sobre el fondo. Se hace del conocimiento del Estado, el que tiene seis meses para presentar por escrito las explicaciones o aclaraciones, e indique las medidas correctivas que haya tomado. El Comité examina la comunicación y emite un dictamen junto con sus recomen-

Construcción de un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina

El PF-PIDESC, fue uno de los instrumentos del Sistema Universal más ampliamente discutido para hacer efectivos los derechos sociales en las jurisdicciones nacionales, pues la experiencia de los tribunales regionales de derechos humanos, en donde ya se habían llevado casos sobre derechos de índole económica, social, cultural o ambiental hacían rezagar al Sistema de Naciones Unidas frente a la protección de estos derechos. El PF-PIDESC contempla, como mecanismos o procedimientos para atender las violaciones a los derechos consagrados en el PIDESC: a) las comunicaciones individuales o colectivas⁴², b) quejas interestatales⁴³ y c) la investigación⁴⁴. Mediante estos mecanismos, el Comité DESC⁴⁵ es el órgano encargado de vigilar y supervisar el contenido del PIDESC en los Estados Partes que ya hubieran firmado el PF-PIDESC.

Actualmente el Comité DESC tiene tres casos pendientes, los cuales sólo incluyen las comunicaciones que han sido transmitidas al Estado concernido y no implica la existencia de ninguna decisión sobre la admisibilidad o el fondo del asunto. Las comunicaciones actuales están relacionadas con la discriminación por el acceso a una pensión no contributiva de una persona detenida⁴⁶, la falta de acceso a los tribunales

daciones. El Estado tiene seis meses para dar una respuesta por escrito e informar sobre las medidas que haya adoptado.

42. Artículo 2 Comunicaciones: Las comunicaciones podrán ser presentadas por o en nombre de personas o grupos de individuos, bajo la jurisdicción de un Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto por ese Estado Parte. Cuando se presente una comunicación en nombre de personas o grupos de personas, se requerirá su consentimiento, a menos que el autor pueda justificar el actuar en su nombre sin tal consentimiento.

43. Artículo 10 Comunicaciones entre Estados: 1. Todo Estado Parte en el presente Protocolo podrá declarar en cualquier momento en el presente artículo que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto. Las comunicaciones previstas en el presente artículo sólo se podrán admitir y examinar si son presentadas por un Estado Parte que haya hecho una declaración reconozca con respecto a sí mismo la competencia del Comité. No se admitirá comunicación por el Comité que concierna a un Estado Parte que no haya hecho tal declaración.

44. Artículo 11 Procedimiento de investigación: [...] 2. Si el Comité recibe información fidedigna que revele graves o violaciones sistemáticas por un Estado Parte de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto, el Comité invitará a ese Estado Parte a colaborar en el examen de la información y para tal fin presentar observaciones con respecto a la información de que se trate; 3. Teniendo en cuenta las observaciones que haya presentado el Estado Parte interesado, así como toda información fidedigna de que disponga, el Comité podrá encargar a uno o más de sus miembros que realice una investigación y presente con carácter urgente al Comité. Cuando se justifique y con el consentimiento del Estado Parte, la investigación podrá incluir una visita a su territorio; 4. La investigación será de carácter confidencial y se solicitará la cooperación del Estado Parte en todas las fases del procedimiento[...]

45. Actualmente el Comité DESC esta conformado por 18 miembros: Aslan Abashidze (Federación Rusa), Mohamed Ezzeldin Abdel-Moneim (Egipto); Clement Atangana (Camerún); Maria Virginia Bras Gomes (Portugal); Shiqiu Chen (China); Chandrashekar Dasgupta (India); Oliver de Schutter (Bélgica); Zdzislaw Kedzia (Polonia); Azzouz Kerdoun (Argelia); Mikel Mancisidor de la Fuente (España); Sergei Martynov (Belarus); Arianga Govindasamy (Mauricio); Lydia Ravenberg (Suriname); Renato Zerbin Ribeiro Leão (Brasil); Waleed Sadi (Jordania); Nicolas Jan Schrijver (Países Bajos); Heisoo Shin (República de Corea) y Rodrigo Uprimny (Colombia). Disponible en: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CESCR/Pages/Membership.aspx>. Sobre la competencia del Comité DESC y la legitimación ante el Comité puede consultarse: *Comentario del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Comisión Internacional de Juristas, San José, Costa Rica, 2008, pp. 39 y ss.

46. ONU, Comité DESC, Comunicación 1/2013 respecto de España.

para proteger el derecho a la vivienda⁴⁷ y la discriminación de un menor extranjero en la participación de torneos de fútbol⁴⁸. De este modo, la adopción por parte de la comunidad internacional de un instrumento que acepta la posibilidad que los titulares de derecho puedan presentar denuncias ante un tribunal o un órgano de protección internacional en materia de derechos sociales, significa que la comunidad internacional reconoce que la justiciabilidad de derechos es conceptualmente posible y ofrece vías para materializar la tutela⁴⁹.

B) Sistemas Regionales

En el caso de los sistemas regionales de derechos humanos (Europeo, Africano e Interamericano) sus instrumentos han permitido, en cierto modo, la justiciabilidad de los DESC. En el Sistema Europeo de Derechos Humanos se cuenta con la Carta Social Europea (1961)⁵⁰, los Protocolos Adicionales de 1988 y 1995 a dicha Carta y algunos medios interpretativos derivados del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950); el Sistema Africano de Derechos Humanos contempla la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1986⁵¹, la cual incluye en un solo texto los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales; mientras que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos contiene en el artículo 26, una cláusula de progresividad de derechos en materia de DESC y se contempla el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador de 1999 y recientemente la Carta Social Interamericana (2012).

Por lo que hace al Sistema Europeo de Derechos Humanos, la experiencia del

47. ONU, Comité DESC, Comunicación 2/2014 respecto de España.

48. ONU, Comité DESC, Comunicación 3/2014 respecto de Ecuador.

49. Cfr. Courtis, Christian, "El aporte de los Sistemas Internacionales de Derechos Humanos a la Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales", en Cervantes Alcayde M., Emanuelli, Maria S., Gómez Trejo, O. y Sandoval Terán, A., *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales?: Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, SCJN-UNAM/IIJ, México, 2014, pp. 33-34.

50. En el caso de la Carta Social Europea esta garantiza, entre otros derechos, el derecho al trabajo (artículo 1), condiciones equitativas de trabajo (artículo 2), seguridad e higiene en el trabajo (artículo 3), remuneración equitativa (artículo 4), derecho sindicales (artículo 5), derecho a la formación profesional (artículo 10), protección de la salud (artículo 11), derecho a la seguridad social (artículo 12).

51. En lo que respecta a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, ésta protege el derecho a la salud y a la asistencia médica (artículo 16), el derecho a la educación (artículo 17), el derecho a participar en la vida cultural (artículo 17), el derecho sobre los recursos naturales (artículo 21) y el derecho al desarrollo económico, social y cultural (artículo 22).

Tribunal de Estrasburgo sobre la justiciabilidad de los DESC ha sido en gran medida mediante los métodos de interpretación tradicional como la indivisibilidad⁵², el principio de no discriminación⁵³ y la conexión de derechos o vía indirecta de protección⁵⁴, abordando temas como el cálculo y reconocimiento de pensiones, derechos laborales, protección al medio ambiente, contaminación acústica, derecho a la salud y VIH, derechos sindicales, entre otros. De esta forma, los derechos sociales han quedado subsumidos dentro del contenido de los derechos civiles y políticos. Por su parte, el Comité Europeo de Derechos Sociales, órgano equivalente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos pero que aplica la Carta Social Europea, tiene dos mecanismos para hacerla cumplir: los informes y las denuncias colectivas. La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales se enfoca a la protección de los derechos de la infancia, personas con discapacidad, personas extranjeras y las personas de la etnia gitana, derechos laborales como la seguridad e higiene en el trabajo⁵⁵.

El Sistema Africano de Derechos Humanos presenta menos problemas al momento de hacer efectivos los derechos de carácter económico, social y cultural. Como se mencionó anteriormente, la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos contempla tanto derechos civiles y políticos como derechos de índole económico, social y cultural. En el Sistema Africano, la Comisión Africana de Derechos Humanos ha declarado violaciones autónomas a derechos sociales consagrados en la Carta Africana o bien ha desarrollado otros derechos sociales que no se encuentran

52. Cfr. TEDH, *Case Airey Vs. Ireland*, Application No. 6289/73, Judgment (Merits), Court (Chamber), 9 October 1979; *Case Of Annoni di Gussola and Others Vs. France*, Application No. 31819/96 y 33293/96, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court Third Section, 14 November 2000 y *Cases of the Wilde, Ooms and Versyp (Vagrancy) Vs. Belgium*, Applications No. 2832/66, No. 2835/66 y No. 2899/66, Judgment (Merits), Court (PLenary), 18 June 1971.

53. Cfr. TEDH, *Marckx Vs. Belgium*, Application No. 6833/74, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court Plenary, 13 June 1979; *Case of Andrejeva Vs. Latvia*, Application No. 55707/00, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Grand Chamber), 18 February 2009; *Case Muñoz Diaz Vs. Spain*, Application No. 49151/07, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Third Section), 8 November 2011; *Case Feldbrugge Vs. The Netherlands*, Application No. 8562/79, Judgment (Merits), Court (Plenary), 29 May 1986; *Case Deumeland Vs. Germany*, Application No. 9384/81, Judgment and Just Satisfaction, Court Plenary, 29 May 1986; *Case Schuler-Zraggen Vs. Switzerland*, Application No. 14518/89, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Chamber), 24 June 1993; *Case Salesi Vs. Italy*, Application 13023/87, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Chamber), 26 February 1993 y *Case Delgado Vs. France*, Application No. 38437/97, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Third Section), 14 November 2000.

54. Cfr. TEDH, *Case Lopez Ostra, Vs. Spain*, Application No. 16798/90, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Chamber), 9 December 1994; *Case Moreno Gomez Vs. Spain*, Application 4143/02, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Fourth Section), 16 November 2004; *Case D. Vs. United Kingdom*, Application No. 30240/96, Judgment (Merits), Court (Chamber), 2 May 1997; *Case Connors Vs. United Kingdom*, Application No. 66746/01, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Fourth Section), 27 May 2004; *Case Siliadin Vs. France*, Application No. 73316/01, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Second Section), 26 July 2005 y *Case Opuz Vs. Turkey*, Application No. 33401/02, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Third Section), 9 June 2009.

55. Al respecto puede consultarse: Jimena Quesada, Luis, "La Jurisprudencia Europea sobre Derechos Sociales", en von Bogdandy, Armin, Fix-Fierro, Héctor, Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, México, UNAM-IJ-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2011, pp. 290-296

expresamente reconocidos en la Carta a través de los existentes en dicho instrumento internacional.

Por ejemplo, sobre el derecho a la alimentación, al interpretar los artículos 16 (derecho a la salud) y 22 (derecho al desarrollo económico, social y cultural), la Comisión Africana, en el caso *Ogoni Vs. Nigeria*, sostuvo que el gobierno nigeriano era responsable, entre otras violaciones, de no permitir disponer libremente de los recursos y las riquezas y recursos naturales de la comunidad, y que el derecho a la alimentación del pueblo Ogoni está protegido por intermedio del derecho a la salud y el derecho al desarrollo económico, social y cultural⁵⁶. Además, la Comisión Africana determinó que el derecho a la alimentación tradicional de los pueblos indígenas está indisolublemente vinculado a la dignidad de los seres humanos y, por lo tanto, es esencial para el goce y el ejercicio de otros derechos como la salud, educación, trabajo y participación política. Asimismo, aludió que la Carta Africana y el derecho internacional exigen la protección y mejora de las fuentes existentes de alimentos y garantizar el acceso a una alimentación adecuada para todos los ciudadanos⁵⁷.

Sobre el derecho a la salud en el caso *Purohit and Moore Vs. Gambia*, la parte demandante argumentó que el régimen legal de salud aplicable en Gambia a las personas con algún grado de discapacidad mental violaba el derecho a gozar del mejor estado de salud física y mental alcanzable contemplado en el artículo 16 de la Carta Africana. La Comisión Africana, reconociendo las circunstancias fácticas, en especial los índices de pobreza, consideró que si bien los países africanos no se encuentran en posibilidad de proveer servicios, infraestructura y recursos necesarios para salvaguardar el derecho a salud de manera general, los Estados Parte tienen la obligación de tomar medidas **concretas y específicas**, aprovechando plenamente sus recursos disponibles, a fin de asegurar que el derecho a la salud se realice plenamente en todos sus aspectos y sin discriminación⁵⁸.

En el Sistema Interamericano, la justiciabilidad directa de los DESC aún no se ha materializado, dado que la jurisprudencia constante de los órganos del Sistema Interamericano (Comisión y la Corte), han optado por desarrollar el contenido de

56. ACHPR, African Commission on Human and People's Rights. The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights V. Nigeria Communications No. 155/96, 64.

57. *Idem*, párr. 65. En similar sentido, en el caso *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council Vs. Kenya*, la Comisión Africana consideró que la falta del acceso al Lago Bogoria – que el pueblo Endoris utilizaba como terreno sagrado para las ceremonias religiosas y culturales claves, tales como bodas, funerales, circuncisiones e iniciaciones tradicionales – no podían ejercer su derecho a la vida cultural, pues se sentían desconectados de sus tierras y sus ancestros, y por lo tanto existía una violación al artículo 17 (derecho a participar en la vida cultural) de la Carta Africana. ACHPR, *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council Vs. Kenya*, 276 / 2003, párr. 108.

58. Communication No. 241/2001, Sixteenth Activity report 2002-2003, Annex VII.

los derechos sociales a través de los derechos civiles y políticos contemplados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (temática que se desarrollará en los apartados posteriores), como ha sucedido también en el Sistema Europeo⁵⁹.

En lo concerniente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión Interamericana”), a partir de la entrada en vigor del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o Protocolo de San Salvador, en varias oportunidades ha aplicado el artículo 26 de la Convención Americana. La Comisión ha desarrollado diversos temas como el derecho a una vivienda⁶⁰, el derecho a la educación⁶¹, el derecho a la salud⁶²,

59. Como puede apreciarse, tanto en los sistemas europeo e interamericano “han mostrado una clara preferencia por anclar los nuevos derechos sociales en tradicionales derechos civiles como el derecho a la vida, la igualdad y no discriminación, la propiedad, la libertad de asociación y la tutela judicial”. Véase Santolaya Machetti, Pablo, y Díaz Ricci, Sergio M., “Los derechos económicos, sociales y culturales y la protección de grupos vulnerables”, en García Roca, Javier, Fernández, Pablo Antonio, Santolaya, Pablo, y Canosa, Raúl (Editores), *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Madrid, Civitas, 2012, pp. 312-313.

60. CIDH, *Caso Ivanildo Amaro da Silva y otros Vs. Brasil*, Informe No. 38/10: en este caso si bien se declaró inadmisibile, se alegó el derecho a una vivienda adecuada, no obstante no se ofrecieron suficientes elementos para demostrar una afectación al derecho a la vivienda; CIDH, Informe Anual de la CIDH 2001, *Medidas cautelares acordadas o extendidas por la Comisión durante el 2001 (Paraguay)*, párr. 53: en la emisión de estas medidas cautelares se ordenó al Estado paraguayo “suspendiera la ejecución de cualquier orden judicial o administrativa que implique el desalojo y/o levantamiento de las viviendas de la comunidad Yakye Axa y de sus miembros y que se abstenga de realizar cualquier otro acto o actuación que afecte su derecho a la propiedad y la circulación y residencia; CIDH, Informe Anual de la CIDH 2001, *Medidas cautelares acordadas o extendidas por la Comisión durante el 2001 (Colombia)*, párr. 16: la Comisión Interamericana le solicitó al gobierno colombiano que adoptara las medidas necesarias para garantizar el albergue adecuado y condiciones necesarias de subsistencia de 63 niñas y niños y 50 adultos identificados e informar sobre las acciones adoptadas a fin de esclarecer abusos de autoridad que pudieran haberse efectuado en contra de los beneficiarios.

61. CIDH, Informe Anual de la CIDH 1999, *Medidas Cautelares acordadas o extendidas por la Comisión durante el año 1999, (República Dominicana)*, párr. 52: La Comisión también ha intercedido con medidas interinas para proteger el derecho a la educación de ser violado arbitrariamente; en este caso la Comisión respondió ante la expulsión arbitraria de una niña de la escuela primaria requiriendo que el Estado adoptara las medidas necesarias a fin de que la niña “no fuera privada del derecho a asistir a clases y recibir la educación que se brinda a los demás niños de nacionalidad dominicana”.

62. CIDH, *Caso de la Comunidad Yanonami Vs. Brasil*, Caso No. 7615, Resolución No. 12/85: la petición fue presentada por la invasión de extranjeros y exploración minera en territorio indígena, se argumentaron violaciones a los derechos a la salubridad y a la seguridad de las comunidades indígenas; *Caso Jorge Odir Miranda Cortez Vs. El Salvador*, Caso No. 12.2249, Informe de Admisibilidad No. 29/01: La petición fue presentada por la ausencia de entrega de medicamentos de VIH. La Comisión consideró que el artículo 26 de la CADH prevé el derecho a la salud; CIDH, *Caso Luis Rolando Cuscul Vs. Guatemala*, Caso No. 642/03: en este caso la Comisión Interamericana consideró que la falta de entrega de medicamentos contra el VIH constituía una violación al derecho a la vida y a la integridad personal.

los derechos laborales y a la seguridad social⁶³, el derecho a la sindicalización⁶⁴ y los derechos ambientales⁶⁵.

En el 2005, la Asamblea General de la OEA aprobó las *Normas para Elaboración de Informes Periódicos Previstos en el Artículo 19 del Protocolo de San Salvador*⁶⁶ y encomendó al Consejo Permanente de la OEA que propusiera una posible composición y funcionamiento de un Grupo de Trabajo⁶⁷. Este grupo de trabajo ha elaborado dos documentos sobre los indicadores de progreso de los derechos contemplados en

63. CIDH, *Amílcar Menéndez, Juan Manuel Caride y otros Vs. Argentina*, Caso No. 11.67. Informe No. 03/01: El caso estaba relacionado a las situaciones de los jubilados a los que se les retrasaban y dificultaban el reajuste de su pensión; CIDH, *Caso María Eugenia Morales de Sierra Vs. Guatemala*, Caso No. 11.625, Informe de Fondo No. 4/01: en este caso la Comisión Interamericana consideró que la legislación guatemalteca no permitía a la peticionaria el derecho equitativo a buscar trabajo, lo que se traducía en una falta de igualdad relacionado con el derecho al trabajo; CIDH, *Caso de la Asociación Nacional de Ex Servidores de Instituto Peruano de Seguridad Social y Otras Vs. Perú*, Informe de Admisibilidad y Fondo 38/09, Caso No. 12.670: En este caso la Comisión Interamericana analizó el cambio, a través de una reforma constitucional y legal, en la manera en que las presuntas víctimas venían ejerciendo su derecho a la pensión de jubilación. No se declaró la violación a ningún derecho; CIDH, Informe de Inadmisibilidad, *Caso Contribución a la Seguridad Social de Funcionarios Públicos Jubilados y pensionistas- MOSAP y otros Vs. Brasil*, Caso No. 132/09: En este caso la Comisión declaró inadmisibles las peticiones porque consideró que una regresión frente al goce de la pensión era proporcionada de acuerdo a la reforma constitucional que disponía que los funcionarios públicos jubilados y pensionados quienes estaban exentos de pago de impuestos, fueran ahora obligados a pagarlos, al igual que todos los funcionarios públicos en activo; CIDH, *Caso Opario Lemone Morris y Otros (Buzos Miskitos) Vs. Honduras*, Informe 121/09: en este caso se alegaba la precaria situación de protección en seguridad social, en este sentido la Comisión Interamericana consideró que las condiciones laborales de los buzos miskitos no reunirían, siquiera, las mínimas condiciones para asegurar su vida e integridad personal; CIDH, *Caso Jesús Manuel Naranjo Cárdenas y otros (Jubilados de la Empresa Venezolana de Aviación - AVIASA) Vs. Venezuela*, Informe No. 70/04: en este caso la Comisión Interamericana declaró la admisibilidad sobre el derecho a la seguridad social, indicando que el incumplimiento de fallos judiciales dictados en el orden interno en el que se tutelaba el derecho a la seguridad social, del cual las presuntas víctimas afirmaban su titularidad, podrían caracterizar una violación al artículo 26 de la Convención.

64. CIDH, *Caso Milton García Fajardo y Otros Vs. Nicaragua*, Informe No. 100/01, Caso No. 11.381: este caso se relaciona con el despido arbitrario posterior al desarrollo de una huelga, la Comisión Interamericana consideró que los derechos económicos de los trabajadores aduaneros entran en el marco de la protección de los DESC tutelados por la Convención Americana en su artículo 26 y que en dicho caso el Estado nicaragüense, en vez de tomar medidas de desarrollo progresivo en beneficio de los trabajadores aduaneros, buscó reducir sus derechos, ocasionándoles perjuicios graves a sus derechos económicos y sociales.

65. CIDH, *Caso de la Comunidad de San Mateo Huanchor y sus miembros Vs. Perú*: El caso versaba sobre los efectos que sufrían los miembros de la comunidad, ocasionados por la contaminación ambiental originada por la permanencia de una cancha de relaves de residuos tóxicos; CIDH, *Caso de las Comunidades Indígenas del Distrito de Toledo Vs. Belice*: El caso estaba relacionado con la afectación a las tierras ocupadas por dichas comunidades por el otorgamiento de concesiones madereras y petroleras por lo que se sufrió una afectación negativa al medio ambiente del que dependía el pueblo maya para su subsistencia; CIDH, *Caso de la Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhay Vs. Argentina*, Caso. No. 12.004: el caso se originó debido a la construcción de un proyecto de infraestructura en tierras ancestrales, sin consultar debidamente a las comunidades ni realizar el informe de impacto ambiental y social.

66. OEA, *Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 Protocolo de San Salvador*, AG/RES.2074(XXXV-O/05), Trigésimo Quinto Período Ordinario de Sesiones, 5 al 7 de junio de 2005.

67. OEA, *Protocolo de San Salvador: Composición y Funcionamiento del Grupo de Trabajo para analizar los Informes Periódicos de los Estados Parte*, Aprobada en la Cuarta Sesión Plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008) AG/RES. 2430 (XXXVIII-O/08). El 8 de junio de 2010, la Asamblea General manifestó que el Grupo de Trabajo se encontraba integrado por todos sus miembros titulares y, en consecuencia, operativo. El grupo de trabajo se integró por los expertos independientes y gubernamentales Flàvia Piovesan, Paola Buendía García, Ramiro Ávila Santamaría, Laura Pautassi y por parte de la Comisión Interamericana Rosa María Belle Antoine y Rosa María Ortiz. Actualmente se encuentra conformado Laura Pautassi (Presidenta), Ramiro Ávila Santamaría (Vicepresidente), Paola Buendía García, Flàvia Piovesan, Laura Elisa Pérez (Experto independiente suplente), Andrés Scagliola (Experto gubernamental suplente) y por la Comisión Paulo Vannuchi y Rosa María Ortiz (Suplente).

el Protocolo, los cuales fueron aprobados en los años 2012 y 2014⁶⁸. Los objetivos principales de los indicadores que se desarrollan buscan contribuir a que los Estados Partes cuenten con herramientas útiles para realizar un diagnóstico de la situación de los derechos contenidos del Protocolo, establecer los temas y las agendas pendientes a partir de un diálogo participativo con la sociedad civil, y formular estrategias para satisfacer progresivamente el catálogo de derechos contenidos en el Protocolo de San Salvador. La evaluación de los indicadores se agruparon en dos partes, a saber: en el primer documento se incorporó el derecho a la seguridad social (Artículo 9), el derecho a la salud (Artículo 10) y el derecho a la educación (Artículo 13)⁶⁹; en lo que respecta al segundo documento, agrupa, el derecho al trabajo y derechos sindicales (Artículos 6, 7 y 8), derecho a un medio ambiente sano (Artículo 11), derecho a la alimentación (Artículo 12) y el derecho a los beneficios de la cultura (Artículo 14)⁷⁰. De esta forma, el sistema de informes de los Estados Parte en el ámbito interamericano debe funcionar de forma complementaria respecto del procedimiento de presentación de informes ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, es decir, el monitoreo del Protocolo de San Salvador no busca duplicar otros sistemas de seguimiento que se desarrollan en el sistema universal de protección⁷¹.

Otro punto de partida se constituyó en junio de 2012, cuando los Ministros de Relaciones Exteriores del hemisferio adoptaron, en Cochabamba, Bolivia, la Carta Social de las Américas. La Carta parte del reconocimiento que “los pueblos de América tienen legítima aspiración a la justicia social y sus gobiernos la responsabilidad de promoverlas. El desarrollo con equidad fortalece y consolida la democracia, en tanto son interdependientes y se refuerzan mutuamente”⁷². Además, añadió que “los Estados Miembros nos comprometemos a promover y a lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos y principios económicos, sociales y culturales a través de las políticas y programas que consideremos más eficaces y adecuados a

68. Actualmente se encuentran disponibles en un solo documento denominado “*Indicadores de Progreso para la Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo de San Salvador*”, Organización de Estados Americanos, Documentos Oficiales, OEA/SER.D/XXVI.11

69. OEA, “*Indicadores de Progreso para la Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo de San Salvador*”, *Primer Agrupamiento de Derechos*, Aprobación del Mecanismo de Seguimiento para la Implementación del Protocolo de San Salvador AG/RES. 2713 (XLII-O/12).

70. OEA, “*Indicadores de Progreso para la Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo de San Salvador*”, *Segundo Agrupamiento de Derechos*, Aprobación del Mecanismo de Seguimiento para la Implementación del Protocolo de San Salvador AG/RES. 2823 (XLIV-O/14).

71. OEA, “*Indicadores de Progreso para la Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo de San Salvador*”, Organización de Estados Americanos, Documentos Oficiales, OEA/SER.D/XXVI.11, párr. 60.

72. OEA, Asamblea General, Carta Social De Las América, Cochabamba, Bolivia, 4 junio 2012, OEA/Ser.P AG/doc.5242/12 rev. 1, artículo 1.

nuestras necesidades, de conformidad con nuestros procesos democráticos y recursos disponibles”⁷³.

Sumado a lo anterior, la Comisión Interamericana acordó la creación de la *Unidad sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*⁷⁴. Esta nueva unidad, tiene el mandato de colaborar en el análisis y evaluación del goce de estos derechos en las Américas, asesorar a la Comisión Interamericana en el trámite de peticiones, casos y solicitudes de medidas cautelares y provisionales en la materia, realizar visitar a los Estados y elaborar estudios e informes⁷⁵.

En lo que respecta a la Corte Interamericana, todavía no se ha materializado plenamente la tutela autónoma de los derechos económicos, sociales y culturales, ya que al igual que el Tribunal Europeo ha analizado la violación de los derechos civiles y políticos a la luz de ciertos derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador, optando ambos tribunales regionales en “por realizar una lectura social de los derechos civiles, renunciando, en buena medida, a teorizar sobre el surgimiento de nuevos derechos sociales como derechos directamente tutelables en los respectivos Convenios”⁷⁶.

No obstante, y como se desarrollará en apartados posteriores, el artículo 26 del Pacto de San José a la luz del artículo 1.1 (obligación de respetar los derechos) del mismo instrumento y del principio *pro persona* (recogido en el artículo 29 de la Convención Americana) pueden permitir una interpretación más amplia para lograr la tutela autónoma de los derechos sociales, en especial teniendo en consideración el carácter evolutivo de la jurisprudencia interamericana. A lo anterior hay que sumar que en diversas jurisdicciones nacionales han dotado de contenido autónomo a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales⁷⁷ en esta época contemporánea del derecho internacional y constitucional.

73. OEA, Asamblea General, *Carta Social De Las América*, Cochabamba, Bolivia, 4 junio 2012, OEA/Ser.P AG/doc.5242/12 rev. 1, artículo Artículo 2

74. Durante el 146º Periodo Ordinario de Sesiones, celebrado del 29 de octubre al 16 de noviembre de 2012.

75. Unidad sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Puede consultarse: <http://www.oas.org/es/cidh/desc/>

76. Santolaya Machetti, Pablo, y Díaz Ricci, Sergio M., “Los derechos económicos, sociales y culturales y la protección de grupos vulnerables”, en García Roca, Javier, Fernández, Pablo Antonio, Santolaya, Pablo, y Canosa, Raúl (Editores), *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Madrid, Civitas, 2012, pp. 312-313.

77. En la actualidad existe una tendencia a incluir a los derechos ambientales de manera autónoma, por lo que también es común encontrar la referencia a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales “DESCA”. Véase al respecto: Gutiérrez, Rodrigo, “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el marco de las recientes reformas constitucionales en materia de derechos humanos” en Cervantes Alcayde M., Emanuelli, Maria S., Gómez Trejo, O. y Sandoval Terán, A. *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales?: Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, SCJN-UNAM/IIJ, México, 2014, pp. 91-106.

III. La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales a partir de la interdependencia e indivisibilidad con los derechos civiles y políticos

A) Precedentes y estado del debate en la jurisprudencia interamericana

Como regla general la Corte IDH se ha pronunciado sobre algunas dimensiones del derecho a la salud con base en su interdependencia e indivisibilidad con los derechos civiles y políticos. Así, en algunos casos lo ha hecho en conexión con los derechos a la vida o integridad personal⁷⁸; en otros dentro del concepto de “vida digna”⁷⁹; en algunos mas con motivo de la atención médica prestada en centros de reclusión o instituciones similares⁸⁰; incluso, en relación con los derechos sexuales o reproductivos⁸¹.

Por su parte, en muy pocos casos ha entrado al análisis sobre los alcances del artículo 26 de la Convención Americana, limitándose en general a interpretar ciertas porciones normativas de dicho dispositivo convencional en relación con los derechos económicos, sociales y culturales. En ningún caso ha declarado de manera directa y autónoma la violación de dicho precepto⁸².

78. Con independencia de referencias precisas en medidas provisionales y en opiniones consultivas, resultan relevantes las siguientes sentencias: *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de agosto de 2012, Serie C No. 246; *Caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 19 de mayo de 2011, Serie C No. 226; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214; *Caso Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 22 de noviembre de 2007, Serie C No. 171, y *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil.* Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C No. 149.

79. Cfr. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, supra*; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C No. 125; *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C No. 112, y *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y Otros) Vs. Guatemala. Fondo.* Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

80. Cfr. *Caso Díaz Peña Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C No. 226; *Caso Vera Vera y otra, supra*; *Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218; *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, y *Caso “Instituto de Reeducción del Menor”, supra.*

81. Cfr. *Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 28 de noviembre de 2012, Serie C No. 257; *Caso Rosendo Cantú y Otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C no. 216; *Caso Fernández Ortega y Otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C No. 215; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, supra*; *Caso del Penal Miguel Castro Castro, supra*, y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146.

82. Las referencias al artículo 26 de la Convención Americana y su análisis específico por la Corte IDH se han realizado en muy pocas ocasiones, especialmente en los siguientes casos: *Caso Acevedo Buendía y Otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”), supra*, párrs. 99 a 103; *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana.* Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C no. 130, párr. 185; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, supra*, párr. 163, y *Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C No. 98, párrs. 147 y 148. En el *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, el Estado se allanó a su responsabilidad por la violación del artículo 26, pero la Corte sólo involucró dicho artículo en su narrativa sobre la violación del derecho a la vida.

En efecto, en primer término en el caso *Cinco Pensionistas* la Corte IDH desestimó la solicitud de pronunciamiento sobre el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales en el Perú, al considerar que “su desarrollo progresivo se debe medir en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente”⁸³.

Por su parte, en el caso *Comunidad Indígena Yakye Axa* la Corte IDH mencionó el artículo 26 de la Convención Americana como parte integrante del *corpus juris* internacional existente sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas, con el fin de evaluar si el Estado Paraguayo “generó condiciones que agudizaron las dificultades a una vida digna de los miembros de la Comunidad Yakye Axa y si, en ese contexto, adoptó las medidas positivas apropiadas para satisfacer esa obligación, que tomen en cuenta la situación de especial vulnerabilidad a la que fueron llevados, afectando su forma de vida diferente (sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental, que comprende la estrecha relación que mantienen con la tierra) y su propio proyecto de vida, en su vida individual y colectiva”⁸⁴.

Unos meses después, en el caso *de las Niñas Yean y Bosico* el Tribunal Interamericano determinó que “de acuerdo al deber de protección especial de los niños consagrado en el artículo 19 de la Convención Americana, interpretado a luz de la Convención para los Derechos del Niño y del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en relación con el *deber* de desarrollo progresivo en el artículo 26 de la Convención Americana, el Estado debe proveer educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual”⁸⁵.

Finalmente, en 2009 llegó el *leading case Acevedo Buendía y otros* (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”)⁸⁶ en el que el Tribunal Interamericano además de recordar

83. Caso “*Cinco Pensionistas*” Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C No. 98, párrs. 147 y 148.

84. Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa*, supra, párr. 163.

85. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C no. 130, párr. 185.

86. Sobre la importancia de este caso para el tema, véase Burgogue-Larsen, Laurence, “La transfiguración del trato de los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Los avances del asunto Acevedo Buendía vs. Perú”, en la obra de la autora *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*, México, Porrúa-IMDPC, núm. 77, 2013, pp. 293-315.

la interdependencia de los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales⁸⁷, estableció que tiene competencia para conocer y resolver (incluso poder declarar violado) el artículo 26 del Pacto de San José⁸⁸. Asimismo, señaló que los derechos económicos, sociales y culturales a que se refiere el artículo 26 están sujetos a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, como lo están los derechos civiles y políticos⁸⁹. Al tratarse de un precedente fundamental para el tema que nos ocupa, el próximo apartado está dedicado a su estudio.

B) La interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos como un elemento esencial para otorgar justiciabilidad directa a los derechos económicos, sociales y culturales. El caso *Acevedo Buendía y otros vs. Perú*.

La posibilidad de que el Tribunal Interamericano se pronuncie sobre los derechos económicos, sociales y culturales deriva, en primer término, de la “interdependencia e indivisibilidad” existente entre estos derechos y los derechos civiles y políticos⁹⁰. En efecto, en la sentencia del caso *Suárez Peralta*, expresamente se reconoció ese carácter, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello⁹¹.

Lo anterior lo consideramos de la mayor importancia para el desarrollo evolutivo y justiciable de los derechos económicos, sociales y culturales. El Tribunal Interamericano parte de un precedente del año 2009 en el que ya había reconocido la “interdependencia” de los derechos humanos. En efecto, en aquella ocasión la Corte IDH expresó⁹²:

101. En este sentido, la Corte considera pertinente recordar la

87. *Caso Acevedo Buendía y otros* [“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”], *supra*, párr. 101.

88. *Caso Acevedo Buendía y otros* [“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”], *supra*, párrs. 17, 97, 99, 100.

89. *Caso Acevedo Buendía y otros* [“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”], *supra*, párr. 100.

90. El párrafo 5 de la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, señaló en forma categórica que: “[t]odos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso”.

91. *Cfr.* párr. 131 de la Sentencia.

92. *Caso Acevedo Buendía y otros* [“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”], *supra*, párr. 101.

interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello.

Además de establecer “la interdependencia” en dicho caso entre los derechos humanos, el Tribunal Interamericano hizo suyo el pronunciamiento de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre extensiones interpretativas hacia la tutela de los derechos sociales y económicos. En esa misma ocasión, expresó⁹³:

Al respecto, resulta oportuno citar la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos que, en el caso *Airey* señaló que:

El Tribunal no ignora que la progresiva realización de los derechos sociales y económicos depende de la situación de cada Estado, y sobre todo de su situación económica. Por otro lado, el Convenio [Europeo] debe interpretarse a la luz de las condiciones del presente [...] y ha sido diseñado para salvaguardar al individuo de manera real y efectiva respecto de los derechos protegidos por este Convenio [...]. Si bien el Convenio recoge derechos esencialmente civiles y políticos, gran parte de ellos tienen implicaciones de naturaleza económica y social. Por eso el Tribunal estima, como lo hace la Comisión, que el hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse a la esfera de los derechos sociales y económicos no es factor decisivo en contra de dicha interpretación, ya que no existe una separación tajante entre esa esfera y el campo cubierto por el Convenio.⁹⁴

Lo importante de esta consideración sobre la interdependencia de los derechos civiles y políticos en relación con los económicos, sociales y culturales, realizada por la Corte IDH en el *Caso Acevedo Buendía y otros Vs. Perú*, radica en que dicho pronunciamiento se efectúa al estudiar los alcances interpretativos del artículo 26 de la Convención Americana, respecto de un derecho (seguridad social) no reconocido

⁹³. *Idem*. En el mismo sentido, véase Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Número 9, E/C.12/1998/24, 3 de diciembre de 1998, párr. 10, y TEDH. *Sidabras and Dziutas Vs. Lituania*. Nos. 55480/00 y 59330/0. Sección segunda. Sentencia de 27 de julio de 2004, párr. 47.

⁹⁴. TEDH. *Airey Vs. Irlanda*. No. 6289/73. Sentencia de 9 de octubre de 1979, párr. 26.

(aparentemente) como justiciable en el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador⁹⁵. Previo al análisis de fondo, el Tribunal Interamericano expresamente había desestimado la excepción preliminar de falta de competencia *ratione materiae* opuesta por el Estado demandado⁹⁶:

[...] el Estado alegó que el derecho a la seguridad social queda fuera del alcance de la competencia de la Corte en razón de la materia, ya que éste no está contemplado en la Convención Americana ni es uno de los dos derechos (derechos sindicales y derecho a la educación) que excepcionalmente serían justiciables ante el Sistema Interamericano, de conformidad con lo señalado en el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador.

La Corte IDH, sin hacer mención al Protocolo de San Salvador para determinar si tenía competencia sobre el mismo⁹⁷, al estimar que no era necesario toda vez que no se alegó violación directa a dicho instrumento internacional, desestimó la excepción preliminar del Estado, al considerar, por una parte, que como cualquier otro órgano con funciones jurisdiccionales, el Tribunal Interamericano tiene el poder inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia (*compétence de la compétence*); y, por otra parte, que “la Corte debe tener en cuenta que los instrumentos de reconocimiento de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (artículo 62.1 de la Convención) presuponen la admisión, por los Estados que la presentan, del derecho de la Corte a resolver *cualquier controversia relativa a su jurisdicción*”⁹⁸. Además, el Tribunal ha señalado anteriormente que los términos amplios en que está redactada la Convención indican que la Corte ejerce una *jurisdicción plena sobre todos sus artículos y disposiciones*”⁹⁹.

En este importante precedente, la Corte IDH desestimó la excepción del Estado

95. Véase el contenido de este artículo, *supra* nota 12.

96. *Caso Acevedo Buendía y otros Vs. Perú* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”), *supra*, párr. 12.

97. Sobre el particular, véanse las críticas de Ruiz-Chiriboga, Oswaldo, *The American Convention and the Protocol of San Salvador: Two Intertwined Treaties. Non-enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System. Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 31/2, 2013, pp. 156-183, en p. 167.

98. *Cfr. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Competencia*. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54, párrs. 32 y 34; *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 23, y *Caso García Prieto y otros Vs. El Salvador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 168, párr. 38.

99. *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr. 29, y *Caso de los 19 Comerciantes Vs. Colombia. Excepción Preliminar*. Sentencia de 12 de junio de 2002. Serie C No. 93, párr. 27.

demandado que expresamente alegaba que carecía de competencia dicho órgano jurisdiccional para pronunciarse sobre un derecho no justiciable en términos del artículo 19.6¹⁰⁰ del Protocolo de San Salvador. Es decir, el Tribunal Interamericano al desestimar dicha excepción preliminar y estudiar el fondo del asunto, consideró su competencia para conocer y resolver (incluso poder declarar violado) el artículo 26 del Pacto de San José. No obstante, en el caso particular estimó que no resultaba infracción a dicho precepto convencional¹⁰¹. Al estudiar el fondo del asunto, la Corte IDH consideró que los derechos económicos, sociales y culturales a que se refiere el artículo 26 están sujetos a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, como lo están los derechos civiles y políticos previstos en los artículos 3 a 25¹⁰².

La competencia de la Corte IDH para pronunciarse sobre los derechos económicos, sociales y culturales, en términos del contenido normativo del artículo 26 del Pacto de San José, se advierte también con las consideraciones expresadas en el voto concurrente del antiguo presidente del Tribunal Interamericano Sergio García Ramírez, en el *Caso Acevedo Buendía y Otros Vs. Perú* de 2009, que de alguna manera explica lo resuelto por dicho órgano jurisdiccional¹⁰³.

Así, en su voto concurrente el ex juez interamericano reconoce que “ha sido muy limitada” hasta ese momento el tratamiento dado a los derechos económicos, sociales y culturales, y que el Tribunal Interamericano en ese caso “ha avanzado” en la temática de esos derechos al “reafirmar su competencia —que debe quedar bien establecida— para pronunciarse en torno a posibles incumplimientos del artículo 26” de la Convención Americana. Por ello el Tribunal Interamericano “entiende que es reclamable o exigible la observancia del artículo 26”.

En este sentido, el Tribunal Interamericano en el caso *Acevedo Buendía* expresamente hizo referencia a la “interdependencia” de los derechos para entrar al estudio de los derechos económicos, sociales y culturales a que se refiere el artículo

100. Véase el contenido de este artículo, *supra* nota 12.

101. *Cfr. Caso Acevedo Buendía y otros Vs. Perú* [“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”], *supra*, Punto Resolutivo 3.

102. *Cfr. Caso Acevedo Buendía y otros Vs. Perú* [“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”], *supra*, párr. 100. No debe pasar inadvertido que en este asunto, la Comisión en su Informe de Fondo no estimó violado el contenido del artículo 26, como sí lo hicieron los representantes de las víctimas al solicitar expresamente que “el Estado es responsable por el incumplimiento del artículo 26 (Desarrollo Progresivo de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales) de la Convención, en relación con el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la misma”, párr. 4 de la misma Sentencia del *Caso Acevedo Buendía*. Sobre la importancia de este caso en el Sistema Interamericano véase Burgorgue-Larsen, Laurence, y Úbeda de Torres, Amaya, especialmente el capítulo 24 escrito por la primera autora: “Economic and social rights”, *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*, New York, Oxford University Press, 2011, pp. 613-639.

103. Voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez en relación con la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Acevedo Buendía y otros* [“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”] del 1 de julio de 2009, párrs. 15 a 21.

26 del Pacto de San José¹⁰⁴. Sin embargo, considero de importancia que junto con la interdependencia es necesario enfatizar el carácter “indivisible” de los derechos humanos, como expresamente lo establece en la sentencia del caso *Suárez Peralta vs. Ecuador* al considerar ambos conceptos: “interdependencia e indivisibilidad”¹⁰⁵.

De acuerdo con la interdependencia —dependencia recíproca—, el disfrute de unos derechos depende de la realización de otros, mientras que la indivisibilidad niega cualquier separación, categorización o jerarquía entre derechos para efectos de su respeto, protección y garantía. Incluso, algunos jueces de anteriores integraciones de la Corte IDH se han referido a la “interdependencia e indivisibilidad” de los derechos humanos¹⁰⁶.

En ese sentido, considero que la “interdependencia e indivisibilidad” debe tratarse como un binomio inseparable, tal y como se señala en los principales instrumentos de derechos humanos¹⁰⁷. Esto con el fin de enfrentar el reto de su interpretación e implementación como una tarea holística, que nos obliga a no perder de vista las implicaciones que tienen el respeto, protección y garantía de los derechos civiles y políticos sobre los derechos económicos, sociales y culturales y viceversa. En efecto, la aplicación, promoción y protección de los derechos económicos, sociales y culturales exige la misma atención y urgente consideración que los derechos civiles y políticos¹⁰⁸.

En el caso *Suárez Peralta*, el Tribunal Interamericano tuvo una oportunidad para desarrollar en su jurisprudencia los alcances que tienen los conceptos de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, al resultar herramientas muy útiles para lograr la justiciabilidad “directa” de los derechos económicos, sociales y culturales, particularmente el “derecho a la salud”, y otorgar su plena realización y efectividad.

Desde mi perspectiva, estos alcances implican: a) establecer una relación fuerte y de igual importancia entre derechos civiles y políticos y los derechos económicos,

104. Cfr. *Caso Acevedo Buendía y otros Vs. Perú* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”), *supra*, párr. 101.

105. Párr. 131 de la Sentencia.

106. Véanse, por ejemplo, el voto parcialmente concurrente y parcialmente disidente del Juez *ad hoc* Ramon Fogel, párrs. 23 y 30, en el *Caso Comunidad Indígena Yaky Axa Vs. Paraguay*, *supra*, y el voto del Juez Antonio Cançado Trindade, párr. 7, en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158.

107. Véase el Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Proclamación de Teherán 1948, párr. 13.

108. Cfr. Resolución 32/130 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 16 de septiembre de 1977, inciso 1, apartado a); Declaración sobre el derecho al Desarrollo Asamblea General en su resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986, párr. 10 del preámbulo y art. 6; Principios de Limburgo de 1986, en especial el núm. 3, y las Directrices de Maastricht sobre violaciones a los DESC de 1997, particularmente la núm. 3.

sociales y culturales; b) obligar a interpretar todos los derechos de manera conjunta — que en algunos ocasiones arrojan contenidos traslapados o superpuestos— y a valorar las implicaciones que tiene el respeto, protección y garantía de unos derechos sobre otros para su implementación efectiva; c) otorgar una visión autónoma a los derechos económicos, sociales y culturales, conforme a su esencia y características propias; d) reconocer que pueden ser violados de manera autónoma, lo que podría conducir —como sucede con los derechos civiles y políticos— a declarar violado el deber de garantía de los derechos derivados del artículo 26 del Pacto de San José, en relación con las obligaciones generales previstas en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana; e) precisar las obligaciones que deben cumplir los Estados en materia de derechos económicos, sociales y culturales; f) permitir una interpretación evolutiva y sistemática del *corpus juris* interamericano, especialmente para advertir los alcances del artículo 26 de la Convención con respecto al Protocolo de San Salvador; y g) proporcionar un fundamento más para utilizar otros instrumentos e interpretaciones de organismos internacionales relativas a los derechos económicos, sociales y culturales con el fin de darles contenido.

IV. Crónica de un debate abierto: el artículo 26 de la convención americana y la aparente tensión con el protocolo de san salvador

Además de la interdependencia e indivisibilidad entre los derechos —expresamente reconocida en la Sentencia del caso *Suárez Peralta vs. Ecuador* y cuyas implicaciones quedaron de manifiesto en el epígrafe anterior—, la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales, deriva de la propia Convención Americana, instrumento que representa el corazón del Sistema Interamericano y constituye el principal objeto de “aplicación e interpretación”¹⁰⁹ de la Corte IDH, teniendo competencia “para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes”¹¹⁰ del Pacto de San José.

Al pensar sobre la garantía directa de los derechos económicos, sociales y culturales, es necesaria una reevaluación interpretativa del artículo 26 de la Convención

109. *Cfr.* artículo 1º del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado en la Asamblea General de la OEA en octubre de 1979.

110. *Cfr.* artículo 33 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Americana, única norma de dicho Pacto que se refiere “a los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires”, partiendo de que el Tribunal Interamericano ejerce una jurisdicción plena sobre todos sus artículos, entre los cuales se encuentra dicha disposición convencional.

Además, el artículo 26 está dentro de la Parte I (Deberes de los Estados y Derechos Protegidos) de la Convención Americana y, por lo tanto, le es aplicable las obligaciones generales de los Estados previstas en los artículos 1.1 y 2 del mismo Pacto, como fue reconocido por el propio Tribunal Interamericano en el *Caso Acevedo Buendía Vs. Perú*¹¹¹. Existe, sin embargo, una aparente tensión interpretativa con los alcances que deben darse al artículo 26 del Pacto de San José en relación con el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador que limita la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales a ciertos derechos.

A) Planteamiento

Para empezar, considero oportuno el llamado que la muy distinguida jueza Margarette May Macaulay —de la anterior integración de la Corte IDH— realizara en su voto concurrente en el año 2012, en el *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*¹¹², dirigido a actualizar el sentido normativo de dicho precepto convencional. La ex jueza señaló que el Protocolo de San Salvador “no establece ninguna disposición cuya intención fuera limitar el alcance de la Convención Americana”¹¹³. Asimismo, indicó que¹¹⁴:

[...] al interpretar la Convención [y el Protocolo de San Salvador], se debe realizar una interpretación sistemática de ambos tratados, tomando en cuenta su propósito. Además, la Convención de Viena exige una interpretación de buena fe de los términos del artículo 26, tal y como se realizó anteriormente para determinar el alcance de la remisión textual que se llevó a cabo sobre el artículo mencionado anteriormente en relación a la Carta de la OEA y su relación con los artículos 1.1

111. *Caso Acevedo Buendía y otros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contratoría*”), *supra*, párrs. 16, 17 y 100.

112. *Caso Furlan y Familiares*, *supra*.

113. Voto concurrente de la jueza Margarette May Macaulay en el *Caso Furlan vs. Argentina*, *supra*, párr. 8.

114. *Idem*.

y 2 de la Convención. Esta interpretación de buena fe requiere del reconocimiento de que la Convención Americana no establece distinciones al señalar que su jurisdicción cubre todos los derechos establecidos entre los artículos 3 y 26 de la Convención. Además, el artículo 4 del Protocolo de San Salvador establece que ningún derecho reconocido o vigente en un Estado puede ser restringido o infringido en virtud de los instrumentos internacionales, con la excusa de que el Protocolo mencionado anteriormente no lo reconoce o lo reconoce a un menor grado. Finalmente, la Convención de Viena declara que una interpretación no debería derivar en un resultado manifiestamente absurdo o irracional. En este sentido, la conclusión que el Protocolo de San Salvador limita el alcance de la Convención, derivaría en la absurda consideración de que la Convención Americana podría tener ciertos efectos entre los Estados Partes del Protocolo de San Salvador, y a la vez tener otro efecto distinto para los Estados que no son partes en dicho Protocolo¹¹⁵.

La jueza Macaulay precisó que correspondía a la Corte IDH actualizar el sentido normativo del artículo 26 en los siguientes términos¹¹⁶:

[...] lo que importa no es la intención subjetiva de los delegados de los Estados en el momento de la Conferencia de San José o durante la discusión del Protocolo de San Salvador, sino la intención objetivada del texto de la Convención Americana, tomando en cuenta que el deber del intérprete es actualizar el sentido normativo del instrumento internacional. Además, usando una interpretación histórica, basada en la intención hipotética que se habría tenido respecto a la Convención Americana por parte de los delegados que adoptaron el Protocolo de San Salvador no se puede desacreditar el contenido explícito de dicha Convención Americana.

De hecho, ha sido la propia Corte IDH la que partiendo de una interpretación literal del artículo 26, ha reafirmado su competencia establecida para proteger *todos los*

115. Únicamente 15 Estados han ratificado el Protocolo de San Salvador. Fuente: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/basicos4.htm>.

116. Voto concurrente de la jueza Margarette May Macaulay en el *Caso Furlan vs. Argentina*, *supra*, párr. 9.

derechos establecidos en el Pacto de San José, lo que incluye los derechos previstos en los artículos 3 a 26 (Capítulos II: “Derechos Civiles y Políticos, y Capítulo III: “Derechos Económicos, Sociales y Culturales”), además de que son aplicables las obligaciones generales de respeto, garantía y adecuación contenidos en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana. Como se estableció con antelación, la Corte IDH así lo reconoció de manera expresa en la sentencia en el caso *Acevedo Buendía y otros Vs. Perú*¹¹⁷.

Esta interpretación de la Corte IDH, adoptada por unanimidad de votos¹¹⁸, constituye un precedente fundamental para la garantía directa de los derechos económicos, sociales y culturales —avanzando respecto del precedente del caso *Cinco Pensionistas Vs. Perú* de 2005—¹¹⁹. Ahora bien, dado que en dicho caso la Corte IDH no se pronunció sobre estos alcances interpretativos en relación con el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, considero que hubiera sido una ocasión importante aludir a ello en la sentencia del caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*, puesto que —expresamente para darle contenido al derecho a la salud— se utilizó el Protocolo de San Salvador, la Carta de la OEA, la Declaración Americana e incluso se invoca el artículo 26 de la Convención Americana¹²⁰.

B) El debate sobre la justiciabilidad del artículo 26 de la Convención Americana y su interpretación sistemática con el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador

Sobre la justiciabilidad del artículo 26 y su relación con el Protocolo de San Salvador se han generado diversas posiciones. A continuación haré una breve referencia del debate contemporáneo, para posteriormente visualizar otra posible vía interpretativa de dicho precepto para la garantía directa de los derechos económicos, sociales y culturales.

En primer lugar, algunos académicos y operadores del Sistema Interamericano se han detenido a debatir si de acuerdo con las actas de la Conferencia Especializada Interamericana y el Preámbulo de la Convención es posible inferir que al aceptar la

117. *Caso Acevedo Buendía y otros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”), *supra*, párrs. 17 y 100.

118. Con votos razonados del juez Sergio García Ramírez y del juez *ad hoc* Víctor Oscar Shiyin García Toma.

119. Sobre las críticas a esta sentencia, véase, por ejemplo, Courtis, Christian, “Luces y sombras. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sentencia de los “Cinco Pensionistas” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista Mexicana de Derecho Público*, No. 6, ITAM, Departamento de Derecho, México, 2004. Asimismo, de este mismo autor, *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, México, Fontamara, 2009, pp. 203-230.

120. Asimismo, véanse el párr. 131 y la nota 176 de la Sentencia del *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*.

remisión consagrada en el artículo 26, los Estados manifestaron su aprobación respecto al reconocimiento de los DESC en la Convención Americana. En sentido afirmativo, se pronuncia, por ejemplo, Parra¹²¹. Asimismo, para este autor el Protocolo de San Salvador “es el documento del SIDH que en forma más amplia y detallada enuncia los DESC y corresponde entender que complementa y no disminuye la protección en derechos sociales establecida por la Convención Americana en su artículo 26”¹²².

En la misma línea, Urquilla señala que “ninguna norma dentro del Proyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos excluía el trámite de los procedimientos contenciosos en lo atinente a los derechos económicos, sociales y culturales; en todo caso, la importancia de estos hacía que, adicionalmente a este método, hubiera otros como el sistema de informes periódicos”¹²³. Así, “la competencia *ratione materiae* de los órganos de supervisión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, desde su momento fundacional fue omnicompreensiva, es decir, tanto respecto de derechos económicos, sociales y culturales, como de derechos civiles y políticos”¹²⁴; siendo que los derechos económicos, sociales y culturales tienen un plus de protección por vías no contenciosas¹²⁵. Asimismo, señala que de acuerdo con el principio de buena fe, el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador que incorpora ciertos derechos al régimen de protección de la Convención Americana, debe entenderse como un punto de partida —y no como punto de llegada—. La incorporación de los otros derechos es responsabilidad de la Comisión y de la Corte IDH¹²⁶.

Otro interesante debate se ha dado entre Cavallaro y Schaffer con Melish. Para los primeros, la Comisión y la Corte IDH no deben verse como las promotoras de una jurisprudencia visionaria, sino que deben promover el respeto de los derechos humanos primordialmente como cuerpos judiciales y de consulta cuyas decisiones y recomendaciones permiten a aquellos que defienden los derechos económicos, sociales y culturales promover cambios de la política pública¹²⁷. Su interés primordial, nos dicen, es la implementación de las decisiones en la práctica¹²⁸. Así, la visión que

121. Parra Vera, Oscar, *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano*, México, CNDH, 2011, p. 15.

122. *Ibidem*, p. 61.

123. Urquilla, Carlos, *La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*, San José, IIDH, 2009, p. 121.

124. *Ibidem*, p. 141.

125. *Idem*.

126. *Ibidem*, p. 171.

127. Cavallaro, James L. y Schaffer, Emily, “Less as More: rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas”, en *Hastings Law Journal*, No. 56, núm. 2, 2004, p. 221.

128. *Ibidem*, p. 235.

tienen del litigio internacional para proteger los derechos económicos, sociales y culturales es la de una herramienta valiosa pero que debe formar parte de una estrategia integral, pues por sí solo no es suficiente para realizar cambios sociales a gran escala¹²⁹. La importancia del litigio es, para estos autores, el reproche o la condena internacional, lo que puede servir para empoderar a los movimientos sociales, con los cuales los litigantes deben trabajar conjuntamente¹³⁰.

Por su parte, en relación con el artículo 26 de la Convención Americana consideran que no establece —intencionalmente— derechos específicos o deberes concretos¹³¹, e infieren del artículo 19.6 de la Convención Americana que la violación de derechos distintos a los protegidos por los artículos 8, párrafo a) y 13 no da lugar a una petición ante el Sistema Interamericano¹³². Por ello, promueven que el reclamo de los derechos económicos, sociales y culturales se haga a través de la interpretación expansiva de derechos bien establecidos, lo que se traduce en realizar su análisis en el contexto general del principio de no discriminación, o considerándolos como componentes integrales de los derechos civiles y políticos¹³³. Hacerlo por vía del artículo 26 de la Convención Americana puede estar destinado al fracaso y es probable que provoque reacciones extremas de los miembros de la OEA¹³⁴. Más aún, consideran que el litigio relacionado con los derechos económicos, sociales y culturales debe estar bien fundamentado en precedentes y doctrina, eliminando la posibilidad de que los estados impugnen su legitimidad¹³⁵.

Por el contrario, Melish considera que el litigio enfocado, bien diseñado y de alta calidad lleva a mejores resultados, tanto jurisprudenciales como en la vida real. Para esta autora, Cavallaro y Schaffer no logran apreciar la importancia de la justiciabilidad, además de no distinguir entre reclamos que son aptos para un juicio y los que son para mecanismos políticos. Desde su punto de vista, las mismas obligaciones legales aplican para todos los derechos humanos, pero sólo ciertas dimensiones de esas obligaciones pueden ser tratadas en un juicio, con independencia del tipo de derecho de que se

129. *Ibidem*, p. 238. También véase el posterior trabajo de Cavallaro, James L. en coautoría con Brewer, Stephanie Erin "La función del litigio interamericano en la promoción de la justicia social", en *Sur: Revista Internacional de Derechos Humanos*, núm. 8, 2008, pp. 85- 99.

130. *Ibidem*, p. 239.

131. *Ibidem*, p. 225, 268.

132. *Ibidem*, p. 227, 268, 269. En el mismo sentido Ruiz-Chiriboga, Oswaldo, *The American Convention and the Protocol of San Salvador: Two Intertwined Treaties. Non-enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System. Netherlands Quarterly of Human Rights*. Vol. 31/2, 2013, pp. 158, 159.

133. *Ibidem*, p. 254 y ss.

134. *Ibidem*, p. 270.

135. *Ibidem*, p. 281.

trate¹³⁶. Para ella, el tipo de aproximación que los abogados utilicen sea “indirecta”, “por integración”, “directa”, “violaciones complejas” no debe estar basada en una caracterización superficial o predeterminada del reclamo, sino en la naturaleza del problema o valor que quieren reivindicar¹³⁷.

En opinión de Melish, el error fundamental de Cavallaro y Schaffer es la tesis de que los derechos económicos, sociales y culturales, como derechos autónomos, no son justiciables en el Sistema Interamericano¹³⁸, lo que desde su visión es incorrecto. Para la autora, si bien el artículo 26 se colocó en un capítulo separado, el capítulo III, no se removió de la sección que enumera los derechos protegidos. Así, los redactores de la Convención demostraron su intención de que los derechos económicos, sociales y culturales no son derechos de segunda clase, sino que deben aplicárseles las mismas obligaciones y estar sujetas al procedimiento de peticiones individuales¹³⁹. Desde su perspectiva, la restricción que establece el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador no es un buen argumento para limitar la competencia por razón de materia que tiene la Corte IDH de acuerdo con la Convención Americana, pues no comparte la idea de que esa restricción pueda ser prueba de la intención que tuvieron los redactores de la Convención Americana para excluir al artículo 26 del régimen jurisdiccional¹⁴⁰. Este Protocolo, en su opinión, más bien puede servir para interpretar el alcance normativo de los derechos previstos presentes en la Convención Americana¹⁴¹. Su propuesta es que los reclamos justiciables son aquellos que hayan causado un daño individual y haya una relación de causalidad entre el daño y la conducta del Estado. Además, precisa que las dimensiones de las obligaciones que imponen los derechos humanos que son justiciables son aquellas orientadas hacia un individuo y no a la colectividad y están basadas en conductas y no en los resultados¹⁴².

136. Melish, Tara J., “Rethinking the “Less as More” Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the Americas”, en *New York University Journal of International Law and Politics*, No. 39, 2006, pp. 3, 4. Disponible en línea http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=955920

137. *Ibidem*, pp. 4 y 5.

138. *Ibidem*, p. 6.

139. *Ibidem*, pp. 9 y 13. En el mismo sentido, su trabajo “El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Avances y retrocesos en el Sistema Interamericano”, *Los derechos económicos, sociales y culturales*, México, Programa de cooperación sobre derechos humanos México-Comisión Europea, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2005, pp. 176, 177.

140. Melish, Tara J., “Rethinking the “Less as More” Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the Americas”, *op. cit.*, pp. 9-10.

141. Melish, Tara J., “El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Avances y retrocesos en el Sistema Interamericano”, *op. cit.*, p. 178.

142. Melish, Tara J., “Rethinking the “Less as More” Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the Americas”, *op. cit.*, pp. 11, 12. En el mismo sentido, Melish, Tara J., “El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Avances y retrocesos en el Sistema Interamericano”, *op. cit.*, p. 219.

En su opinión, la propuesta de Cavallaro y Schaffer para justiciabilizar los derechos económicos, sociales y culturales como elementos de los derechos civiles y políticos, distorsiona los problemas principales que están en juego en una controversia concreta, desviando la crítica, los medios y la atención legal de las soluciones de las violaciones de los derechos sociales hacia remedios limitados para enfrentar problemas civiles y políticos. Así, se oscurecen dimensiones esenciales de los derechos tradicionalmente pensados como económicos, sociales y culturales, conduce a un debilitamiento de las normas, y se pierde de vista la especificidad de aquellos de los cuales estamos hablando¹⁴³. Además, refuerza, en su opinión, que las violaciones de este tipo de derechos son cuestiones políticas¹⁴⁴. Asimismo, señala, que la interpretación expansiva de los derechos civiles y políticos hace impredecible sus consecuencias para los Estados, llegando sus decisiones a parecer arbitrarias, visionarias y sin base legal¹⁴⁵.

Por otro lado, también señala que el argumento de Cavallaro y Schaffer sobre la legitimidad de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano, desconoce que a nivel nacional dichos derechos se protegen en las constituciones, en la legislación y en la jurisprudencia, además de que los Estados americanos no han reaccionado negativamente frente a los señalamientos de la Comisión en esta materia¹⁴⁶. Y precisa que la legitimidad de la Corte IDH más bien depende de que se enfoque en los reclamos que son justiciables, conforme a lo que se dijo anteriormente¹⁴⁷. Finalmente, añade que Cavallaro y Schaffer tienen razón en que el litigio debe ir acompañado de los movimientos sociales, el seguimiento local, medios de comunicación, y campañas nacionales e internacionales de presión¹⁴⁸.

Ante las críticas de Melish, Cavallaro y Schaffer respondieron diciendo que en su primera publicación no pusieron en cuestión la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, ni que la Declaración Americana pudiera ser utilizada para tal efecto, sino que la vía del artículo 26 es muy débil y podría conllevar reacciones negativas de los Estados¹⁴⁹, con independencia de que a nivel nacional la justiciabilidad

143. Melish, Tara J., "El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Avances y retrocesos en el Sistema Interamericano", *op. cit.*, pp. 215-216.

144. Melish, Tara J., "Rethinking the "Less as More" Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the Americas", *op. cit.*, p. 19.

145. *Ibidem*, p. 23.

146. *Ibidem*, pp. 16-17.

147. *Ibidem*, pp. 18-19.

148. *Ibidem*, p. 24.

149. Cavallaro, James L. y Schaffer, Emily, "Rejoinder: Finding Common Ground to Promote Social Justice and Economic, Social and Cultural Rights in the Americas", en *New York University Journal of International Law and Politics*, No. 39, 2006, pp. 347, 348, 352, 354, 365 y 366.

directa esté permitida¹⁵⁰. Reiteraron que los litigantes deben escuchar y trabajar con los movimientos sociales¹⁵¹, los que deben guiar a los litigantes y no a la inversa¹⁵². Consideraron también que su posición, a diferencia de la de Melish, está basada no en una teoría sino en los instrumentos y en la jurisprudencia del Sistema Interamericano, así como en los límites institucionales y de recursos de la Corte IDH¹⁵³. Según su perspectiva, el sistema debe servir para elevar el perfil de determinadas agendas, así como para magnificar ciertos casos, sin importar si se hace como un derecho civil o político o como derechos económicos, sociales y culturales¹⁵⁴. Lo importante es cuáles son las cuestiones abordadas y cuáles son los otros esfuerzos incluidos en la estrategia global, buscando siempre la efectividad, por lo que si es a través de los derechos civiles y políticos esa es la vía que debe adoptarse¹⁵⁵. Argumentaron también que los redactores de la Convención Americana consideraban que los derechos económicos, sociales y culturales no eran justiciables vía el artículo 26, y la restricción impuesta por el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador así lo ratifica¹⁵⁶. Para ellos, la promoción de la justiciabilidad directa vía el artículo 26 atiende más al deseo de promover un desarrollo jurisprudencial en abstracto, que a lograr resultados concretos para la justicia social¹⁵⁷.

Por su parte, en su contra réplica Melish considera que la réplica de Cavallaro y Schaffer plantea una falsa dicotomía entre aquellos que favorecen el desarrollo jurisprudencial y los que buscan la justicia social¹⁵⁸. Además, dice la autora, no se trata de si los abogados deben escuchar a los movimientos sociales, pues todos comparten esa preferencia. Más bien, señala, se trata de debatir cuál es papel y la responsabilidad del abogado supranacional al aconsejar a las víctimas sobre todas las posibilidades que tienen abiertas, así como los límites del sistema para lograr avanzar en la agenda de la justicia social¹⁵⁹. Así, considera que el papel de los abogados no es limitar *a priori* la posibilidad para litigar, sino en explicar, en términos normativamente neutrales y

150. *Ibidem*, p. 367.

151. *Ibidem*, p. 353.

152. *Ibidem*, p. 369.

153. *Ibidem*, pp. 355-357.

154. *Ibidem*, pp. 370- 371.

155. *Ibidem*, p. 371.

156. *Ibidem*, p. 363.

157. *Ibidem*, p. 368.

158. Melish, Tara J., "Counter-Rejoinder. Justice vs. justiciability?: Normative Neutrality and Technical Precision, The Role of the Lawyer in Supranational Social Rights Litigation", en *New York University Journal of International Law and Politics*, No. 39, 2006, p. 388.

159. *Ibidem*, p. 389.

técnicamente precisos, las herramientas a su alcance, permitiéndoles escoger con base en su propias necesidades el curso que consideren más indicado¹⁶⁰.

Además, contrapone la posición de Cavallaro y Schaffer a la suya. La primera, se caracteriza por darle prioridad a los derechos civiles y políticos en las iniciativas de litigio, adelantando la idea de que si bien todos los derechos tienen aspectos positivos y negativos, los civiles y políticos son inmediatos mientras que los económicos, sociales y culturales son progresivos. Por otro lado, su posición no le da prioridad a un tipo de derechos para presentar sus casos, pues esta es una decisión de las víctimas y las comunidades que deben tomar en cada caso. De igual manera, insiste en que todos los derechos humanos comparten el mismo espectro de obligaciones, aunque sólo ciertas dimensiones de esas obligaciones compartidas son justiciables en el proceso supranacional de peticiones individuales¹⁶¹. En pocas palabras, la primera es una posición que se fundamenta en el tipo de normas, mientras que la segunda se basa en el tipo de reclamo.

Asimismo, considera que la recomendación de Cavallaro y Schaffer para utilizar los derechos civiles y políticos como el curso más seguro está basada en un peligro hipotético que no se ha confirmado en la práctica de los Estados, sino al contrario¹⁶². Reitera que el artículo 26 cae dentro de la jurisdicción de la Corte IDH y estima que si se hubiera querido restringir en 1988, así se hubiera hecho a través del procedimiento de enmienda de la Convención, y que el artículo 4 del Protocolo de San Salvador salva los plenos efectos del artículo 26 de la Convención Americana¹⁶³. Añade que la justiciabilidad a través de los derechos civiles y políticos tiene consecuencias en el enfoque del debate y el tipo de remedios que se dan. Una de estas consecuencias tiene que ver con el aspecto retórico, es decir, con las implicaciones que tiene para el discurso político que se puede utilizar para legitimar y empujar las demandas ciudadanas¹⁶⁴. También nos dice que bajo la lógica del argumento de Cavallaro y Schaffer, cualquier tipo de litigio relacionado con los derechos económicos, sociales y culturales debería ser rechazado por los Estados, incluyendo la estrategia de interpretar ampliamente los derechos civiles y políticos¹⁶⁵.

En este debate ha terciado recientemente Ruiz-Chiriboga, quien también se opone

160. *Ibidem*, pp. 390, 405 y 407.

161. *Ibidem*, pp. 390-393.

162. *Ibidem*, p. 396-397.

163. *Ibidem*, p. 399.

164. *Ibidem*, pp. 40-402.

165. *Ibidem*, p. 400.

a la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales, pues en su opinión de conformidad con el artículo 2.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el texto de un tratado se conforma por todos los instrumentos que pueden considerarse relacionados. En el caso del Sistema Interamericano, nos dice, los derechos económicos, sociales y culturales están comprendidos no sólo en la Convención Americana sino también en el Protocolo de San Salvador, por lo que deben leerse de manera conjunta¹⁶⁶.

En este sentido, señala que conforme a los artículos 31 y 77.1 de la Convención Americana los protocolos sirven para incluir libertades y derechos, por lo que los derechos previstos en el Protocolo de San Salvador no estaban reconocidos por la Convención Americana, pues si hubieran querido modificar derechos que ya estaban previstos hubieran reformado la Convención¹⁶⁷. Así, lo que hace el Protocolo de San Salvador es 1) incluir derechos que no se pueden inferir de la Carta de la OEA, sea porque sólo pueden inferirse por el nombre pero no por su contenido, o no pueden ser inferidos de ninguna manera, y 2) dar un contenido más amplio a los derechos que pueden ser inferidos de la Carta¹⁶⁸. Desde esta perspectiva, no todos los derechos protegidos por el Protocolo de San Salvador están protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana¹⁶⁹. Y sólo los derechos protegidos por el Protocolo son los protegidos por el 26 de la Convención Americana¹⁷⁰.

Además, agrega que el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador es muy claro y no necesita de mayor interpretación para concluir que con excepción de los derechos previstos en los artículos 8.a y 13, todos los demás no son justiciables en el Sistema Interamericano¹⁷¹. Incluso, argumenta que si bien el artículo 4 del Protocolo de San Salvador establece que no podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, éste no se refiere a la jurisdicción de la Corte, lo que sí hace el 19.6 que es *lex specialis* en la materia¹⁷². Sin que pueda utilizarse, en su opinión, el principio *pro*

166. Ruiz-Chiriboga, Oswaldo, "The American Convention and the Protocol of San Salvador: Two Intertwined Treaties. Non-enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System", *Netherlands Quarterly of Human Rights*. Vol. 31/2, 2013, pp. 161-62.

167. *Ibidem*, p. 164. En una posición contraria véase Urquilla, Carlos, *La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*, op. cit., p. 159.

168. *Ibidem*, p. 171.

169. *Ibidem*, p. 172.

170. *Ibidem*, p. 173.

171. *Ibidem*, p. 164.

172. *Ibidem*, p. 166.

homine para extender la jurisdicción de la Corte cuando el sentido literal no lo hace¹⁷³. Para Ruiz-Chiriboga, el medio para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales es el previsto en el artículo 42 de la Convención Americana¹⁷⁴.

En mi opinión ningún precepto del Protocolo de San Salvador hace referencia alguna sobre los alcances de las obligaciones generales a que se refieren los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana. Si el Pacto de San José no está siendo modificado expresamente, la interpretación que corresponde debe ser la menos restringida respecto a sus alcances. En este aspecto, es importante resaltar que la misma Convención Americana dispone un procedimiento específico para su modificación¹⁷⁵. Si el Protocolo de Salvador pretendía derogar o modificar el alcance del artículo 26, ello debió haberse establecido en forma expresa e inequívoca. La clara redacción del artículo 19.6 del Protocolo no permite inferir conclusión alguna respecto a la literalidad de la relación del artículo 26 con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, tal y como ha reconocido la Corte IDH¹⁷⁶.

Desde mi perspectiva, la posición que tomemos al respecto debe partir de aplicar el principio de interpretación más favorable no sólo en relación con aspectos sustantivos de la Convención sino también en aspectos procesales relacionados con la atribución de competencia, siempre y cuando exista un conflicto interpretativo concreto y genuino. Si el Protocolo de San Salvador expresamente hubiera señalado que debía entenderse que el artículo 26 ya no tenía vigencia, no podría el intérprete llegar a una conclusión en contrario. Sin embargo, ninguna norma del Protocolo se refiere a disminuir o limitar el alcance de la Convención Americana.

Por el contrario, como se ha señalado, el artículo 4 del Protocolo de San Salvador establece que este instrumento no debe ser interpretado para desconocer otros derechos vigentes en los Estados Parte, lo cual incluye los derechos que se derivan del artículo 26 en el marco de la Convención Americana¹⁷⁷. Asimismo, en términos del artículo 29.b) de la Convención Americana, no puede realizarse una interpretación restrictiva de los derechos¹⁷⁸.

173. *Idem.*

174. *Ibidem*, pp. 172-179.

175. Convención Americana: "Artículo 76. 1. Cualquier Estado parte directamente y la Comisión o la Corte por conducto del Secretario General, pueden someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, una propuesta de enmienda a esta Convención".

176. *Cfr. Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría")*, *supra*, párr. 100.

177. Protocolo de San Salvador: "Artículo 4. *No Admisión de Restricciones.* No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, a pretexto de que el presente protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado".

178. *Cfr. Caso de la "Masacre de Mapiripán"*, *supra*, párr. 188.

En ese sentido, considero que esta —aparente— contradicción entre el artículo 26 de la Convención Americana y el 19.6 del Protocolo de San Salvador, debe resolverse en el sentido de que el artículo 19.6 del Protocolo es, efectivamente, un punto de partida que no quiso limitar la justiciabilidad del artículo 26 de la Convención Americana. Esta aproximación puede realizarse a partir de una interpretación sistemática, teleológica, evolutiva y que tenga en cuenta la interpretación más favorable para impulsar la mejor protección del ser humano y el objeto y fin del artículo 26 de la Convención Americana respecto a la necesidad de garantizar efectivamente los derechos económicos, sociales y culturales. En un conflicto interpretativo corresponde otorgar prevalencia a una interpretación sistemática de las normas relevantes atendiendo la efectividad plena de los derechos.

En este sentido, la Corte IDH ha señalado en otras oportunidades¹⁷⁹ que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Asimismo, también ha sostenido que esa interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁸⁰. Al efectuar una interpretación evolutiva la Corte le ha otorgado especial relevancia al derecho comparado, razón por la cual ha utilizado normativa nacional¹⁸¹ o jurisprudencia de tribunales internos¹⁸² a la hora de analizar controversias específicas en los casos contenciosos.

Es claro que la Corte IDH no puede declarar la violación de todos los derechos económicos, sociales y culturales —como, por ejemplo, el derecho a la salud— en el marco del Protocolo de San Salvador, porque así se advierte de la literalidad del artículo

179. *Cfr. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal.* Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114, y *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 83.

180. *Cfr. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal.* Opinión Consultiva OC-16/99, *supra*, párr. 114, y *Caso Atala Riffo y Niñas, supra*, párr. 83.

181. En el *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196, párr. 148, la Corte tuvo en cuenta para su análisis que: “se advierte que un número considerable de Estados partes de la Convención Americana ha adoptado disposiciones constitucionales reconociendo expresamente el derecho a un medio ambiente sano”.

182. En *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá, supra*, y *Caso Tiu Tojin Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190, la Corte IDH tuvo en cuenta sentencias de tribunales internos de Bolivia, Colombia, México, Panamá, Perú, y Venezuela sobre la imprescriptibilidad de delitos permanentes como la desaparición forzada. Además, en el *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, la Corte IDH utilizó pronunciamientos de tribunales constitucionales de países americanos para apoyar la delimitación que ha realizado al concepto de desaparición forzada. Otros ejemplos son el *Caso Atala Riffo y Niñas, supra*, y el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones.* Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.

19.6 del mismo. Sin embargo, es posible entender al Protocolo de San Salvador como uno de los referentes interpretativos sobre el alcance del derecho a la salud que protege el artículo 26 de la Convención Americana. El Protocolo Adicional, a la luz del *corpus juris* de derechos humanos, ilustra sobre el contenido que deben tener las obligaciones de respeto y garantía respecto a este derecho. Es decir, el Protocolo de San Salvador *orienta* sobre la aplicación que corresponde del artículo 26 en conjunto con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del Pacto de San José.

La posibilidad de utilizar el Protocolo de San Salvador para definir los alcances de la protección del derecho a la salud contenido en el artículo 26 de la Convención Americana no sería extraña en la jurisprudencia de la Corte IDH, como tampoco lo es la utilización de otras fuentes internacionales o los Indicadores de Progreso de la OEA para medición de derechos contemplados en el mismo Protocolo, para precisar diferentes obligaciones del Estado en la materia. En efecto, este ejercicio lo hizo la Corte IDH en el *Caso Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay*, en el que expresamente manifestó que para fijar el contenido y alcances del artículo 19 del Pacto de San José, tomaría en consideración la Convención sobre los Derechos del Niño y el Protocolo de San Salvador, en tanto dichos instrumentos internacionales forman parte de un muy comprensivo *corpus iuris* internacional de protección de los niños¹⁸³.

De igual forma, en el *Caso de la Comunidad Yakye Axa Vs. Paraguay*, al analizar si el Estado generó las condiciones que agudizaron las dificultades de acceso a una vida digna de los miembros de la Comunidad y si, en ese contexto, adoptó las medidas positivas apropiadas, la Corte optó por interpretar el artículo 4 de la Convención Americana a la luz del *corpus juris* internacional sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidad indígenas. Entre otros, mencionó los artículos 26 del mismo Pacto de San José, así como los artículos 10 (derecho a la salud), 11 (derecho a un medio ambiente sano), 12 (derecho a la alimentación), 13 (derecho a la educación), y 14 (derecho a los beneficios de la cultura) del Protocolo de San Salvador (DESC), y las disposiciones pertinentes del Convenio No. 169 de la OIT. La Corte también observó lo dispuesto por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas en su Observación General No. 14¹⁸⁴.

Otro ejemplo lo constituye el *Caso Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, en el que la Corte IDH inclusive profundizó en el análisis para determinar que la asistencia estatal

183. *Caso "Instituto de Reeducción del Menor"*, *supra*, párr. 148. En el mismo sentido, el *Caso de las Niñas Yean y Bosico*, *supra*, párr. 185. A mi entender la figura del *corpus iuris* lleva implícita la interdependencia e indivisibilidad de los derechos que lo conforman. Sobre los indicadores, véase Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura (comps.), *La medición de derechos en las políticas sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2010.

184. *Cfr. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra*, párr. 163; *mutatis mutandi*, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, *supra*, párr. 155, y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, *supra*, párrs. 215 y 216.

brindada por el Estado en materia de acceso y calidad de agua, alimentación, servicios de salud y educación no había sido suficiente para superar las condiciones de especial vulnerabilidad en que se encontraba la Comunidad. Para su determinación, el Tribunal Interamericano evaluó dicha prestación en apartados específicos a cada rubro, a la luz de los principales estándares internacionales en la materia y las medidas adoptadas por el Estado, utilizando las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU¹⁸⁵.

Asimismo, en el *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador* la Corte interpretó el derecho a la consulta previa, libre e informada de las comunidades y pueblos indígenas y tribales en el reconocimiento los derechos a la cultura propia o identidad cultural, reconocidos en el Convenio 169 de la OIT. Por lo que la falta de consulta en el caso específico generó la violación “del derecho a la propiedad comunal del Pueblo Sarayaku, reconocido 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”¹⁸⁶.

En el *Caso Chitay Nech Vs. Guatemala*, la Corte IDH estableció que dentro de la obligación general de los Estados de promover y proteger la diversidad cultural de los indígenas se desprende la obligación especial de garantizar el **derecho a la vida cultural de los niños indígenas**, para lo cual interpretó el artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño y observaciones de su Comité, que dota de contenido al artículo 19 de la Convención Americana, y determinó que para el desarrollo pleno y armonioso de su personalidad, los niños indígenas, de acuerdo con su cosmovisión, preferiblemente requieren formarse y crecer dentro de su entorno natural y cultural, ya que poseen una identidad distintiva que los vincula con su tierra, cultura, religión, e idioma¹⁸⁷.

En el *Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*, para analizar la responsabilidad del Estado respecto de los derechos al nombre (artículo 18), a la familia (artículo 17) y del niño (artículo 19, de la CADH), la Corte consideró que el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales

185. Cfr. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, *supra*, párrs. 215 y 216, párrs. 194 a 217. Citando lo siguiente: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), ONU. Observación General No. 15. El derecho al agua [artículos 11 y 12 del Pacto], [29º período de sesiones 2002], U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 117 [2002]; CDESC, Observación General No. 12, 12 de mayo de 1999, E/C.12/1999/5, párrs. 6 a 8; CDESC, Observación General No. 13, 8 de diciembre de 1999, E/C.12/1999/10, párr. 50; CDESC, Observación General No. 21, diciembre 21 de 2009, E/C.12/GC/21, párr. 38; Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, artículo 27.1; Paul Hunt. Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of health, A/HRC/14/20/Add.2, 15 de abril de 2010.

186. *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku*, *supra*, párr. 232.

187. Cfr. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párrs. 164 a 170. Ver también, ONU. Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 11 [2009]. *Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención*, 12 de febrero de 2009, párr. 82.

en su familia forma parte, implícitamente, del derecho a la protección a la familia y del niño. Lo anterior se fundamentó en el reconocimiento expreso existente en los artículos 12.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 8 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos, 4.3 del Protocolo II de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (en adelante “Protocolo II”) y la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁸⁸.

En similar sentido, en el *Caso Gelman Vs. Uruguay*, la Corte desarrolló el denominado derecho a la identidad (el cual no se encuentra expresamente contemplado en la Convención Americana) sobre la base de lo dispuesto en el artículo 8 de la Convención sobre Derechos del Niño, que establece que tal derecho comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia. De esta forma, las alegadas violaciones a los derechos reconocidos por los artículos 3, 17, 18, 19 y 20 de la Convención fueron interpretadas de acuerdo con el *corpus juris* del derecho de la niñez, en especial con los artículos 7, 8, 9, 11, 16 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁸⁹.

Por otra parte, en el *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*, la Corte IDH complementó su jurisprudencia en relación con el derecho a la propiedad privada contemplado en el artículo 21 de la Convención al referirse a los artículos 13 y 14 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional de 8 de junio de 1977¹⁹⁰.

Posteriormente, en el *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*, el Tribunal interpretó los alcances del mismo artículo 21 utilizando tratados distintos a la Convención Americana. De esta forma, se refirió a la Norma 7 de Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, relativa a la distinción entre bienes de carácter civil y objetivos militares y el artículo 4.2.g del Protocolo II, respecto del acto de pillaje¹⁹¹, para llenar de contenido el derecho a la propiedad privada previsto en el artículo 21 del Pacto de San José.

188. Cfr. *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párrs. 188, 190 y 191.

189. Cfr. *Caso Gelman, supra*, párrs. 121 y 122.

190. Cfr. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252, párr. 179.

191. Cfr. *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259, párrs. 270 – 272.

Como se puede apreciar de estos ejemplos de la jurisprudencia interamericana, ha sido una práctica reiterada de la Corte IDH utilizar distintos instrumentos y fuentes internacionales más allá del Pacto de San José para definir los contenidos e incluso ampliar los alcances de los derechos previstos en la Convención Americana y precisar las obligaciones de los Estados¹⁹², en tanto dichos instrumentos y fuentes internacionales forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional en la materia, utilizando, también el Protocolo de San Salvador.

La posibilidad de utilizar el Protocolo de San Salvador para darle contenido y alcances a los derechos económicos, sociales y culturales derivados del artículo 26 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones generales previstas en los artículos 1 y 2 de la misma es viable conforme lo ha venido realizando el Tribunal Interamericana para dotar de contenido a muchos derechos convencionales utilizando distintos tratados y fuentes distintos del Pacto de San José. De ahí que también podría utilizarse el Protocolo de San Salvador, junto con otros instrumentos internacionales, para establecer el contenido y alcances de los derechos económicos, sociales y culturales que protege el artículo 26 de la Convención Americana.

V. Vías interpretativas del artículo 26 de la convención americana

Hasta el momento, la Corte IDH ha utilizado diversos aspectos del *corpus juris* sobre el derecho a la salud para fundamentar su argumentación sobre el alcance del derecho a la vida o a la integridad personal, utilizando el concepto de vida digna u otro tipo de análisis basados en la conexidad de la salud con estos derechos civiles. Esta estrategia argumentativa es valiosa y ha permitido un importante avance de la jurisprudencia interamericana. Sin embargo, el principal problema de esta línea argumentativa es que impide un análisis a profundidad sobre el alcance de las obligaciones de respeto y garantía frente al derecho a la salud, como sucedió en la sentencia dictada en el caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*. Asimismo, existen algunos componentes de los derechos sociales que no pueden ser reconducidos a estándares de derechos civiles y políticos¹⁹³.

192. Por ejemplo, podría también utilizarse los *Indicadores de Progreso para Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo de San Salvador*, OEA/Ser.L/XXV.2.1, Doc 2/11 rev.2, 16 de diciembre de 2012.

193. Sobre este aspecto, véase Melish, Tara J. "The Inter-American Court of Human Rights: Beyond Progressivity", en Langford, Malcolm (ed.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in Comparative and International Law*, Cambridge University Press, 2008, capítulo 19.

Como se ha puesto de relieve, “podría perderse la especificidad tanto de derechos civiles y políticos (que empiezan a abarcarlo todo) como de derechos sociales (que no logran proyectar sus especificidades)”¹⁹⁴.

Atendiendo a que la Corte IDH en su jurisprudencia evolutiva ya ha aceptado explícitamente la justiciabilidad del artículo 26¹⁹⁵, en mi opinión, ahora el Tribunal Interamericano tendría que resolver varios aspectos de este precepto convencional que plantea la difícil tarea de definir en el futuro tres cuestiones distintas, referidas a i) qué derechos protege, ii) qué tipo de obligaciones derivan de tales derechos, y iii) qué implicaciones tiene el principio de progresividad. Evidentemente no se pretende resolver estas cuestiones ni siquiera mínimamente en este trabajo. Simplemente es mi deseo sentar algunas bases que pudieran servir a manera de reflexión para futuros desarrollos jurisprudenciales del Tribunal Interamericano.

En relación con los derechos protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana existen distintas posturas. En primer término, están aquellas, como la de Ruiz-Chiriboga, que sostienen que un derecho no se puede inferir de la Carta de la OEA sólo por el nombre, sino que es necesario que ésta le dote de un mínimo de contenido. Este mínimo puede entonces ser precisado con otros instrumentos internacionales. Sin embargo, definir el contenido y alcance total de un derecho a través de otros instrumentos constituiría una modificación de la Convención Americana¹⁹⁶. Asimismo, señala que la Declaración Americana sólo puede ser utilizada para interpretar derechos una vez que se ha desprendido un derecho de la Carta de la OEA, sin que se pueda apelar directamente a la Declaración¹⁹⁷. Por su parte, tratándose del Protocolo de San Salvador distinguen entre aquellos Estados que no lo han ratificado de los que sí lo han hecho. En relación con los primeros, el Protocolo no puede utilizarse, en tanto no es vinculante para ellos. Los derechos sólo pueden ser inferidos de la Carta de la OEA por su nombre y porque prevé un contenido mínimo, pero las inferencias no pueden ir más allá de los derechos previstos en el Protocolo de San Salvador¹⁹⁸. En relación con los segundos, el Protocolo es el que establece qué derechos están protegidos y en qué medida, es decir, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 19.6¹⁹⁹.

194. Parra Vera, Oscar, *op. cit.*, p. 60.

195. *Caso Acevedo Buendía y otros* [“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”], *supra*, párrs. 92-106, particularmente párrs. 99-103.

196. Ruiz-Chiriboga, Oswaldo, “The American Convention and the Protocol of San Salvador: Two Intertwined Treaties. Non-enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System”, pp. 168-169.

197. *Ibidem*, p. 169.

198. *Ibidem*, p. 170, 174.

199. *Idem*.

Para otros, los derechos protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana son los que derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y culturas contenidas en la Carta de la OEA, sin que sea posible remitirse a la Declaración Americana²⁰⁰. Una vez determinado que un derecho se encuentra implícito en la Carta y, por tanto, comprendido en el artículo 26, puede entonces interpretarse con ayuda de la Declaración Americana u otros tratados de derechos humanos vigentes en el Estado respectivo²⁰¹. Por otro lado, sostienen también que aunado al principio *pro persona*, para saber qué derechos se desprenden de los objetivos establecidos en la Carta de la OEA, hay que acudir a otros instrumentos internacionales, como la Declaración Americana, textos constitucionales y al trabajo desarrollado por órganos internacionales de supervisión²⁰².

Sobre la posible integración de la Carta de la OEA con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, es pertinente tener en cuenta la Opinión Consultiva OC-10/89 “Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, del 14 de julio de 1989, en especial, sus párrafos 43 y 45:

43. Puede considerarse entonces que, a manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA.

[...]

45. Para los Estados Miembros de la Organización, la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la

200. Abramovich, Víctor, y Rossi, Julieta y, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Estudios Socios Jurídicos*, Bogotá, núm especial 9, abril de 2007, pp. 46-47.

201. *Ibidem*, p. 48.

202. Con ciertas variantes, véanse Courtis, Christian, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *op. cit. supra* nota 79; y Melish, Tara J., “El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: avances y retrocesos en el Sistema Interamericano”, en *Memorias del seminario internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, pp. 173-219; de esta misma autora, *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, *op. cit.*

Carta. De otra parte, los artículos 1.2.b) y 20 del Estatuto de la Comisión definen, igualmente, la competencia de la misma respecto de los derechos humanos enunciados en la Declaración. Es decir, para estos Estados la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales.

La segunda cuestión que apuntamos es el tipo de obligaciones que tienen los Estados conforme al artículo 26 de la propia Convención. De acuerdo con dicho numeral, los Estados se comprometen a “adoptar providencias” para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales “en la medida de los recursos disponibles”. Aquí la cuestión es dilucidar en qué consisten esas providencias.

Nuevamente recurrimos al precedente del *Caso Acevedo Buendía y otros Vs. Perú*, en el que fue abordada la naturaleza de las obligaciones derivadas del artículo 26 del Pacto de San José, y en el que se trató del incumplimiento de pago de nivelaciones pensionales, lo que según la Corte IDH —en su anterior integración—, vulneró los derechos a la protección judicial y a la propiedad previstos en los artículos 21 y 25 de la Convención Americana, no así del artículo 26, pues para el Tribunal Interamericano este precepto requiere de providencias económicas y técnicas en la medida de los recursos disponibles, lo que no era el caso. Así, consideró que es una obligación de naturaleza diferente y, por tanto, estimó que no se vulneró dicho dispositivo convencional²⁰³. Sin embargo, la Corte IDH fue clara al establecer que “la regresividad resulta justificable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate”²⁰⁴, lo que dejó abierta la posibilidad en el futuro de mayores desarrollos jurisprudenciales.

Asimismo, no debe pasar inadvertido que la Corte IDH ha señalado que además de regular el desarrollo progresivo de los derechos sociales, a la luz del artículo 26 de la Convención Americana, una interpretación sistemática de la misma incluye aplicar a los derechos económicos, sociales y culturales las obligaciones de respeto y garantía²⁰⁵, derivadas de los artículos 1.1. y 2 del Pacto de San José.

203. *Caso Acevedo Buendía y otros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”), *supra*, Serie C No. 198, párrs. 105 y 106.

204. *Caso Acevedo Buendía y otros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”), *supra*, párr. 103. Sobre la regresividad véase Uprimny, Rodrigo, y Diana Guarnizo, “¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM-Marcial Pons-IMDPC, 2008, tomo IV: “Derechos fundamentales y tutela constitucional”, pp. 361-438.

205. *Caso Acevedo Buendía y otros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”), *supra*, párr. 100: “si bien el artículo 26 se encuentra en el capítulo III de la Convención, titulado “Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, se ubica, también, en la Parte I de dicho instrumento, titulado “Deberes de los Estados y Derechos Protegidos” y, por ende, está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2”.

VI. Los Artículos 26 Y 29 Del Pacto De San José

A Luz Del Principio Pro Persona

En este apartado me interesa dejar brevemente algunos lineamientos sobre otra vía interpretativa para desentrañar los derechos que se derivan de la Carta de la OEA, aspecto toral que considero se debe enfrentar una vez que aceptamos la justiciabilidad del artículo 26 de la Convención Americana. Esta posible vía sería la de considerar la vinculación de los artículos 26 y 29 del Pacto de San José en relación con el principio *pro persona*²⁰⁶. En efecto, atendiendo a las normas previstas en el artículo 29 de la Convención Americana, ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados, o bien de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza (como lo es la Declaración Universal de los Derechos del Hombre) que prevé, al igual que la Declaración Americana, derechos sociales sin distinción de los derechos civiles y políticos.

Estas normas de interpretación previstas en el artículo 29 de la Convención Americana también deben ser motivo de interpretación. Si leemos estos criterios conforme al principio *pro persona*, la interpretación del artículo 26 no sólo no debe limitar el goce y ejercicio de los derechos previstos en las leyes de los Estados parte, entre las cuales se encuentra la constitución nacional de los Estados, o los derechos previstos en otras convenciones, sino que esas leyes y convenciones deben utilizarse para asegurar *el mayor nivel de protección*. Así, para saber qué derechos derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la OEA (en términos de lo dispuesto en el Artículo 26 de la Convención Americana), además de atender a su texto, podría acudir a las leyes nacionales y a otros instrumentos internacionales, incluida la Declaración Americana²⁰⁷.

En otras palabras, una posible vía para interpretar el artículo 26 de la Convención Americana conduciría a que no es suficiente con una interpretación literal de dicho precepto, como tampoco bastan los criterios previstos en el artículo 29 del Pacto de

²⁰⁶. En términos similares véase Urquilla, Carlos, *La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*, op. cit., pp. 196-197.

²⁰⁷. Cfr. 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", del 14 de julio de 1989, párrs. 43 y 45.

San José, sino que, en primer término, este último numeral debe ser interpretado conforme al principio *pro persona*. Una vez realizado lo anterior, es posible entender que conforme al referido artículo 29, los derechos económicos, sociales y culturales previstos en otras leyes, incluyendo las constituciones de los Estados parte, así como los derechos previstos en otras convenciones de las que el Estado es parte y la Declaración Americana²⁰⁸, se incorporan al artículo 26 para interpretarlo y desarrollarlo.

La propia Corte IDH ha utilizado en algunas ocasiones, para darle mayor contenido y contexto a los derechos civiles, las leyes fundamentales nacionales y diversos instrumentos internacionales mediante la interpretación del artículo 29.b) de la Convención Americana. Así, por ejemplo, se utilizó el artículo 44 de la Constitución Política de la República de Colombia (derechos fundamentales de los niños), conjuntamente con diversos instrumentos internacionales y la Convención Americana, en el *Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia*²⁰⁹:

153. El contenido y alcances del artículo 19 de la Convención Americana deben ser precisados, en casos como el presente, tomando en consideración las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño²¹⁰, en particular de sus artículos 6, 37, 38 y 39, y del Protocolo II a los Convenios de Ginebra, ya que estos instrumentos y la Convención Americana forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que los Estados deben respetar²¹¹. Aunado a lo anterior, en aplicación del artículo 29

208. Incluso la Declaración Universal de Derechos Humanos, toda vez que el artículo 29.d) de la Convención Americana establece que ninguna disposición de ese Pacto puede ser interpretado en el sentido de: “excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”; y la Declaración Universal, por su esencia, tiene la naturaleza de la Convención Americana.

209. *Caso de la “Masacre de Mapiripán”*, supra, párr. 153; y *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*, supra, párr. 148. Véanse también *Caso “Instituto de Reeducción del Menor”*, supra, párr. 148. En el mismo sentido, el *Caso de las Niñas Yean y Bosico*, supra, párr. 185. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, supra, párr. 163; *mutatis mutandi*, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, supra, párr. 155, y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, supra, párrs. 215 y 216. *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku*, supra, párr. 232. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párrs. 164 a 170. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párrs. 164 a 170. Ver también, ONU. Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 11 (2009). *Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención*, 12 de febrero de 2009, párr. 82. *Caso Gelman*, supra, párrs. 121 y 122. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252, párr. 179. *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259, párrs. 270 – 272.

210. Ratificada por Colombia el 28 de enero de 1991 y que entró en vigor el 27 de febrero de 1991.

211. Cfr. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor”*, supra, párr. 148; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 166; *Caso de “los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros)”*, supra, párr. 194, y *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC- 17/02*, párr. 24.

de la Convención, es considerable lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución Política de la República de Colombia²¹².

Como lo hemos señalado en otra ocasión, el *principio pro persona* implica, *inter alia*, efectuar la interpretación más favorable para el efectivo goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, lo que impide, además, que se utilicen otros instrumentos internacionales para restringir los derechos de la Convención Americana²¹³.

En un fallo reciente, pese a que la Corte Interamericana no lo analiza, en el Caso *Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá* (2014), la falta de delimitación, demarcación y titulación de las tierras ancestrales de las comunidades afectadas, consecuentemente supuso la pérdida de lugares sagrados, bosques, viviendas, cosechas, animales, plantas medicinales que no solo tenían un valor material, sino que constituían un elemento esencial de la identidad y modo tradicional, lo cual se traduce en pérdidas culturales y espirituales imposibles de recuperar²¹⁴.

En todo caso, sea cual sea la vía interpretativa que le demos al artículo 26 de la Convención Americana, existen, como se ha visto, diversas líneas interpretativas y argumentativas válidas y razonables que nos conducen a otorgar justiciabilidad directa a los derechos económicos, sociales y culturales, que eventualmente la Corte IDH podría realizar en futuras ocasiones. Partiendo del supuesto, se insiste, en que el Tribunal Interamericano ya dio el paso de la aceptación de la justiciabilidad de los derechos que se deriven del artículo 26 del Pacto de San José, en el importante precedente del *Caso Acevedo Buendía Vs. Perú*.

212. Cfr. artículo 44 de la Constitución Política de la República de Colombia: "Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores".

213. Véase nuestro voto razonado en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 38.

214. Cfr. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284

VII. La interpretación evolutiva del artículo 26 de la convención americana conforme la normativa constitucional y las prácticas de las altas jurisdicciones nacionales

Para profundizar en la garantía directa de los derechos económicos, sociales y culturales, y en particular del derecho a la salud, resulta de especial utilidad efectuar una interpretación evolutiva respecto al alcance de los derechos consagrados en el artículo 26 de la Convención Americana. Al respecto, la práctica de diversos tribunales nacionales ofrece importantes ejemplos de análisis a partir de la obligación de respeto y garantía respecto al derecho a la salud y la utilización del *corpus juris* sobre las obligaciones internacionales en relación con este derecho social para impulsar su protección judicial directa.

Es importante precisar, por otra parte, que las altas jurisdicciones nacionales utilizan su propia normativa constitucional además de los instrumentos y fuentes internacionales. En la actualidad resultan innegables los avances normativos en los Estados nacionales sobre los derechos sociales, en particular sobre el alcance constitucional de la protección del derecho a la salud (sea de manera expresa, derivada de otros derechos o debido a su reconocimiento por la incorporación constitucional de los tratados internacionales).

Entre las normas constitucionales de los Estados parte de la Convención Americana que refieren de alguna forma a la protección del derecho a la salud, se encuentran: Argentina (art. 42), Bolivia (art. 35), Brasil (art. 196), Colombia (art. 49), Costa Rica (art. 46), Chile (art. 19, inciso 9), Ecuador (art. 32), El Salvador (art. 65), Guatemala (arts. 93 y 94), Haití (art. 19), Honduras (art. 145), México (art. 4o.), Nicaragua (art. 59), Panamá (art. 109), Paraguay (art. 68), Perú (art. 70.), República Dominicana (art. 61), Suriname (art. 36), Uruguay (art. 44), y Venezuela (art. 83).

Estas normas han sido dotadas de efectividad en muchas ocasiones por las altas jurisdicciones nacionales, incluso a través de tutela “directa” y utilizando tratados y diversas fuentes internacionales.

Al respecto, resulta relevante la experiencia de la Corte Constitucional de Colombia. El argumento “por conexidad” se utilizó en gran medida para delimitar el contenido del derecho susceptible de protección judicial por vía de la acción de tutela.²¹⁵ En la sentencia T-016 de 2007, dicha Corte indicó que era posible superar una dogmática basada en la conexidad y dar lugar a un análisis del derecho a la salud como derecho

²¹⁵ La acción de tutela colombiana corresponde al recurso, acción o juicio de amparo en la mayoría de los países latinoamericanos. En Chile se le denomina “recurso de protección” y en Brasil “mandado de segurança”.

fundamental directo²¹⁶:

... Hoy se muestra artificioso predicar la exigencia de conexidad respecto de derechos fundamentales los cuales tienen todos – unos más que otros – una connotación prestacional innegable. Ese requerimiento debe entenderse en otros términos, es decir, en tanto enlace estrecho entre un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la acción de tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental. Así, a propósito del derecho fundamental a la salud puede decirse que respecto de las prestaciones excluidas de las categorías legales y reglamentarias únicamente podrá acudirse al amparo por vía de acción de tutela en aquellos eventos en los cuales logre demostrarse que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a la salud (i) significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregona de un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho.

Lo anterior, justamente por cuanto el Estado - bajo aplicación de los principios de equidad, solidaridad, subsidiariedad y eficiencia - ha de racionalizar la prestación satisfactoria del servicio de salud a su cargo o a cargo de los particulares que obran en calidad de autoridades públicas, atendiendo, de modo prioritario, a quienes se encuentren en cualquiera de las circunstancias mencionadas con antelación. Al respecto, la Corte Constitucional ha expresado mediante jurisprudencia reiterada que, bajo estas circunstancias, aun tratándose de prestaciones excluidas del POS, del POSS, del PAB, del PAC y de aquellas obligaciones previstas por la Observación General 14, procede la tutela como mecanismo para obtener el amparo del derecho constitucional fundamental a la salud.

Por otra parte, es importante resaltar que todos los derechos tienen facetas prestacionales y no prestacionales. Es decir, establecer la característica de derechos prestacionales sólo a los derechos sociales no parece ser una respuesta viable en los tiempos actuales y pareciera un equívoco o un “error categorial”, tal como lo señaló

216. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-016 de 2007 (Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto), párr. 12.

la propia Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-760 de 2008²¹⁷. La Corte colombiana también ha precisado diversos alcances de la protección judicial de las dimensiones prestacionales de los derechos fundamentales, clarificando las obligaciones con efecto inmediato y las obligaciones de cumplimiento progresivo pertinentes.

En la referida sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional de Colombia, se indica que algunas obligaciones asociadas a estas facetas prestacionales son de cumplimiento inmediato “bien sea porque se trata de una acción simple del Estado, que no requiere mayores recursos —por ejemplo, la obligación de suministrar la información de cuáles son sus derechos a los pacientes, antes de ser sometidos a un tratamiento médico—” o “porque a pesar de la movilización de recursos que la labor implica, la gravedad y urgencia del asunto demandan una acción estatal inmediata (por ejemplo, la obligación de adoptar las medidas adecuadas y necesarias para garantizar la atención en salud de todo bebé durante su primer año de vida)”²¹⁸.

Otras de las obligaciones de carácter prestacional derivadas de un derecho fundamental son de cumplimiento *progresivo*, por la complejidad de las acciones y los recursos que se requieren para garantizar efectivamente el goce efectivo de estas facetas de protección de un derecho. Sin embargo, la Corte colombiana reiteró el precedente establecido en la sentencia T-595 de 2002, según el cual “el que una prestación amparada por un derecho sea de carácter programático no quiere decir que no sea exigible o que eternamente pueda incumplirse”²¹⁹.

Varios ejemplos en el derecho comparado ilustran sobre la justiciabilidad directa del derecho a la salud. Por ejemplo, en el *Caso Viceconte*, decidido por una Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal en Argentina²²⁰, se solicitó a los tribunales

217. Cfr. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-760 de 2008 [Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa], párr. 3.3.5.

218. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-760 de 2008 [Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa], párr. 3.3.6.

219. Al respecto, siguiendo dicho fallo emitido en 2002, se precisa que la faceta prestacional y progresiva de un derecho constitucional permite a su titular exigir judicialmente, por lo menos: (a) la existencia de una política pública, (b) que no sea simbólica o meramente formal, lo cual quiere decir que esté claramente orientada a garantizar el goce efectivo del derecho. Este punto es importante porque “se viola la Constitución cuando existe un plan o un programa, pero se constata que (i) “sólo está escrito y no haya sido iniciada su ejecución” o (ii) “que así se esté implementando, sea evidentemente *inane*, bien sea porque no es sensible a los verdaderos problemas y necesidades de los titulares del derecho en cuestión, o porque su ejecución se ha diferido indefinidamente, o durante un periodo de tiempo irrazonable”; y (c) que contemple mecanismos de participación de los interesados que impulsen la mayor rendición de cuentas posible. Cfr. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-760 de 2008 [Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa].

220. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de Argentina, Sala IV, caso Viceconte, Mariela Cecilia c/ Estado Nacional –Ministerio de Salud y Acción Social- s/ amparo ley 16. 986. Causa n° 31. 777/96, sentencia de 2 de Junio de 1998. Un análisis de este caso puede verse en Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 146-154.

que se ordenara al Gobierno la producción de una vacuna con el objeto de proteger contra la fiebre hemorrágica a un importante número de argentinos. A la luz de la incorporación en la Constitución de los tratados internacionales que reconocen el derecho a la salud, el tribunal determinó que el Gobierno había incumplido, por omisión, en su obligación de proporcionar la vacuna. Como el sector privado consideraba que la producción de la vacuna no era rentable, el tribunal ordenó al Estado que la produjera. La Cámara ordenó la inversión en la producción de la vacuna, y requirió el cumplimiento de un cronograma de inversión, ya establecido por el propio Gobierno.

Asimismo, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, en la reciente Sentencia 3691 de marzo de 2013²²¹, enfrentó graves barreras en el acceso a la salud debido a las “listas de espera” que retrasaban la atención médica de muchos costarricenses. La Sala Constitucional ordenó que se procediera de manera paulatina pero seria, para erradicar las listas de espera irrazonables en la prestación del servicio de salud. Solicitó la realización de estudios técnicos que permitieran elaborar un plan dentro de los doce meses siguientes a la notificación de la sentencia. Para la Sala Constitucional, dicho plan debe definir los plazos de espera razonables por patología o nivel de urgencia así como los criterios objetivos para precisar la inclusión y ubicación de un paciente en las listas de espera. Asimismo, la Sala indicó que se debía fijar un cronograma de avance, y las medidas administrativas o técnicas para cumplir con las metas del plan. Lo anterior para que una vez aprobado el plan dentro de esos doce meses, en el plazo máximo de los doce meses siguientes a la aprobación del mismo, las listas de espera que existan contemplen plazos de espera razonables de acuerdo a la especialidad médica y el diagnóstico que corresponda.

En una decisión de 2015, la Sala Constitucional ordenó brindar atención psicológica a una mujer embarazada para determinar si podía, o no, tener a su hijo por parto natural o por cesárea. Esta consideración del Tribunal surgió al determinarse que la quejosa estando en “lista de espera” para una salpingectomía quedó embarazada con la consecuencia de que el nasciturus no se encontraba desarrollado al tener el cerebro y los órganos expuestos, por lo que se estimaba moriría al nacer. A lo anterior, la quejosa alegó que no quería someterse a un parto natural. La Sala Constitucional consideró que puede obviarse que la situación de la paciente es sumamente difícil por el estado del bebé, factores que indudablemente influyen en forma negativa en su salud emocional y mental, por lo que no se observó que existiera un acompañamiento psicológico a la paciente, lo anterior en concordancia con un criterio amplio del derecho a la salud²²².

221. Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional, *Sentencia 3691*, Marzo 13, 2013.

222. En el presente asunto, la actora aseguró[ó] que requería una cesárea y que por su condición física y mental así como

Por su parte, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala²²³ ha ordenado el servicio médico necesario que puedan requerir las personas con VIH/SIDA, “entendiéndose que tal obligación implica la asistencia médica necesaria (consulta y hospitalización según sea el caso), tratamiento médico (suministrar los medicamentos necesarios que requieran los pacientes referidos, debiéndose verificar su calidad sobre la base de estudios realizados por profesionales expertos en la materia) y los demás servicios tendientes a preservar la salud y la vida de dichas personas, con la celeridad propia que requieran las circunstancias”.

En esta misma línea, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, ha establecido que el derecho a la protección de la salud “comprende la recepción de los medicamentos básicos para el tratamiento de una enfermedad, como parte integrante del servicio básico de salud consistente en la atención médica, que en su actividad curativa significa el proporcionar un tratamiento oportuno al enfermo, lo que incluye, desde luego, la aplicación de los medicamentos básicos correspondientes conforme al cuadro básico de insumos del sector salud, sin que obste a lo anterior el que los medicamentos sean recientemente descubiertos y que existan otras enfermedades que merezcan igual o mayor atención por parte del sector salud, pues éstas son cuestiones ajenas al derecho del individuo de recibir los medicamentos básicos para el tratamiento de su enfermedad, como parte integrante del derecho a la protección de la salud que se encuentra consagrado como garantía individual, y del deber de proporcionarlos por parte de las dependencias y entidades que prestan los servicios respectivos”²²⁴.

por el estado de su bebé no deb[ía] tener un parto [natural], el cual le causaría mucho dolor a ambas. Al respecto la Sala Constitucional consideró que [“]de los autos no se desprende que exista una prescripción de un médico institucional tratante de un procedimiento quirúrgico como el reclamado en [el] proceso, por lo que, [...], no corresponde mediante la vía sumaria determinar cuál deber ser el procedimiento o tratamiento más adecuado para un paciente pues se trata de un aspecto técnico, en el que ha primado el criterio del médico tratante[, y además] no consta[ba] que, [...], la actora hubiere requerido ese procedimiento y que éste le hubiere sido negado”. Sin embargo, atendiendo al criterio integral de salud , la Sala Constitucional consideró que éste derecho “incluye, no solo el aspecto físico sino emocional y psicológico y a los deberes del Estado en materia de prestaciones sanitarias a las mujeres, [por lo que] que el amparo sí resulta procedente conforme [l]a recurrente ha manifestado el dolor y el estrés emocional que ha sufrido con su situación y la de su bebé. [...] En este caso, no se observa que se hubiere garantizado un acompañamiento psicológico a la recurrente[, por lo que] si resulta pertinente que la amparada sea valorada por un especialista en Psicología del propio centro médico para que determine si, atendiendo a sus circunstancias tan particulares, está en la capacidad emocional de tener un parto vaginal o, si por el contrario, requiere de una cesárea electiva para evitar un daño a su integridad. Así, una vez considerando el estado físico y emocional de la paciente, se definirá la vía de parto que mejor se adecue”. Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional, Recurso de amparo contra el Hospital Dr. Rafael Ángel Calderón Guardia, Enero 27, 2015, Sentencia:001127-2015.

223. Corte Constitucional de Guatemala, *Expediente 1055*, Junio 25, 2008.

224. Tesis del Tribunal Pleno XIX/2000, cuyo rubro es: “SALUD. EL DERECHO A SU PROTECCIÓN, QUE COMO GARANTÍA INDIVIDUAL CONSAGRA EL ARTÍCULO 4º CONSTITUCIONAL, COMPRENDE LA RECEPCIÓN DE MEDICAMENTOS BÁSICOS PARA EL TRATAMIENTO DE LAS ENFERMEDADES Y SU SUMINISTRO POR LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES QUE PRESTAN LOS SERVICIOS RESPECTIVOS” [*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XI, marzo de 2000, pág. 112]. Amparo en revisión 2231/97. José Luis Castro Ramírez. 25 de octubre de 1999. Ponente: Ministro Mariano Azuela Güitrón, en ausencia hizo suyo el proyecto el Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretaria: Lourdes Ferrer Mac-Gregor Poisot.

Asimismo, este Alto Tribunal mexicano ha reconocido el carácter normativo del derecho a la salud previsto como derecho fundamental²²⁵. Recientemente la Suprema Corte se pronunció sobre la interpretación del contenido del “*derecho al más alto nivel de salud*”, por la omisión atribuible a las autoridades al no tomar todas las medidas necesarias para garantizar y hacer efectivo el derecho al más alto nivel posible de salud de pacientes por no ejecutarse un proyecto (Pabellón 13), que serviría para atender a pacientes con VIH/SIDA y brindarles una mejor y más adecuada atención y servicios médicos. Esta decisión representó la primera vez que la Suprema Corte mexicana interpretó este derecho a la luz del tema presupuestal²²⁶.

La Sala Constitucional de Venezuela ha reconocido el derecho a la salud, en la vía judicial, a través de los intereses difusos. De esta forma un grupo de personas presentaron una acción de amparo contra el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales para que se les garantizara tanto la entrega regular y periódica de los medicamentos para el tratamiento de las enfermedades oportunistas y la realización y cobertura de los gastos de los exámenes médicos necesarios. Así, la Sala Constitucional

225. Véase la tesis del Tribunal Pleno XV/2011, cuyo rubro y texto son: “DERECHO A LA SALUD. SU NATURALEZA NORMATIVA. Nuestro país atraviesa una etapa de intensa transformación en la manera de identificar la sustancia normativa de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y sus consecuencias para la mecánica del funcionamiento del juicio de amparo. Una de las manifestaciones específicas de este fenómeno es la alteración de la comprensión, hasta ahora tradicional, de derechos como el relativo a la salud o a la educación. Esto es, a pesar de su consagración textual en la Carta Magna, estos derechos han sido tradicionalmente entendidos como meras declaraciones de intenciones, sin mucho poder vinculante real sobre la acción de ciudadanos y poderes públicos. Se ha entendido que su efectiva consecución estaba subordinada a actuaciones legislativas y administraciones específicas, en cuya ausencia los Jueces Constitucionales no podían hacer mucho. Ahora, en cambio, se parte de la premisa de que, aunque en un Estado constitucional democrático el legislador ordinario y las autoridades gubernamentales y administrativas tienen un margen muy amplio para plasmar su visión de la Constitución y, en particular, para desplegar en una dirección u otra las políticas públicas y regulaciones que deben dar cuerpo a la garantía efectiva de los derechos, el Juez Constitucional puede contrastar su labor con los estándares contenidos en la propia Ley Suprema y en los tratados de derechos humanos que forman parte de la normativa y vinculan a todas las autoridades estatales” (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXIV, agosto, 31). Amparo en Revisión 315/2010. Jorge Francisco Balderas Woolrich. 28 de marzo de 2011. Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz. Secretarías: Francisca María Pou Giménez, Fabiana Estrada Tena y Paula María García Villegas Sánchez Cordero.

226. El artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé obligaciones de contenido y de resultado; aquéllas, de carácter inmediato, se refieren a que los derechos se ejerciten sin discriminación y a que el Estado adopte dentro de un plazo breve medidas deliberadas, concretas y orientadas a satisfacer las obligaciones convencionales, mientras que las de resultado o mediatas, se relacionan con el principio de progresividad, el cual debe analizarse a la luz de un dispositivo de flexibilidad que refleje las realidades del mundo y las dificultades que implica para cada país asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. En esa lógica, teniendo como referente el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental contenido en el artículo 12 del citado Pacto, se impone al Estado Mexicano, por una parte, la obligación inmediata de asegurar a las personas, al menos, un nivel esencial del derecho a la salud y, por otra, una de cumplimiento progresivo, consistente en lograr su pleno ejercicio por todos los medios apropiados, hasta el máximo de los recursos de que disponga. De ahí que se configurará una violación directa a las obligaciones del Pacto cuando, entre otras cuestiones, el Estado Mexicano no adopte medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole, para dar plena efectividad al derecho indicado. Rubro “SALUD. DERECHO AL MÁS ALTO POSIBLE. ÉSTE PUEDE COMPRENDER OBLIGACIONES INMEDIATAS, COMO DE CUMPLIMIENTO PROGRESIVO”. Tesis Aislada, Décima Época, 2ª Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 12, Noviembre de 2014, Tomo I, pág. 1192. amparo en revisión 378/2014. Adrián Hernández Alanís y otros. 15 de octubre de 2014. Mayoría de tres votos de los Ministros Alberto Pérez Dayán, José Fernando Franco González Salas y Luis María Aguilar Morales. Ausente: Sergio A. Valls Hernández. Disidente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretaria: Georgina Laso de la Vega Romero.

reconoció la legitimación de los promoventes para representar a la totalidad del grupo afectado. Esta circunstancia permitió a las personas con VIH afiliadas al IVSS pudieran invocar este derecho²²⁷. Además, el Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas consideró que existía una violación al derecho a la salud por la falta de tratamiento quirúrgico oportuno y adecuado para cardiopatías congénitas en niños y niñas que eran pacientes del Hospital J. M. de los Ríos de Caracas²²⁸.

A nivel internacional, una gran cantidad de Estados que no son parte de la OEA o que no han suscrito la Convención Americana también han establecido el derecho a la salud por vía constitucional, legislativa o judicial. Por ejemplo, las constituciones de Sudáfrica (art. 27), Cuba (art. 50), España (art. 43), Filipinas (art. 13), India (art. 21) y Puerto Rico (art. 2). Además, la Corte Suprema de Canadá ha establecido que ciertas provisiones constitucionales incluyen el derecho a la salud²²⁹. Inglaterra, por otro lado, es un ejemplo de un Estado que ha aprobado legislación progresiva sustentando el derecho a la salud como un bien fundamental para el bienestar social²³⁰.

Por su parte, en el *Caso de la Campaña de Acción para el Tratamiento*²³¹, la Corte Constitucional de Sudáfrica analizó una demanda contra la política pública impulsada para la distribución de Nevirapine, un medicamento antirretroviral utilizado para evitar la transmisión del VIH de madres a hijos al momento del parto. Dicha corte determinó que el Ministerio de Salud no estaba haciendo todo lo que podía razonablemente hacer para impulsar la accesibilidad al medicamento. Se ordenó entonces que se removieran las restricciones para el uso de Nevirapine en las clínicas y hospitales públicos respecto a los casos donde existiera recomendación médica y se ordenó el impulso de un programa global y coordinado para reconocer progresivamente el derecho de las mujeres embarazadas y sus hijos recién nacidos a acceder a servicios médicos para evitar la transmisión materno infantil del VIH.

De relevancia se encuentra un caso del Alto Tribunal de Delhi, en India, en el que se abrieron hogares de embarazadas por causa de interés público, tras un informe periodístico sobre una mujer indigente que murió en la calle cuatro días después de

227. *López, Glenda y otros c. Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS) s/ acción de amparo*. Expediente 00-1343. Sentencia N° 487, 6 de abril del 2001. Con fecha 2 de diciembre de 2002, la Sala Constitucional ratificó su sentencia del 6 de abril de 2001, en el caso *Loreto Tabares y otros. C. Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS)*.

228. Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos (PROVEA) y otros c. Gobernación del Distrito Federal s/ Acción de Protección. Expediente N° 3174.

229. *Chaoulli Vs. Quebec [Fiscal General]* [2005] 1 S.C.R. 791, 2005.

230. *Cfr.* National Health Service Act 2006, y The Health and Social Care Act. 2012 No. 1319 (C. 47) [2012].

231. Constitutional Court of South Africa, *Minister of Health et al. vs. Treatment Action Campaign [TAC] et al.* Case CCT 8/02, 5 July 2002.

dar a luz a su hija. El Tribunal, entre otras consideraciones, sostuvo que, bajo el artículo 21 (derecho a la salud) de la Constitución de India, el gobierno debía crear por lo menos cinco hogares exclusivos para embarazadas y mujeres en periodo de lactancia para que ninguna mujer indigente se vea obligada a dar a luz en la calle²³².

Al igual que estos ejemplos, es posible encontrar muchos otros casos de protección judicial del derecho a la salud²³³. Algunos de estos asuntos involucran un entendimiento del derecho a la salud en forma autónoma, sin desconocer sus interacciones con el derecho a la vida y a la integridad personal.

VIII. El principio *iura novit curia* y la justiciabilidad directa del derecho a la salud en el caso *Suárez Peralta*

En el caso *Suárez Peralta*, la Corte IDH declaró la responsabilidad internacional del Estado debido a: a) las falencias, retrasos y omisiones en la investigación penal, que condujeron a la declaración de prescripción de la causa en el proceso, es decir, debido a violaciones a la tutela judicial efectiva (artículos 8.1 y 25.1, en relación con el 1.1 de la Convención Americana); y b) la falta de garantía y prevención del derecho a la integridad personal (artículo 5, en relación con el artículo 1.1 del Pacto de San José), debido a la falta de fiscalización y supervisión estatal de las clínicas (pública y privada) donde se atendió una de las víctimas. En ambos análisis, especialmente en el segundo, se abordó el derecho a la salud, sin que se llegara a considerar a este derecho como un aspecto esencial en el presente caso y sin atender a su plena justiciabilidad, a pesar de invocar numerosos instrumentos y fuentes internacionales sobre este derecho social.

En la sentencia se realizó el análisis de diversos aspectos de la protección del derecho a la salud en conexidad con los derechos civiles declarados violados:

- A. respecto de la violación de los derechos previstos en los artículos 8.1 y 25.1

232. *Alto Tribunal de Delhi c. Unión de la India* (W.P. 5913/2010). En un par de casos similares, *Laxmi Mandal c. Hospital Deen Dayal Harinagar y otros* (Alto Tribunal de Delhi, 2008) y *Jaitun c. Maternal Home, MCD, Jangpura y otros* (Alto Tribunal de Delhi, 2009), el Tribunal de la India sostuvo que la negación de la asistencia de salud maternal es una violación de los derechos humanos y los derechos constitucionales fundamentales. En estos dos casos, el Alto Tribunal señaló que el gobierno debía asegurar el derecho a la salud conforme a la Constitución.

233. Para un análisis de casos en Colombia, Costa Rica, Argentina, India, Brasil y Sudáfrica, ver los trabajos reunidos en Yamin, Alicia Ely y Gløppen, Siri (coords.) *La lucha por los derechos de la salud. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013. Asimismo, resulta de interés el análisis de distintas sentencias sobre la materia, en Silva García, Fernando (coord.), *Derecho a la salud*, México, Porrúa, 2011.

de la Convención, en relación con el artículo 1.1. de la misma, debido a las “falencias, retrasos y omisiones en la investigación penal” que “demuestran que las autoridades estatales no actuaron con la debida diligencia ni con arreglo a las obligaciones de investigar y de cumplir con una tutela judicial efectiva dentro de un plazo razonable, en función de garantizar a la señora Melba Suárez Peralta, de una reparación que podría, además, beneficiar su acceso a tratamiento médico necesario para su problema de salud”²³⁴ (subrayado añadido); y

- B. respecto a la falta de garantía y prevención del derecho a la integridad personal (Artículo 5.1 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana) de una de las víctimas, por la falta de supervisión y fiscalización “tanto en lo que se refiere al control de las prestaciones brindadas en la entidad estatal, “Policlínico de la Comisión de Tránsito del Guayas”, como en lo que respecta a la institución privada, Clínica Minchala”, por lo que el Tribunal Interamericano “estima que ello generó una situación de riesgo, conocida por el Estado, que se materializó en afectaciones en la salud de Melba Suárez Peralta”²³⁵ (subrayado añadido).

Resulta particularmente relevante en la Sentencia el análisis de la afectación del derecho a la salud de Melba del Carmen Suárez Peralta de acuerdo a ciertos precedentes de la Corte IDH vía conexidad de derechos. El estudio del derecho a la salud se vio inmerso, especialmente, en la afectación del derecho a la integridad personal previsto en el art. 5.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1. del propio Pacto de San José. Así, en la Sentencia se afirmó que “el derecho a la integridad personal se halla directa e inmediatamente vinculado con la atención de la salud humana”²³⁶. Seguidamente se señaló que “la falta de atención médica adecuada puede conllevar a la vulneración del art. 5.1 de la Convención”²³⁷. A continuación se precisó que “la protección del derecho a la integridad personal supone la regulación de los servicios de salud en el ámbito interno, así como la implementación de una serie de mecanismos tendientes a tutelar la efectividad de dicha regulación”²³⁸.

234. Párr. 123 de la Sentencia del caso *Suárez Peralta Vs. Ecuador*. Asimismo, resultó de utilidad la declaración pericial de la doctora Laura Pautassi, relativa a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en casos como el presente, donde la indemnización civil estaba sujeta a la conclusión del proceso penal, el deber de investigar en un plazo razonable se incrementa dependiendo de la situación de salud de la persona afectada; véase párr. 102 y nota 135 de la misma sentencia.

235. Párr. 154 de la sentencia del caso *Suárez Peralta Vs. Ecuador*.

236. *Caso Suárez Peralta, supra*, párr. 130.

237. *Idem*.

238. *Idem*.

Como lo señalamos en el voto concurrente que emitimos en ese caso, el derecho a la salud debió abordarse de manera autónoma debido a los hechos probados y a la afectación sufrida por una de las víctimas por la mala praxis médica con responsabilidad estatal. En ese sentido, al estar implicado desde mi perspectiva directamente el derecho a la salud de una las víctimas, se pudieron haber abordado las implicaciones relativas con esta afectación, lo cual podría derivar en declarar, incluso, una violación al deber de garantizar el derecho a la salud vía el artículo 26 de la Convención Americana.

El hecho de que no se hubiese reclamado la violación directa de este derecho social por la Comisión Interamericana ni por los representantes de las víctimas, no es obstáculo para analizar si existió violación a la obligación de la garantía del derecho a la salud derivada del artículo 26 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del propio Pacto de San José²³⁹. La ausencia de invocación expresa de la violación de un derecho o libertad, no impide que pueda ser analizado por el Tribunal Interamericano en virtud del principio general de derecho *iura novit curia* “del cual se ha valido reiteradamente la jurisprudencia internacional [entendiéndolo] en el sentido de que el juzgador posee la facultad e inclusive el deber de aplicar las disposiciones jurídica pertinentes en una causa, aun cuando las partes no las invoquen expresamente”²⁴⁰.

En efecto, la invocación de este principio ha sido una práctica de los tribunales internacionales²⁴¹, como en efecto ha representado la práctica de la Corte IDH desde su primera sentencia de fondo²⁴², para conocer de violaciones de derechos no invocados expresamente por las partes. Así lo ha realizado el Tribunal Interamericano en muchas ocasiones respecto de distintos derechos civiles; por ejemplo, respecto a las obligaciones generales y derechos contenidos en los artículos 1.1 (respeto y garantía)²⁴³, 2 (adoptar disposiciones de derecho interno)²⁴⁴, 3 (reconocimiento de la personalidad

239. Si bien del Informe de Fondo de la Comisión Interamericana, del Escrito de Argumentaciones, Solicitudes y Pruebas a cargo de los representantes de las víctimas y de la Contestación del Estado, existen referencias al derecho a la salud.

240. Cfr. *Caso Cantos Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de Noviembre de 2002, Serie C No. 97, párr. 58; *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 166, y *Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C No. 177, párr. 61.

241. Cfr. CPJI. *Caso de S.S. "Lotus"*. Serie A No. 10. Sentencia de 27 de septiembre de 1927, pág. 31, y TEDH. *Handyside Vs. Reino Unido*. No. 5493/72. Sentencia de 7 de diciembre de 1976, párr. 41. Cfr. *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C No. 5, párr. 172.

242. Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, supra*, párr. 163.

243. Cfr. *Caso Godínez Cruz, supra*, párr. 172.

244. Cfr. *Caso Cantos Vs. Argentina, supra*, párr. 58

jurídica)²⁴⁵, 4 (derecho a la vida)²⁴⁶, 5 (integridad personal)²⁴⁷, 7 (libertad personal)²⁴⁸, 9 (principio de legalidad)²⁴⁹, 8 (garantías judiciales)²⁵⁰, 11 (protección de la honra y de la dignidad)²⁵¹ y 22 (circulación y residencia)²⁵², entre otros.

No existe razón para no conocer de la posible violación de la garantía de un derecho social, derivado del artículo 26 en relación con el artículo 1.1 del Pacto de San José, a pesar de no invocarse expresamente por una de las partes. Es deber del Tribunal Interamericano aplicar el principio *iura novit curia* —como se evidencia del párrafo anterior que constituye una práctica del Tribunal Interamericano respecto de los derechos civiles— si atendiendo al marco fáctico del caso y de los hechos probados, se advierten implicaciones claras al derecho a la salud, como sucede en el caso *Suárez Peralta*, que se origina por la afectación a la salud de una de las víctimas por una mala praxis médica con responsabilidad estatal. Además, del Informe de Fondo de la Comisión Interamericana se advierte invocado este derecho social²⁵³, al igual que en el Escrito de Argumentaciones, Solicitudes y Pruebas a cargo de los representantes de las víctimas²⁵⁴, y existen también referencias precisas al derecho a la salud en el escrito de contestación del Estado²⁵⁵, habiendo las partes tenido plena oportunidad de referirse a los hechos en el presente caso.

245. Cfr. *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, párrs. 186 y 187.

246. Cfr. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 107.

247. Cfr. *Caso Vera Vera y otra, supra*, párrs. 100 y 101; y *Caso Ximenes Lopes, supra*, párr. 155.

248. Cfr. *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 85.

249. Cfr. *Caso Vélez Loor, supra*, párr. 184, y *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párrs. 53 y 54.

250. Cfr. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 137.

251. Cfr. *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, párr. 109.

252. Cfr. *Caso Gudiel Álvarez [Diario Militar] Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253, párr. 308.

253. Informe de Fondo 75/2011, de 20 de julio de 2011, pág. 22, párr. 83: “[...] cuando la conducta de las autoridades estatales conlleva una falla de las garantías protegidas a nivel interno y a nivel interamericano —que habría obstaculizado el derecho de acceso a la justicia vinculada con un reclamo sobre el derecho a la salud, que es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados—” (subrayado añadido).

254. Asimismo, Escrito de Argumentaciones, Solicitudes y Pruebas a cargo de los representantes de las víctimas de 28 de abril de 2012, pág. 42: “la normativa ecuatoriana consagra el derecho a la salud como un derecho humano fundamental y establece la obligación del Estado de regular la atención de la salud de las personas sujetas a su jurisdicción, ya sea directamente o a través de terceros”.

255. Cfr. Escrito de contestación del Estado, pp. 221-226.

En todo caso, las implicaciones al derecho a la salud se evidencian, además, al invocarse y utilizarse múltiples instrumentos y fuentes internacionales en la Sentencia del caso *Suárez Peralta* sobre este derecho social, como son los artículos XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 10 del Protocolo de San Salvador, 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; incluso se invoca la Carta Social de las Américas de junio de 2012 y las Observaciones Generales 3, 9 y 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, además de la Carta de la OEA y expresamente la derivación del “derecho a la salud” respecto del artículo 26 de la Convención Americana²⁵⁶.

De ahí que resulta válido que el Tribunal Interamericano, en aplicación del principio *iura novit curia* y atendiendo al marco fáctico del caso, pudiera entrar al análisis autónomo y directo de la garantía del derecho a la salud —y no sólo en conexidad con los derechos civiles que declaró violados—, en el entendido de que el derecho a la salud se encuentra entre los derechos económicos, sociales y culturales justiciables que se derivan del artículo 26 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones generales del artículo 1.1 del propio Pacto de San José, como quedó analizado con anterioridad.

IX. A manera de conclusión: hacia la garantía directa de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano

A más de tres décadas de entrar en vigor la Convención Americana se sigue debatiendo sobre la naturaleza y los alcances de los derechos económicos, sociales y culturales a que se refiere el único precepto que contiene su Capítulo III: el artículo 26. A mi entender, este precepto convencional exige ser interpretado a la luz de los tiempos actuales y conforme a los evidentes avances del derecho internacional de los derechos humanos, así como del derecho constitucional en la materia. En efecto, no debe pasar inadvertido que recientemente entró en vigor el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que representa una real y potencial ventana hacia la justiciabilidad de estos derechos en el ámbito del Sistema Universal.

Tampoco debe olvidarse los innegables avances de los derechos sociales fundamentales en el ámbito interno de los Estados parte del Pacto de San José. La

256. Asimismo, véase especialmente el párr. 131 y nota 176 de la sentencia del caso *Suárez Peralta Vs. Ecuador*.

necesaria interpretación evolutiva del artículo 26 de la Convención Americana debe también derivarse del pleno reconocimiento constitucional de la protección del derecho a la salud, como derecho social, en muchas de las constituciones a manera de tendencia regional; tendencia que también se aprecia en la evolución jurisprudencial que han realizado las altas jurisdicciones nacionales, al otorgar efectividad a este derecho social fundamental, en algunas ocasiones incluso de manera directa y no sólo en conexión con los derechos civiles y políticos. Lo anterior posibilita el diálogo jurisprudencial²⁵⁷ —que constituye uno de los máximos desafíos de los tiempos modernos²⁵⁸— y propicia en el ámbito regional la construcción de un *ius constitutionale commune* en derechos humanos²⁵⁹, con especial énfasis en el vínculo indisoluble entre derechos humanos efectivos con condiciones de desarrollo democrático, sobre todo a favor de amplios sectores vulnerables²⁶⁰.

En el presente trabajo he tratado de defender una interpretación que intenta otorgar primacía al valor normativo del artículo 26 de la Convención Americana. Se ha dicho —con cierta razón— que no es buena idea que el Tribunal Interamericano ignore el Protocolo de San Salvador²⁶¹, como tampoco lo es menoscabar el artículo 26 del Pacto de San José. Debe asumirse la interpretación a la luz de ambos instrumentos. Bajo ese entendido el Protocolo Adicional no puede restar valor normativo a la Convención Americana si expresamente no se planteó tal objetivo en aquel instrumento respecto de las obligaciones *erga omnes* que prevén los artículos 1 y 2 de la Convención Americana, obligaciones generales que aplican para todos los derechos, incluso para los derechos económicos, sociales y culturales, como expresamente lo ha reconocido el Tribunal Interamericano²⁶².

257. Cfr. Ayala Corao, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, México, Porrúa-IMDPC, núm. 72, 2013; De Vergottinni, Giuseppe, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, pról. Javier García Roca, Madrid, Cívitas-Thomson Reuters, 2010; y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos. Entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, pról. de Diego Valadés, estudio introductorio de Lucio Pegoraro, Valencia, Tirant lo Blanc, 2013 [en imprenta].

258. En feliz expresión de la destacada profesora de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Sorbona (Paris I-Panthéon-Sorbonne); cfr., especialmente el subtítulo de su libro *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*, México, Porrúa-IMDPC, núm. 77, 2013.

259. Cfr. von Bogdandy, Armin, Morales Antniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Ius Constitutionale Commune en derechos humanos en América Latina. Una aproximación conceptual*, México, Porrúa-IMDPC-Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, núm. 90, 2013; y *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, pról. de Jorge Carpizo, México, UNAM-IJ-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2010, 2 tomos.

260. Morales Antoniazzi, Mariela, *Protección supranacional de la democracia en Suramérica: Un estudio sobre el acervo del Ius Constitutionale Commune*, UNAM-IJ, 2015, pp. 186-187.

261. Ruiz-Chiriboga, Oswaldo, *op. cit.*, p. 160.

262. Cfr. *Caso Acevedo Buendía y otros* [“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”], *supra*, párr. 100.

La interpretación evolutiva a la que se ha hecho referencia busca otorgar eficacia real a la protección interamericana en la materia, que luego de veinticinco años de adopción del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y a casi tres lustros de su entrada en vigor, resulta mínima su efectividad, requiriendo una interpretación más dirigida a establecer el mayor efecto útil posible a las normas interamericanas en su conjunto, como lo ha venido realizando el Tribunal Interamericano respecto de los derechos civiles y políticos.

Resulta de la esencia del derecho a la salud su interdependencia con el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal; ello no justifica, sin embargo, negar la autonomía sobre el alcance de aquel derecho social, a partir del artículo 26 de la Convención Americana en relación con las obligaciones de respeto y garantía contenidos en el artículo 1.1 del propio Pacto, que exige interpretar el Pacto de San José a la luz del *corpus juris* en materia de derecho a la salud —como en efecto se hace en el *Caso Suárez Peralta*, aunque se le denomina integridad personal, limitando significativamente por la vía de la conexidad los alcances reales del derecho a la salud.

Lo que involucra esta visión de justiciabilidad directa es que la metodología para imputar responsabilidad internacional se circunscribe a las obligaciones respecto al derecho a la salud. Ello implica la necesidad de una argumentación más específica en torno a la razonabilidad y proporcionalidad de cierto tipo de medidas de política pública. Dado lo delicado de una valoración en tal sentido, las decisiones de la Corte IDH adquieren más transparencia y fortaleza si el análisis se hace *directamente* desde esta vía respecto a obligaciones en torno al derecho a la salud en lugar de respecto al ámbito más relacionado con las consecuencias de ciertas afectaciones respecto a la integridad personal, esto es, por la vía indirecta o por conexidad con los derechos civiles. En este mismo sentido, las reparaciones que tradicionalmente otorga la Corte, y que en muchos casos impactan en prestaciones relacionadas con el derecho a la salud, como las medidas de rehabilitación o satisfacción, pueden adquirir un verdadero nexo de causalidad entre el derecho violado y la medida dispuesta con todos sus alcances²⁶³. A su vez, hablar de justiciabilidad directa implica transformar la metodología a partir de la cual se valora el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía (artículo 1.1 del Pacto de San José), que ciertamente es distinto respecto al derecho a la vida y el derecho a la integridad personal, que respecto al derecho a la salud y otros derechos sociales, económicos y culturales.

263. Cfr. *Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C No. 191, párr. 110.

La ciudadanía social ha avanzado significativamente en el mundo entero y, por supuesto, en los países del continente americano. La garantía jurisdiccional “directa” de los derechos económicos, sociales y culturales constituye no sólo una opción interpretativa y argumentativa viable a la luz del actual *corpus juris* interamericano; representa también una obligación de la Corte IDH, como órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano, avanzar hacia la dirección de la efectividad de la justicia social, al tener competencia sobre *todas las disposiciones* del Pacto de San José. La garantía efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales es una alternativa que abriría nuevos derroteros en aras de la transparencia y realización plena de los derechos, sin artilugios y de manera frontal, y así reconocer lo que desde hace tiempo viene realizando la Corte IDH de manera indirecta o en conexión con los derechos civiles y políticos.

En definitiva, se trata de reconocer lo que de facto realiza el Tribunal Interamericano y las altas jurisdicciones nacionales de los países de la región, teniendo en cuenta el *corpus juris* en derechos sociales nacional, interamericano y universal, lo que además constituiría una mayor y efectiva protección de los derechos sociales fundamentales, con obligaciones más claras hacia los Estados parte. Todo ello va en sintonía con los tiempos actuales de eficacia plena de los derechos humanos (en los ámbitos nacional e internacional), sin distinguir o categorización entre ellos, particularmente importante en la región latinoamericana donde lamentablemente persisten altos índices de desigualdad, permanecen porcentajes significativos de la población en la pobreza e incluso en la indigencia, y existen múltiples formas de discriminación hacia los más vulnerables.

El Tribunal Interamericano no puede quedar al margen del debate contemporáneo sobre los derechos sociales fundamentales²⁶⁴—que tienen un largo camino andado en la historia de los derechos humanos—, y que son motivo de continua transformación para su plena realización y efectividad en las democracias constitucionales de nuestros días. Y es mi convicción que si ha de participar en este debate, debe hacerlo—por las razones expuestas— promoviendo la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales.

Ante este escenario de dinamismo en la materia en el ámbito nacional y el Sistema Universal, es previsible que la Comisión Interamericana o las presuntas víctimas o sus representantes invoquen en el futuro con mayor intensidad eventuales vulneraciones a las garantías de los derechos económicos, sociales y culturales derivados del artículo

264. Al respecto, véanse von Bogdandy, Armin, Fix-Fierro, Héctor, Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, México, UNAM-IIJ-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2011; Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, pról. de Robert Alexy, Bogotá, Legis-Universidad Nacional de Colombia, 2005.

26 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones generales previstas en los artículos 1 y 2 del propio Pacto de San José. Especialmente, las presuntas víctimas pueden invocar dichas vulneraciones por sus nuevas facultades en el acceso directo que ahora tienen ante la Corte IDH, a partir del nuevo Reglamento de este órgano jurisdiccional, vigente desde 2010.

No es mi deseo introducir debates estériles en el seno del Sistema Interamericano, sino simplemente pretendo llamar a la reflexión —por ser mi profunda convicción— sobre la legítima posibilidad interpretativa y argumentativa para otorgar vía el artículo 26 del Pacto de San José efectividad directa a los derechos económicos, sociales y culturales. La posibilidad está latente y el debate abierto para avanzar hacia una nueva etapa en la jurisprudencia interamericana, lo cual no representa ninguna novedad si atendemos a que, por un lado, la Comisión Interamericana así lo ha entendido en varias oportunidades y, por otro, la propia Corte IDH ha reconocido explícitamente la justiciabilidad del artículo 26 de la Convención Americana en 2009²⁶⁵.

Lo cierto es que, en este nuevo contexto jurisprudencial y normativo del Sistema Interamericano, la Corte Interamericana tiene la posibilidad de materializar el contenido de derechos que por mucho tiempo fueron concebidos como de “segunda generación”. Esto abonaría en el reconocimiento de derechos de muchos sectores en situación de vulnerabilidad (como niñas y niños, mujeres, pueblos indígenas, personas con discapacidad, personas adultas mayores, etc.) que en muchas ocasiones por obstáculos, meramente doctrinales o ideológicos, ven impedidos la realización plena de sus derechos.

En conclusión, a más de veinticinco años de continua evolución de la jurisprudencia contenciosa interamericana resulta legítimo —y razonable por el camino de la hermenéutica y la argumentación convencional— otorgar pleno contenido normativo al artículo 26 del Pacto de San José, en consonancia y congruencia con el *corpus juris* interamericano en su integralidad. Este sendero permitiría interpretaciones dinámicas a la altura de nuestro tiempo, que podrían conducir hacia una efectividad plena, real, directa y transparente de todos los derechos, sean civiles, políticos, económicos, sociales, culturales o ambientales, sin jerarquía y categorizaciones que menoscaben su realización, como se desprende del Preámbulo de la Convención Americana, cuyo espíritu e ideal permea al Sistema Interamericano en su conjunto.

265. Cfr. *Caso Acevedo Buendía y otros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”), *supra*, párrs. 99-103.

Pasado, presente y futuro de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana: un debate inacabado¹

Juan Jesús Góngora Maas²

Al igual que la esclavitud y el apartheid, la pobreza no es un estado natural. Es artificial, puede ser vencida y erradicada por las acciones de los seres humanos. Vencer la pobreza no es un gesto de caridad, es la protección de un derecho humano fundamental, el derecho a la dignidad. Nelson Mandela

I. Introducción

No han faltado voces que catalogan a los *Derechos Económicos, Sociales y Culturales* también ahora *Ambientales*³, (en adelante “DESC” o “DESCA”) como derechos

1. El presente trabajo es producto de la estancia de investigación realizada en el Instituto Max Planck de Derecho Internacional Público Comparado en Heidelberg, Alemania. Agradezco de manera muy especial a la Dra. Mariela Morales por sus comentarios y al Dr. Armin Von Bogdandy por brindarme la posibilidad de realizar la estancia de investigación. De igual manera, al Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor por incentivar a desarrollar el presente texto.

2. Abogado por la Universidad Autónoma de Yucatán. Asistente de Investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México e Investigador Asociado al Centro de Estudios en Derechos Humanos “Felipe Carrillo Puerto” de la Universidad Autónoma de Yucatán. Estudiante del Máster “La Protección Constitucional y en el Sistema Interamericano de los Derechos Fundamentales” impartida por el Instituto de Investigaciones Jurídicas y la Universidad Complutense de Madrid.

3. En la actualidad existe una tendencia a incluir a los derechos ambientales de manera autónoma, por lo que también es común encontrar la referencia a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales “DESCA”. Véase al respecto: Gutiérrez, Rodrigo, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el marco de las recientes reformas constitucionales en materia de derechos humanos* en Cervantes Alcayde, M., Emanuelli, María S., Gómez Trejo, O. y Sandoval Terán, A. *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales?: Debate abierto a propósito de*

incompletos o simplemente expectativas, promesas o postulados líricos sin anclaje jurídicamente coactivo. Por ende, la necesidad de corregir la presunta *imperfección* de aquellos representa todo un desafío para la imaginación de los juristas, tanto al formular los planteos a su respecto como al ser estos resueltos por los órganos públicos internacionales competentes⁴. El tema de los DESC, para algunos ha sido un tema que quizá no merece una discusión más profunda en el ámbito nacional, ya que en años recientes se han venido instaurando mecanismos para hacer justiciables los derechos de naturaleza social⁵. Sin embargo, a nivel internacional ocurre diametralmente lo opuesto, específicamente en el derecho internacional de los derechos humanos, en donde ésta discusión, en años recientes, se ha venido desarrollando con mayor fuerza y presencia.

Después de la Segunda Guerra Mundial, y con la aparición de los primeros instrumentos internacionales sobre derechos humanos, entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales no existía tensión aparente en cuanto a su jerarquización. La primera gran ruptura se dio en 1966, cuando se emitieron en dos instrumentos distintos, agrupaciones de derechos. Por un lado se concibió el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y, por el otro, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante el “PIDESC”)⁶. Muchos entendieron esta separación abrupta como una forma de esquematizar las prioridades de los Estados, concibiendo que, en primer lugar, a los seres humanos se les debería de asegurar su libertad y luego se verían las condiciones en las que esa libertad pudiera desarrollarse plenamente. Como señalara Textier “*en definitiva, [al] adop[ta]r dos Pactos, [...] se les otorgó a los derechos económicos, sociales y culturales un estatus*

la reforma constitucional en materia de derechos humanos, SCJN-UNAM/IIJ, México, 2014, pp. 91-106.

4. Cfr. Bazán, Víctor, *Los derechos económicos, sociales y culturales ante la justicia constitucional y el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos*, p. 631 en Eto Cruz, Gerardo, *Horizontes contemporáneos del derecho procesal constitucional, Liber Amicorum a Néstor Pedro Sagües, Tomo II*, CED- Tribunal Constitucional de Perú, Lima, 2011.

5. En la tradición constitucional se habla de los “derechos sociales” y en la tradición del derecho internacional de los derechos humanos se utiliza la expresión de los “derechos económicos, sociales y culturales” e inclusive “derechos ambientales”. Para efectos de este trabajo se emplearán indistintamente estas expresiones, siguiendo a Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Edit. Trotta, 2002, págs. 19-64 y Aldunte, Eduardo, *De los derechos sociales de prestación al gobierno aristocrático: Una discusión sobre el concepto de derechos sociales y su exigibilidad ante los tribunales*, p. 22 en *Anuario de Derecho Público*, Universidad Diego Portales, 2014, Santiago de Chile.

6. Véase en este sentido: Mayorca Lorca, Roberto, *Naturaleza jurídica de los Derechos, Económicos, Sociales y Culturales*, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición, Santiago de Chile, 1990, pp. 39-59; Mejía, Joaquín, *Aspectos teóricos y normativos de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales* pp. 60 en Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, - Enero Junio 2010, San José, Costa Rica y Martínez Bullé Goyri, Víctor Manuel, *La construcción jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales en México*, pp. 27 a 30 en Orcí Gándara, Luis y Martínez Bullé Goyri, Víctor Manuel, *Los derechos humanos económicos, sociales y culturales: hacia una nueva cultura de bienestar*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2007.

mucho menos protector que a los derechos civiles y políticos”⁷.

En este sentido, a finales del siglo XX e inicios del siglo XXI, la temática de los derechos sociales y de su justiciabilidad comenzó a cobrar importancia internacional⁸. En el seno de Naciones Unidas, hechos como las primeras observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales desde 1989, la entrada en vigencia del Protocolo Facultativo al PIDESC en el 2013 y la resolución del primer asunto del Comité DESC en materia del derecho a la vivienda en el 2015⁹, han sido elementos que, en que el plano internacional, han abonado a que se tomen con seriedad la exigibilidad de los DESC a los Estados de manera directa y autónoma, sin recurrir a vías indirectas o de conexidad para declarar posibles violaciones.

Sin embargo, en contraposición, la realidad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante el “Sistema Interamericano” o el “SIDH”) es un poco más desoladora. La Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante la “Convención Americana”, “CADH” o el “Pacto de San José”), salvo el artículo 26, no contiene normas que hagan explícitos derechos de carácter social, para ello los Estados consideraron, en 1988, adoptar el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador. No obstante, dicho instrumento en su artículo 19.6, sólo permite que los derechos sindicales de asociación y el derecho a la educación sean exigibles de manera directa ante los órganos del Sistema Interamericano. La anterior anotación hace que el resto de los derechos consagrados en dicho instrumento, sean de alguna manera, **derechos muertos¹⁰, ya que no se permite prima facie** alegar posibles violaciones. Hoy en día, las grandes discusiones en el Sistema Interamericano sobre la posible justiciabilidad de

7. Philippe Textier, *La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Universal en Construyendo una agenda para la justiciabilidad de los derechos sociales*, pp. 13 y 14 (Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, 2004) y Martín Estébanez, María Amor, *The United Nations International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, pp. 213 a 248 en Henrard, Kristin and Dunbar, Robert, *Synergies in Minority Protection: European and International law perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

8. Cañado Trindade, Antonio Augusto, *La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales en el final del siglo*, pp. 345 a 363 en *El derecho internacional en un mundo de transformación, Liber Amicorum: Homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchega*, Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 1994 y Nikken, Pedro, *La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos, económicos, sociales y culturales*, pp. 55 a 140 en Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos No. 52, julio – diciembre de 2010, San José, Costa Rica.

9. Cfr. ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comunicación 2/2014, 17 de junio de 2015, E/C.12/55/D/2/2014.

10. Al respecto Joaquín Rivera siguiendo a Guastini distingue desde un punto de vista imperativista entre dos tipos de derechos: los derechos verdaderos y los derechos de papel o ficticios. Los primeros serían aquellos que 1.- son susceptibles de tutela jurisdiccional, 2.- que pueden ser ejercitados frente a un sujeto determinado y 3.- cuya contenido consiste en una obligación de conducta bien definida, del mismo modo que lo es el sujeto que es su titular. Los segundos serían aquellos derechos que no cumplen con estas tres condiciones. Cfr Mejía, Joaquín, *Aspectos teóricos y normativos de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales* pp. 64 a 74 en Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, - Enero Junio 2010, San José, Costa Rica.

los DESC a través del artículo 26 del Pacto de San José giran, mas allá de la voluntad de los Estados en el momento de adoptar el Protocolo de San Salvador, en torno en la incompatibilidad en cuanto a la aplicación del Protocolo de San Salvador en conjunto con el precepto antes mencionado de la CADH,.

Tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹¹ (en adelante la “Comisión Interamericana” o la “CIDH”) como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana, el “Tribunal Interamericano o la “CoIDH”), han jugado un rol determinante en esta nueva temática que se viene discutiendo en el Sistema Interamericano¹². En el año 2015, al conocer la Corte Interamericana del *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*, se declaró, por primera ocasión, violado un derecho consagrado en el Protocolo de San Salvador- el derecho a la educación de Talía Gonzales Lluy-. No obstante, las discusiones recientes que se han venido gestando no giran entorno a los derechos exigibles de manera directa por el artículo 19.6- como lo es el derecho a la educación- sino cómo se pueden hacer justiciables el resto de los derechos que no lo son a través del Protocolo. En este sentido cabe destacar que a la fecha la Corte Interamericana no ha declarado violado el artículo 26 de la CADH como norma que consagra la progresividad de los derechos de carácter social.

Ante los pocos avances en materia de derechos sociales en nuestro sistema de protección de derechos humanos resultaría un ejercicio adecuado, y pertinente, por parte del Tribunal Interamericano recurrir a su homólogo Europeo y ver cómo éste le ha dado solución a los diversos problemas que los derechos sociales han presentado en su sistema de protección, evidentemente con sus particularidades, en especial cuando los derechos no se encuentran plasmados de manera expresa en el texto del tratado, o bien dotándolos de cierta autonomía y contenido diferenciado de los derechos civiles y políticos. Hoy en día, la protección de los DESC figura de modo destacado en la actual agenda internacional de los derechos humanos, en el sentido de tratar de asegurarles una protección más eficaz por haber sido negligente en el pasado su implementación internacional. No es coincidencia que el tema cobre relevancia en estos últimos años

11. Aguilar Cavallo, Gonzalo. *¿Cuál es la doctrina de la CIDH en materia de derechos económicos, sociales y culturales?*, en Llanos Mardones, Hugo Ignacio y Picand Albónico, Eduardo, *Estudios de Derecho Internacional. Libro en Homenaje a l Profesor Hugo Llanos Mansilla Tomo I*, Thomson Reuters – AbeledoPerrot, Chile, 2012.

12. Tara Melish ha expresado que el Sistema Interamericano sólo ha explorado dos forma de justiciabilidad: 1.- El enfoque indirecto de utilización de las normas procesales para proteger los DESC y el enfoque indirecto de integración de los DESC a los DCP protegidos por la Convención Americana. Sin embargo quedan por explorar el enfoque basado en la invocación del artículo 26 invocando los derechos protegidos por la Carta de la OEA con ayuda del Protocolo de San Salvador y el enfoque de violaciones complejas. Véase: Melish, Tara. *La protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la presentación de casos*, Centro de Derechos Económicos y Sociales y Orville H. Shell, Jr. Center for International Human Rights Yale Law School, Quito, 2013, pp. 215 a 404.

pues todo ello concuerda con el estado actual de deterioro de las condiciones de vida de vastos segmentos de la población en numerosos países de Latinoamérica, y del mundo¹³.

II. Los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana

La estructura de la Convención Americana, que fue aprobada en 1969, sólo en su artículo 26 (Desarrollo Progresivo) contiene una escueta norma que hace alusión a los DESC al disponer que:

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados¹⁴.

Si bien en 1988 se aprobó el Protocolo de San Salvador y pese a contener un catálogo mucho más amplio y detallado de derechos sociales¹⁵, el Protocolo dispone en su artículo 19.6¹⁶ que sólo los derechos relacionados con la asociación sindical (artículo

13. Cançado Trindade, Augusto Antonio, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano internacional*, pág. 53 en *Revista Lecciones y Ensayos*, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Argentina, 1998.

14. Convención Americana sobre Derechos Humanos art. 26 (22 de noviembre de 1969)

15. Los derechos que contiene el Protocolo de San Salvador que no son exigibles vía artículo 19.6 son: Derecho al Trabajo (artículo 6), Derecho a las Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo (artículo 7), Derechos Sindicales (artículo 8), Derecho a la Seguridad Social (artículo 9), Derecho a la Salud (artículo 10), Derecho a un Medio Ambiente Sano (artículo 11), Derecho a la Alimentación (artículo 12), Derecho a los Beneficios de la Cultura (artículo 14). Resulta de especial interés para el autor la ausencia del Derecho a la Vivienda en este instrumento internacional, pues, por ejemplo, éste si se encuentra plasmado en la Carta de la Organización de Estados Americanos en el artículo 34 k). En el mismo tenor, el derecho a la vivienda adecuada también se encuentra protegido por el artículo 11 del PIDESC.

16. Al respecto el artículo 19 establece que: [...] 6. En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado Parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado

8.1.a) y el derecho a la educación (artículo 13), pueden ser exigidos de manera directa ante los órganos del Sistema Interamericano, excluyendo a los demás derechos¹⁷.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana tiene 3 grandes líneas sobre DESC que pueden ser identificadas, a saber: a) derecho a la salud¹⁸, b) derecho sobre pensiones¹⁹ y c) derecho a la educación²⁰; es de resaltar que solamente el derecho a la educación a la

por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

17. Puede verse una cronología de la adopción de este instrumentos en: Labardini, Rodrigo, *El Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador*, pp. 189 -276 en Revista de Investigaciones Jurídicas, Año 22, No. 22, México, 1998 y Pinto, Mónica, *Cumplimiento y exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el marco del Sistema Interamericano. Avances y desafíos actuales* p.160 en Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, No. 56, Julio- Diciembre 2012, San José, Costa Rica.

18. La problemática del derecho a la salud en la jurisprudencia interamericana ha sido abordada en la actualidad en 24 casos de los 201 casos que ha conocido hasta mayo de 2016, en donde se relacionan diversos aspectos de éste derecho. Al respecto véase: 1.- *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112; 2.- *Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114; 3.- *Caso De la Cruz Flores Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 4 de noviembre de 2004. Serie C No. 115; 4.- *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas.* Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125; 5.- *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146; 6.- *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil.* Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149; 7.- *Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú.* Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137; 8.- *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; 9.- *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160; 10.- *Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador. Fondo Reparaciones y Costas.* Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171; 11.- *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214; 12.- *Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215; 13.- *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216; 14.- *Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218; 15.- *Caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C No. 226; 16.- *Caso Pacheco Tuero y otros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 241; 17.- *Caso Díaz Peña Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 26 de junio de 2012. Serie C No. 244; 18.- *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246; 19.- *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257; 20.- *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones.* Sentencia de 14 de mayo de 2013 Serie C No. 260; 21.- *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261; 22.- *Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275; 23.- *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289 y 24.- *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 298

19. Véase en este sentido: *Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98; *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198 y *Caso Canales Huapaya y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de junio de 2015. Serie C No. 296. En el caso Duque Vs. Colombia, se habían presentado argumentos para analizar la violación del derecho a la seguridad social (pensiones de supervivencia) entre personas del mismo sexo. En este sentido la Corte Interamericana hizo un análisis detallado sobre la normatividad y la jurisprudencia existente en algunos países de la región que han reconocido el acceso a las pensiones de sobrevivencia a las parejas del mismo sexo, estableciendo que la preferencias sexuales(sic) de una persona no constituye un obstáculo para hacer realidad los derechos a acceder a una pensión de supervivencia. Sin embargo, la Corte no encontró violación sobre este punto alegado por la Comisión Interamericana y por la representación de la víctima. *Caso Duque Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, párr. 112.

20. Véase en este sentido: *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112; *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana.* Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay.*

fecha, por así disponerlo el artículo 19.6 ha sido justiciable en el caso *González Lluy*²¹. Los otros dos derechos, al igual que los otros derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador, pero que no están considerados exigibles de manera directa, han sido subsumidos a través de otros derechos como el derecho a la vida, a la integridad, el derecho a la propiedad o del derecho de asociación en la jurisprudencia del Tribunal Interamericano.

Bajo este panorama, podemos constatar que la discusión de los DESC no ha sido ajena en la jurisprudencia de la Corte Interamericana a lo largo de sus treinta y seis años de existencia. Así, la primera ocasión que este tema ocupó la preocupación de un juez en el Sistema Interamericano fue en 1984 en el voto concurrente del Juez Rodolfo Piza Escalante en la Opinión Consultiva No. 4 sobre la *Propuesta a la modificación de la Constitución de Costa Rica relacionada con la Naturalización*. El ex Juez Rodolfo Piza consideraba, en su voto, que todos los derechos humanos son *exigibles, progresivos y expansivos*, caracteres estos que imponen una actitud interpretativa consecuente y, por ende, *la necesidad de considerar en cada caso, no sólo el sentido y alcances de las propias normas interpretadas*, en su texto literal, *sino también su potencialidad de crecimiento*, convertido en derecho legislado por los artículos 2 y 26 de la Convención Americana, entre otros instrumentos internacionales sobre la materia; el primero, para todos los derechos; *el segundo, en función de los llamados derechos económicos, sociales y culturales*²². Para el ex juez, lo que verdaderamente importa es distinguir, con un criterio técnico jurídico entre derechos subjetivos plenamente exigibles, valga decir, *“exigibles directamente por sí mismos”*, y derechos de carácter progresivo que de hecho se comportan más bien como derechos reflejos o intereses legítimos, es decir, *“exigibles indirectamente”*, a través de exigencias positivas de carácter político o de presión, por un lado, y de acciones jurídicas de impugnación de lo que se les oponga o de lo que los otorgue con discriminación²³.

El juez Piza Escalante planteaba en su voto concurrente una posición bastante interesante, es decir, que todos los derechos deben ser garantizados progresivamente, especialmente cuando “ciertos derechos” civiles y políticos no puedan ser exigidos directamente; lo anterior se debería ver a la luz de lo dispuesto por el artículo 26 de

Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214 y *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.

21. *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 88.

22. Voto concurrente del Juez Rodolfo Piza Escalante a la *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 3.

23. Voto concurrente del Juez Rodolfo Piza Escalante a la *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 6.

la Convención referidos a las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de manera inversa, que las normas de la propia Convención deben entenderse aplicables extensivamente a los llamados ‘derechos económicos, sociales y culturales’ en la medida y aspectos en que éstos resulten razonablemente exigibles por sí mismos. Esta interpretación flexible y recíproca de las normas de la Convención con otras internacionales sobre la materia, e inclusive con las de la legislación nacional, se conviene con las ‘normas de interpretación’ del artículo 29 de la misma²⁴. Aunado a lo anterior, en 1986 la propia Corte Interamericana reconocía, en ese entonces, la justiciabilidad de los DESC en el Sistema Interamericano en los siguientes términos:

11.- El limite entre los [DESC] que pueden llegar a ser objeto de una protección internacional de tipo regional en la que es posible la intervención de la Corte Interamericana y los restantes, que no pueden tener hoy un régimen de protección de tipo jurisdiccional que se integre a la competencia contenciosa de la Corte, no es un limite invariable y fijo, resultado de una condición ontológica, sino que, en gran parte deriva de circunstancias históricas vinculadas al desarrollo y la evolución del Derecho²⁵.

Es decir, lo que el Tribunal Interamericano quiso dejar sentado es que si bien en 1986 los límites a la justiciabilidad de los DESC no se podían materializar de manera concreta para todos los derechos que se encontrarían en el Protocolo de San Salvador, ello no implicaba que las circunstancias históricas en ese momento fueran absolutas y que no pudieran evolucionar conforme a las nuevas realidades sociales y jurídicas.

Tuvieron que pasar aproximadamente catorce años para que en el año 2000 en el caso *Villagrán Morales y otros (Niños de la Calle) Vs. Guatemala*, los ex jueces Antonio Cançado Trindade y A. Abreu Burelli expresaran que en este caso “[el derecho a la vida]²⁶

24. Voto concurrente del Juez Rodolfo Piza Escalante a la *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 6.

25. *Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1988, 29 de agosto de 1986, pp. 4*; en el mismo sentido Opinión de la Corte Interamericana sobre el Proyecto de Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en *Revista Del Instituto Interamericano de derechos Humanos*, Vol. 3, IIDH, San José, Costa Rica, enero-junio, 1986, pp. 117 y 118.

26. “El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico

se conceptualiza[ba dentro del] dominio de los derechos civiles y políticos, así como en el de los derechos económicos, sociales y culturales, ilustrando así la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos, pues precisamente en el caso de los Niños de la Calle, se puso de manifiesto que seguir concibiendo ciertos derechos desde un punto de vista de obligaciones negativas (obligaciones de no hacer) constituía un error debido a que no solo estas pueden ser exigidas a un Estado, sino también las obligaciones de carácter positivo, es decir, las acciones de hacer, relacionadas de manera directa con la vida digna, y a lo que al mismo tiempo ha denominado proyecto de vida de las personas pues se encuentra indisolublemente vinculado a la libertad, como derecho de cada persona a elegir su propio destino”²⁷.

En el año 2003, en el *Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú*, frente a las alegaciones de la Comisión y de las víctimas se argumentó que el Estado había violado el artículo 26 de la CADH al dictar un decreto, en el cual se constituyó un retroceso no justificado respecto al grado de desarrollo del derecho a la seguridad social que habían alcanzado las víctimas conforme a dicho decreto, de manera que se impuso un tope sustancialmente inferior al monto de la pensión nivelable que percibían las presuntas víctimas. Frente a esto, la Corte Interamericana emitiendo un criterio altamente criticado²⁸ expresó que “los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Así expresó que el desarrollo progresivo, sobre el cual ya se había pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas se debe medir, en el criterio del Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente”²⁹.

y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él”. *Caso Villagrán Morales y otros (Caso de los “Niños de la Calle”) Vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144.

27. *Caso Villagrán Morales y otros (Caso de los “Niños de la Calle”) Vs. Guatemala*, Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, Voto Concurrente de los jueces A.A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli pág. 2. En casos posteriores diversos integrantes de la Corte Interamericana siguieron expresando su punto de vista sobre la temática de los DESC en la jurisprudencia de la Corte Interamericana: Véanse, por ejemplo, el voto parcialmente concurrente y parcialmente disidente del Juez *ad hoc* Ramón Fogel, párrs. 23 y 30, en el *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, y el voto del Juez Antonio Cançado Trindade, párr. 7, en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158. Voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez en relación con la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”)* del 1 de julio de 2009, párrs. 15 a 21.

28. Christian Courtis, *El mundo prometido. Escrito sobre derechos sociales y derechos humanos*, Fontamara, 2009, México, pp. 203-230 y Mejía, Joaquín, *Aspectos teóricos y normativos de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales* pp. 64 a 74 en Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Enero -Junio 2010, San José, Costa Rica.

29. *Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 147

Seis años después, bajo la misma temática de pensiones, en el Caso Acevedo Buendía y otros (Cesantes y Jubilados de la Contraloría) Vs. Perú, el Tribunal Interamericano consideró pertinente recordar la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que debían ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello³⁰. Añadió, además, que el Tribunal observaba que el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales no podría lograrse en un breve período de tiempo y que, en esa medida, requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo [...] y las dificultades que implica para cada país el asegurar [dicha] efectividad. En el marco de dicha flexibilidad en cuanto a plazo y modalidades, el Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido³¹. Finalmente, consideró que también se desprendía un deber —si bien condicionado— de no regresividad³², que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho³³. Pese a hacer estas interpretaciones amplias sobre el contenido del artículo 26 en este caso, la Corte Interamericana consideró que los derechos afectados eran los relacionados con los recursos judiciales efectivos (artículo 25) y el derecho a la pro-

30. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198, párr. 101. La Corte Interamericana expresó que era pertinente recordar lo que el Tribunal Europeo había expresado en el caso *Airey Vs. Reino Unido*: El Tribunal no ignora que la progresiva realización de los derechos sociales y económicos depende de la situación de cada Estado, y sobre todo de su situación económica. Por otro lado, el Convenio [Europeo] debe interpretarse a la luz de las condiciones del presente [...] y ha sido diseñado para salvaguardar al individuo de manera real y efectiva respecto de los derechos protegidos por este Convenio [...]. Si bien el Convenio recoge derechos esencialmente civiles y políticos, gran parte de ellos tienen implicaciones de naturaleza económica y social. Por eso el Tribunal estima, como lo hace la Comisión, que el hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse a la esfera de los derechos sociales y económicos no es factor decisivo en contra de dicha interpretación, ya que no existe una separación tajante entre esa esfera y el campo cubierto por el Convenio

31. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198, párr. 102.

32. Desde el punto de vista conceptual esta obligación constituye una limitación que los instrumentos de derechos humanos y eventualmente las Constituciones imponen sobre los poderes legislativo y ejecutivo a las posibilidades de reglamentación de los DESC, vedándoles la posibilidad de adoptar reglamentaciones de deroguen o reduzcan el nivel de tales derechos que goza la población. *Cfr.* Courtis, Christian, *La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios* en Courtis, Christian (Coord.), *La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, CEDAL - CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 17.

33. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198, párr. 103. Véase para una documentación más amplia: Courtis, Christian (Coord.), *La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, CEDAL - CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

piedad (artículo 21) por lo que no encontraba elementos para declarar adicionalmente la violación del artículo 26.

Tras una serie de casos, en donde se alegó la violación del artículo 26, el Tribunal Interamericano no hizo pronunciamiento alguno sobre las dimensiones que podrían tener la obligación de progresividad contenida en la Convención Americana. En el año 2013, en el caso *Suarez Peralta Vs. Ecuador*, pese a que ni la Comisión Interamericana ni los representantes de la víctima habían alegado la posible violación del artículo 26, en su análisis sobre la violación del artículo 5.1, la Corte consideró pertinente recordar la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos y que deben ser exigibles en todos los casos ante las autoridades³⁴, por lo que a los efectos de dar cumplimiento a la obligación de garantizar el derecho a la integridad personal y en el marco de la salud, los Estados deben establecer un marco normativo adecuado que regule la prestación de servicios de salud, estableciendo estándares de calidad para las instituciones públicas y privadas, que permita prevenir cualquier amenaza de vulneración a la integridad personal en dichas prestaciones³⁵. Sin embargo, la Corte Interamericana sólo circunscribió las violaciones del derecho a la salud de la víctima dentro del derecho a la integridad personal.

En el 2015, los casos *Canales Huapaya y otros Vs. Perú y Gonzales Lluy Vs. Ecuador* pusieron de nueva cuenta el tema de la justiciabilidad de los DESC en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. El primero de ellos, relacionado en la misma línea jurisprudencial de los casos *Cinco Pensionistas y Acevedo Buendía*, estaba relacionado con el reclamo de pensiones en sede interna. Por otro lado, el caso de Talía Gonzales, una niña que a los 3 años de edad había sido infectada con VIH en una transfusión sanguínea en la Cruz Roja (Banco de Sangre Privado), fue un caso muy emblemático para el Sistema Interamericano pues se esperaba que, por primera vez, un derecho -el derecho a la salud- que no se encuentra contemplado en el artículo 19.6 como un derecho social justiciable de manera directa ante los órganos del Sistema Interamericano, fuera declarado violado a través del artículo 26 de la CADH. En éstos dos últimos casos, y aunado a algunos precedentes³⁶, los integrantes de la Corte Interamericana vertieron argumentos a favor y en contra de la justiciabilidad de los DESC en la jurisprudencia interamericana, lo cual ha hecho que esta discusión tome nuevas dimensiones y, quizá,

34. *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261, párr. 131.

35. *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261, 132.

36. Por ejemplo el voto de la Jueza Margarette Macaulay al *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.

sea la antesala de la declaración de la violación del artículo 26 para aquellos derechos que no han sido contemplados como justiciables directamente en el Protocolo de San Salvador.

III. Debates actuales sobre la justiciabilidad a los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En decisiones recientes, diversas posturas se han manifestado en la Corte Interamericana sobre la posibilidad de hacer justiciables o no los derechos de carácter social contenidos en el Protocolo de San Salvador, lo que para muchos más que contribuir a su justiciabilidad, implican nuevos problemas interpretativos. El término “problema” no es, quizá, el concepto adecuado para reflejar lo que sucede en el Sistema Interamericano sobre las imposibilidades para hacer justiciables los derechos sociales; sin embargo, lo cierto es que en el caso del máximo tribunal de nuestra región, éste muestra cierta reticencia de entrar al fondo de la temática. Rodolfo Arango ha identificado que la realidad de los derechos sociales en América Latina responden, al menos, a tres deficiencias que llevan implícitas barreras u obstáculos: a) conceptuales, b) ideológicas³⁷ y c) presupuestales. En el caso del Sistema Interamericano, son las barreras conceptuales e ideológicas las que en el seno de la Corte Interamericana han tenido mayor arraigo, que se han traducido en seis principales líneas argumentativas: *i)* El alcance del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; *ii)* Establecimiento de los DESC mediante una enmienda y no en un Protocolo Adicional a la Convención Americana; *iii)* La incompatibilidad entre la restricción del artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador y el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; *iv)* Los métodos de interpretación *Vs.* Interpretación evolutiva; *v)* La imposibilidad de la aplicación del principio *pro persona* y *vi)* La imposibilidad de utilizar el derecho comparado.

37. Rodolfo Arango identifica que las barreras ideológicas tiene que ver con la persistencia de la ideología liberal de los derechos humanos. Siendo necesario superar la teoría liberal de los derechos, construida sobre la noción de la propiedad privada y la concepción de los derechos como titulaciones individuales que debe de ser reemplazada por una otra social de derechos construida a partir de una reflexión crítica del discurso de los derechos. A partir de una concepción integrada de los derechos es posible superar el unilateralismo en la defensa de los derechos y el favoritismo hacia los DCP en desmedro de los derechos sociales. La anotada necesidad de superación de la teoría liberal se fundamenta, entre otras cosas, en el endeble fundamento filosófico de la distinción entre los DCP y los DESC. Arango, Rodolfo, *Los derechos sociales en Iberoamérica : Estado de la cuestión y perspectivas del futuro*, Derechos Humanos y Democracia, pág. 7 y 9. Disponible en: <http://www.rodolfoarango.com/wp-content/uploads/2013/12/Los-derechos-sociales-en-Iberoamérica.pdf>.

1) El alcance del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Sobre el alcance del artículo 26, la Corte ha indicado que la obligación principal que se desprende de este artículo es el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales³⁸. El cual conlleva un deber de no regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho³⁹, por lo que las obligaciones de respeto, garantía y la adecuación del derecho interno deben ser aplicados al artículo 26⁴⁰.

En este sentido, se ha entendido, una postura en contra sostiene que el artículo 26 *no establece un catálogo de derechos*, sino que realiza una remisión directa a la Carta de la Organización de Estados Americanos. Así, el Juez Humberto Sierra Porto considera que de una lectura de la Carta se puede concluir que esta tampoco contiene un catálogo de derechos subjetivos claros y precisos, sino que por el contrario, se trata de un listado de metas y expectativas que persiguen los Estados de la región, lo cual dificulta vislumbrar cuáles son los derechos a los que se hace mención en el artículo. En concreto, no hay referencias expresas a los DESC y para afirmar que efectivamente se encuentran consagrados en la Carta es necesario realizar una labor interpretativa bastante extensa⁴¹. Además, el Juez Sierra Porto, apunta que hubiera sido deseable cuando se estableció el artículo 26 que se utilizara una técnica legislativa menos problemática como lo es el sistema de remisiones complejo a la Carta de la OEA, pues la remisión es a la Carta y no a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, lo cual podría haber producido una interpretación distinta, debido a que la Declaración sí cuenta con referencias más claras a los DESC⁴².

Christian Courtis, por el contrario, sobre el alcance del artículo 26, establece que si bien el artículo 26 establece *normas* programáticas, y no derechos, la derivación de derechos no es imposible. Dilucidar el alcance de la remisión hecha por el artículo 26 requiere dos pasos hermenéuticos. El primero consiste en *determinar cuáles son las*

38. Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 147.

39. Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198, párr. 103

40. Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198, párr. 100.

41. Voto concurrente del Humberto Sierra Porto al Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 7.

42. Voto concurrente del Humberto Sierra Porto al Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 9.

*normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires y, el segundo paso, ya identificadas esas normas, consiste en determinar cuáles son los derechos que se derivan de esas normas*⁴³.

*En cuanto al primer paso, el autor sostiene que la Carta de la OEA ofrece al menos dos niveles de normas de contenido económico, social y sobre educación, ciencia y cultura. El primero más general, se refiere a la naturaleza y propósitos de la organización y a los principios reafirmados por sus miembros. En este nivel es posible encontrar objetivos de política pública que permiten derivar derechos de ellos. El segundo nivel, mucho más detallado, está constituido por ciertas normas unificadas por el Protocolo de Cartagena con el título de Desarrollo Integral, estableciéndose principios y objetivos de política pública en materia de DESC*⁴⁴.

*Courtis expresa que después de identificar estas normas programáticas, el siguiente paso tiene su esencia en cómo traducir esas normas de políticas pública en derechos, ya que generalmente se establecen los derechos y de los derechos se derivan los objetivos o las políticas públicas que se deben de seguir para realizar ese derecho*⁴⁵. No obstante, ciertos derechos se consagran en instrumentos internacionales y Constituciones a través de objetivos y políticas públicas para desarrollar su contenido, lo que facilita la derivación de derechos a partir de los objetivos y las medidas de políticas públicas, en la medida que ofrecen el contexto hermenéutico para reconstruir aquellos derechos “escondidos” detrás de la Carta de la OEA⁴⁶.

*Si bien el artículo 26 no contiene DESC de manera expresa, ni la Carta de la OEA, el mandato de dicho artículo es precisamente la “derivación” de derechos de las normas económicas, sociales, educativas, científicas y culturales de la Carta. ES decir, impone recurrir a textos auxiliares para identificar derechos cuando aparezcan objetivos o medidas de políticas públicas que sean índices de aquellos*⁴⁷. Esto se ve reforzado con la OC-10/89 sobre *La Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, cuando dispone que en el marco del artículo 64 de la Convención Americana, para identificar derechos humanos a los que se refiere la Carta de la OEA, es

43. Courtis, Christian, *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales a través del Artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, pág. 365 en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldivar Lelo de Larrea, Arturo (Coords.), *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho*, Tomo IX, *Derechos Humanos y Tribunales Internacionales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2008.

44. *Ídem*.

45. Courtis, Christian, *Óp. Cit.*, pág. 366.

46. Courtis, Christian, *Óp. Cit.*, pág. 366 y 367.

47. Courtis, Christian, *Óp. Cit.*, pág. 367.

menester acudir a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁴⁸. Evidentemente el trabajo interpretativo para derivar un derecho de naturaleza social, a través de normas programáticas requerirá un trabajo interpretativo de mayor esfuerzo, no obstante, esto no significa que dicha derivación sea imposible a través de la remisión que hace el artículo 26 del Pacto de San José.

2) Establecimiento de los DESC mediante una enmienda y no en un Protocolo Adicional a la Convención Americana

Un segundo argumento que se ha vertido sobre el reconocimiento de los derechos sociales mediante la voluntad de los Estados, es que si éstos hubieran querido reconocer los derechos económicos, sociales y culturales de manera directa y clara, lo que hubiera procedido era reconocerlos mediante una *enmienda* a la Convención Americana y no un *protocolo* adicional.

Sobre esta segunda posible problemática, los jueces Roberto F. Caldas y Eduardo Ferrer Mac-Gregor han destacado que, según esta postura, el sentido ordinario del término “*enmienda*” denota el fortalecimiento o la revisión de un texto. Por el contrario, la idea de un “protocolo”, a la luz del artículo 77 de la Convención Americana, implicaría la inclusión de algo no existente previamente. En consecuencia, según estas posturas, el sentido literal de los términos lleva a la conclusión de que el artículo 26 de la Convención Americana no puede contener los derechos incluidos en el Protocolo⁴⁹. Sin embargo, ambos jueces consideran que es posible una interpretación distinta sobre la relación entre “tratados” y sus “protocolos adicionales” en el derecho internacional de los derechos humanos⁵⁰. Así afirman que:

28. [C]abe resaltar que el artículo 31 de la Convención Americana reconoce la posibilidad de incluir otros derechos a la Convención, ya

48. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, párrs. 43 y 45.

49. Voto conjunto concurrente de los Jueces Roberto F. Caldas y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, *Caso Canales Huapaya y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de junio de 2015. Serie C No. 296., párr. 26. Ruiz-Chiriboga, Oswaldo (2013). The American Convention and the Protocol of San Salvador: Two intertwined treaties non-enforceability of economic, social and cultural rights in the Inter-American System. *Netherlands Quarterly of Human Rights*. Vol. 31 (2). Págs. 156-159.

50. Voto conjunto concurrente de los Jueces Roberto F. Caldas y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, *Caso Canales Huapaya y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de junio de 2015. Serie C No. 296, párr. 27.

sea por medio de enmiendas o protocolos adicionales. El texto de la Convención es claro en señalar que la principal diferencia entre estos dos medios la constituye el procedimiento para que entren en rigor. En efecto, para adoptar enmiendas está previsto un procedimiento más complejo de aprobación dado que requieren de la ratificación de dos terceras de los estados partes, mientras que los Protocolos adquieren vigor con una ratificación a través de la ratificación de un número menor de Estados. Por el contrario, sobre las diferencias sustantivas entre estos mecanismos el panorama interpretativo es más amplio. La Convención no condiciona el alcance de las enmiendas a fortalecer algo ya incluido en dicho instrumento, de tal forma que estas podrían ser utilizadas para agregar nuevos derechos o efectuar reajustes en los diseños institucionales previstos por la misma. Es cierto que a diferencia de las enmiendas, el artículo referido a los protocolos si establece que sería para “incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades”. Sin embargo, esto no implica que las enmiendas no puedan servir para cumplir con este objetivo. Asimismo, tampoco puede inferirse que los protocolos solo estén restringidos a la consagración de derechos nuevos sino que también pueden contemplar el complemento de aspectos ya previstos en la Convención. La diferencia central entre ambos mecanismos la constituye el mecanismo para su aprobación. Además, el protocolo no permitiría reducir los derechos previstos en la Convención, para lo cual se requeriría una enmienda, en los términos señalados previamente⁵¹.

Entre otros ejemplos a los que hace alusión los jueces, cabe resaltar la relación entre el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que establece la prohibición de discriminación en la aplicación de los derechos reconocidos por el Convenio, y el Protocolo n° 12 de 2000, donde se introdujo una prohibición de discriminación en la aplicación de cualquier derecho reconocido legalmente. Asimismo, el protocolo respecto a la prohibición de prisión por deudas (n° 12) puede entenderse como una extensión de los ámbitos de protección de la libertad personal, los protocolos sobre la abolición de la pena de muerte (n° 6 y 13) pueden entenderse como un desarrollo del derecho a la vida, los protocolos sobre las “garantías de procedimientos en caso

51. Voto conjunto concurrente de los Jueces Roberto F. Caldas y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, *Caso Canales Huapaya y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de junio de 2015. Serie C No. 296, párr. 28.

de expulsión de extranjeros” (nº 4 y 7) y sobre “doble instancia” (nº 7) están claramente asociados a las garantías de debido proceso previstas previamente en el Convenio. Difícilmente se puede argumentar que estos ámbitos de regulación se concentran en derechos totalmente autónomos a los derechos previstos inicialmente en el Convenio. Por otra parte, protocolos procedimentales adicionales tanto al Convenio Europeo como al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos han regulado aspectos procesales respecto a como opera la posibilidad de presentar denuncias ante dichos órganos, lo cual permite entender a estas regulaciones como extensiones o desarrollos del diseño de acceso a la justicia internacional establecido preliminarmente en los tratados respectivos⁵².

3) La incompatibilidad entre la restricción del artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador y el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Sobre este tercer punto se ha considerado como postura en contra que el Protocolo establece claramente dos artículos que pueden ser exigidos ante la Comisión Interamericana, y eventualmente ser llevados ante la Corte Interamericana. En este sentido el Protocolo de San Salvador es “claro” al señalar que solo la libertad de formar y asociarse en sindicatos y el derecho a la educación, consagrados en los artículo 8.1.a y 13, respectivamente, pueden ser justiciables de manera directa ante los órganos del Sistema Interamericano, lo cual excluye al resto de los derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador para que sean invocados ante dichos órganos interamericanos.

En el caso *Furlan Vs. Argentina*, la ex Jueza Margarette May Cacauly señaló que el Protocolo de San Salvador “no establece ninguna disposición cuya intención fuera limitar el alcance de la Convención Americana” y, además, consideró que [...] al interpretar la Convención [y el Protocolo de San Salvador], se debe realizar una *interpretación sistemática* de ambos tratados, tomando en cuenta su propósito. Así, la Convención de Viena exige una interpretación de buena fe de los términos del artículo 26, para determinar el alcance de la remisión textual que se llevó a cabo sobre el artículo mencionado anteriormente en relación a la Carta de la OEA y su relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Esta interpretación de buena fe requiere del

52. Estos ejemplos son citados en el voto conjunto concurrente de los Jueces Roberto F. Caldas y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, *Caso Canales Huapaya y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de junio de 2015. Serie C No. 296.

reconocimiento de que la Convención Americana no establece distinciones al señalar que su jurisdicción cubre todos los derechos establecidos entre los artículos 3 y 26 de la Convención. Además, el artículo 4 del Protocolo de San Salvador establece que ningún derecho reconocido o vigente en un Estado puede ser restringido o infringido en virtud de los instrumentos internacionales, con la excusa de que el Protocolo mencionado anteriormente no lo reconoce o lo reconoce a un menor grado. Finalmente, la ex jueza apunta que la Convención de Viena declara que una interpretación no debería derivar en un resultado manifiestamente absurdo o irracional. En este sentido, la conclusión que el Protocolo de San Salvador limita el alcance de la Convención, derivaría en la absurda consideración de que la Convención Americana podría tener ciertos efectos entre los Estados Partes del Protocolo de San Salvador, y a la vez tener otro efecto distinto para los Estados que no son partes en dicho Protocolo⁵³.

La ex Jueza precisó que “[...] *lo que importa no es la intención subjetiva de los delegados de los Estados en el momento de la Conferencia de San José o durante la discusión del Protocolo de San Salvador, sino la intención objetivada del texto de la Convención Americana, tomando en cuenta que el deber del intérprete es actualizar el sentido normativo del instrumento internacional. Además, usando una interpretación histórica, basada en la intención hipotética que se habría tenido respecto a la Convención Americana por parte de los delegados que adoptaron el Protocolo de San Salvador no se puede desacreditar el contenido explícito de dicha Convención Americana*”⁵⁴.

4) Los Métodos de Interpretación Vs. Interpretación Evolutiva

Quienes sostienen la postura en contra, arguyen que no solo el método evolutivo tiene que tenerse en cuenta para poder determinar el alcance y contenido de un tratado internacional; al respecto proponen otros métodos interpretativos, que arrojarían la no justiciabilidad directa de lo DESC. En este sentido esta postura se resume de la siguiente manera:

53. Voto concurrente de la jueza Margarette May Macaulay en el *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 8.

54. Voto concurrente de la jueza Margarette May Macaulay en el *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 9.

<p>Interpretación Literal</p>	<p>Considera que el artículo 19.6 es claro al establecer que solo el artículo 8.1.a y 13 son justiciables ante los órganos del Sistema Interamericano</p>
<p>Interpretación Sistemática</p>	<p>Es decir analizar el Protocolo de San Salvador y a Convención Americana conjuntamente. Al respecto considera que, por ejemplo, el artículo 4 (No admisión de restricciones), del Protocolo no es aplicable al analizar conjuntamente con el artículo 26 de la CADH y el artículo 19.6 del Protocolo, ya que el artículo 26 no contiene derechos propiamente y además que el artículo 4 del Protocolo no deroga o cancela la competencia del artículo 19.6 del mismo instrumento, en la medida que no restringe derechos sino la competencia de la Comisión y de la Corte.</p>
<p>Interpretación Teleológica</p>	<p>En primer lugar esta postura sostiene en cuanto a este tipo de interpretación que el Protocolo de San Salvador tuvo como finalidad incorporar en el Sistema Interamericano de manera más exacta los DESC y ampliar el ámbito de protección del sistema, por lo que no es justo posicionar al Protocolo de San Salvador como un tratado que atentaría contra el fin del sistema interamericano por simplemente establecer reglas de competencia. En segundo lugar, en cuanto al uso de los trabajos preparatorios se constata que los trabajos preparatorios muestran cuán reacios fueron la mayoría de los Estados para determinar lo que iba a reconocer el artículo 19.6 (exceptuando a Guatemala y a Brasil).</p>

Por otro lado, se encuentra la interpretación evolutiva de los derechos humanos⁵⁵.

55. Al respecto, la Corte Interamericana ha sido de ésta práctica a partir de la Opinión Consultiva No. 16 solicitada por el Estado mexicano sobre el derecho de asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal.

En este sentido, la Corte IDH ha señalado en otras oportunidades⁵⁶ que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Asimismo, también se ha sostenido que esa interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁵⁷. Es entonces que la propia práctica judicial de la Corte Interamericana debe dejar de ver como una cláusula pétrea al artículo 26 de la Convención Americana y empezar a dotar de contenido esta disposición. Además, como la propia Corte ha determinado los tiempos son cambiantes y, por lo tanto, las interpretaciones tienen que ser acordes a las nuevas realidades sociales que se presenten en América Latina y no ser ajeno a las discusiones que se gesten dentro de los propios Estados, por lo que la interpretación evolutiva puede ser aplicable no sólo a las normas sustantivas de un tratado internacional sino que se extiende a las disposiciones operativas (procedimentales)⁵⁸ del mismo.

En materia de derechos sociales la Corte no ha sido ajena a esta temática, por ejemplo, en el caso *Villagrán Morales y otros Vs. Guatemala*, la Corte Interamericana consideró que las medidas generales contenidas en el artículo 19 de la CADH bajo los preceptos de la Convención de los Derechos del Niño contenían una serie de obligaciones que ampliaban el contenido del precepto de San José. Así, cabría destacar que la Corte, en relación a la Convención de los Derechos del Niño, reconoció que parte de las obligaciones de lo Estados respecto a los niños en situación de calle que *los Estados partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto de la nutrición, el vestuario y la vivienda*⁵⁹.

56. Cfr. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114, y *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 83.

57. Cfr. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99, *supra*, párr. 114, y *Caso Atala Riffo y Niñas, supra*, párr. 83.

58. Cfr. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 11.

59. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 196 y Ferial Tinta, Mónica, *Justiciability of Economic, Social, and Cultural Rights in the Inter-American System of protection of Human Rights: Beyond traditional paradigms and notions*, p. 445 en *Human Rights Quarterly* a Comparative and International Journal of the Sciences, Humanities and Law, Volumen 29, Number 1 February 2007, The Johns Hopkins University Press.

5) La imposibilidad de la aplicación del principio pro persona

El Tribunal Interamericano ha establecido que *“el sistema de protección internacional debe ser entendido como una integralidad, principio recogido en el artículo 29 de la Convención Americana, el cual impone un marco de protección que siempre da preferencia a la interpretación o a la norma que más favorezca los derechos de la persona humana, objetivo angular de protección de todo el [s]istema [i]nteramericano. En este sentido, la adopción de una interpretación restrictiva en cuanto al alcance de la competencia del Tribunal Interamericano no sólo iría contra el objeto y fin de la Convención, sino que además afectaría el efecto útil del tratado mismo y de la garantía de protección que establece, con consecuencias negativas para la presunta víctima en el ejercicio de su derecho de acceso a la justicia”*. En efecto, el principio *pro homine* debe ser aplicado cuando la Corte se encuentre frente a dos posibles interpretaciones válidas y ciertas. La justiciabilidad directa de los DESC a partir del artículo 26 de la Convención no es una interpretación válida, dado que lo que se está intentando es derivar un enunciado normativo que no corresponde a la norma⁶⁰.

Si bien esta postura parecería arrojar cierto tipo de lógica, no es menos cierto que inclusive una norma que establece competencia, o de naturaleza operativa, también puede tener dos interpretaciones, o más, y el juzgador debe tener en cuenta la interpretación más favorable. Además, abonando a lo anterior, el artículo 29.b de la Convención Americana dispone que ninguna norma se puede interpretar en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados, o bien excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de a misma naturaleza.

En palabras del Juez Ferrer Mac- Gregor *“una posible vía para interpretar el artículo 26 de la Convención Americana conduciría a que no es suficiente con una interpretación literal de dicho precepto, como el tampoco bastan los criterios previstos en el artículo 29 del Pacto de San José, sino que, en primer termino, este último numeral debe ser interpretado conforme al principio pro persona. Una vez realizado lo anterior, es posible entender que conforme al referido artículo 29, los derechos económicos, sociales y culturales previstos en otras leyes, incluyendo las constituciones*

⁶⁰. Voto concurrente del Humberto Sierra Porto al *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 29.

de los Estados es parte y la Declaración Americana, se incorporan al artículo 26 para interpretarlo y desarrollarse⁶¹.

6) La imposibilidad de utilizar el derecho comparado

Al respecto, una postura en contra ha enfatizado que fueron son los mismos Estados los que tomaron la decisión de no garantizar una justiciabilidad directa de los demás derechos y, por el contrario, cuando crearon el catálogo de derechos mediante el Protocolo de San Salvador, resolvieron limitar la competencia de la Comisión y de la Corte. Entonces, si bien internamente los Estados han ido ampliando su posición, no le competería a la Corte Interamericana modificar la voluntad que fue inicialmente expresada en el Protocolo de San Salvador, independientemente de que en la práctica interna de los Estados estén consagrando catálogos de DESC y en muchos se concede la posibilidad de justiciabilidad directa de los mismos⁶².

Independientemente de esta apreciación que se haga es un hecho innegable que las altas jurisdicciones nacionales utilizan, y cada vez con mayor frecuencia, su propia normativa constitucional para brindar mayor protección a los derechos de naturaleza social, (sea de manera expresa, derivada de otros derechos o debido a su reconocimiento por la incorporación constitucional de los tratados internacionales). Además, habría que recordar que la propia Corte Interamericana recurre cada vez más con mayor frecuencia a las Altas Cortes nacionales para fundamentar sus decisiones a modo de ejemplo, creando, de esta manera, un verdadero diálogo jurisprudencial⁶³, lo cual no genera ningún impedimento para que los DESC sean la excepción en la creación de éste diálogo jurisprudencial⁶⁴.

61. Voto Concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot al *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261, párr. 66.

62. Voto concurrente del Humberto Sierra Porto al *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 28.

63. En el ámbito interno, una de las manifestaciones del diálogo jurisprudencial es el ejercicio del control de *convencionalidad ex officio* por los juzgadores. En este sentido Luis Jimena Quesada expone que éste mecanismos representa una manifestación de la observancia por el juez local de la jurisprudencia internacional – *mutatis mutandi*– “por una correcta puesta en práctica del principio *jura novit curia*, esto es, cuando el juez interno aplique la jurisprudencia internacional para resolver casos sobre los que se vea llamado a pronunciarse pese a que las partes procesales no hayan invocado dicha jurisprudencia internacional, que a al postre sea determinante para la resolución de dichos casos ya que la aplicación de las normas internacionales por los jueces nacionales y los demás operadores jurídicos se considera piedra de toque del cumplimiento efectivo del derecho internacional como tal”. Jimena Quesada, Luis, *La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional*, en Revenga Sánchez, Miguel (Coord.), *El Poder Judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 542.

64. Voto Concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot al *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261, párr. 74.

Todos y cada uno de los aparentes problemas que se han planteando anteriormente no sólo impactan los casos específicos donde se han venido desarrollando estas discusiones en el seno de la Corte Interamericana, sino que también tienen una incidencia en todas aquellas personas que, de manera individual o colectiva, deseen hacer justiciables de manera directa sus derechos como lo son mujeres, niñas y niños, personas adultas mayores, personas migrantes, personas que pertenecen a un pueblo indígena o tribal, personas con alguna discapacidad o personas que confluyan simultáneamente en dos o más de éstas categorías de especial protección de vulnerabilidad; ante lo cual, la negativa del criterio mayoritario de la Corte Interamericana sobre la no justiciabilidad de los DESC a través del artículo 26 crea una barrera jurídica ante los órganos del Sistema Interamericano que no analizan las violaciones a los derechos sociales con la verdadera óptica que implica la naturaleza de estos derechos. En este sentido, cambiar la concepción tradicionalista que ha venido predominando en la jurisprudencia del Tribunal Interamericano de subsumir los derechos sociales en derechos de naturaleza civil o política quizá necesitaría de otras formas de hacer compatibles los propios instrumentos del Sistema Interamericano que, al menos aparentemente, resultan incompatibles.

IV. La sinergia de instrumentos, una posible respuesta del tribunal europeo sobre la justiciabilidad directa de los desc: el caso demir y baykara vs. Turquía.

Antes de abordar la sinergia de instrumentos que se han presentado en el seno del Consejo de Europa, entre el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante “el Convenio Europeo” o el “el CEDH”) y la Carta Social Europea (en adelante “ la Carta Social “ o “la CSE”), es necesario detenernos en las formas indirectas de justiciabilidad que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante “el Tribunal Europeo” o “el TEDH”) ha ido desarrollando en su jurisprudencia. Cabe precisar que el Sistema Europeo de Derechos Humanos (en adelante “el Sistema Europeo” o “ el SEDH”) se ha tenido que ceñir a los métodos indirectos de justiciabilidad pues, a diferencia del SIDH, este sistema de protección no cuenta con una disposición de tal magnitud como lo es artículo 26 del Pacto de San José, que en gran medida se erige como una posible norma puente entre las CADH y los derechos sociales que se encuentran en otros instrumentos internacionales. El hecho que el CEDH no tenga una disposición que permita o posibilite

al TEDH una justiciabilidad directa entre sus instrumentos regionales de los derechos sociales, no ha sido impedimento para enmarcar derechos que no están expresamente consagrados en el Convenio Europeo; es aquí donde la sinergia de instrumentos regionales de protección de derechos humanos juega un papel trascendental.

1) Los Derechos Sociales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos

El argumento que se dio por mucho tiempo sobre que el Convenio Europeo no protegía derechos económicos, sociales y culturales explícitamente fue una postura limitada⁶⁵, pues por lo que hace al Sistema Europeo, la experiencia del Tribunal de Estrasburgo sobre la justiciabilidad de los DESC ha sido en gran medida mediante los métodos de interpretación tradicional como la indivisibilidad⁶⁶, el principio de no discriminación⁶⁷ y la conexión de derechos o vía indirecta de protección⁶⁸. De este modo, en la jurisprudencia Europea pueden identificarse dos tipos de derechos de naturaleza social: a) los que se encuentran previsto de manera implícita en algunas disposiciones del CEDH y b) los que no aparecen en el Convenio pero que han sido derivados de otros derechos del CEDH. En el primer grupo de derechos tenemos el derecho de instrucción (artículo 2 del Protocolo 1), la libertad sindical (artículo 11) y el trabajo y sus condiciones (artículo 4) y, en el segundo grupo, el TEDH ha derivado de otras disposiciones del Convenio derecho como la seguridad social, la protección al medio ambiente, el derecho a la vivienda y el derecho a la salud.

En cuanto al primer grupo, sobre el derecho de instrucción, cabe resaltar que los

65. Cfr. Warbick, Colin, *Economic and Social Interests and the European Convention on Human Rights*, p. 241 en Baderin, Mashood and McCorquodale, Robert, *Economics, Social and Cultural Rights in Action*, Oxford, New York, 2012.

66. Véase: *Caso Airey Vs. Irlanda*, Application No. 6289/73, Sentencia de 9 Octubre de 1979; *Caso Of Annoni di Gussola and Others Vs. Francia*, Application No. 31819/96 y 33293/96, sentencia de 14 de Noviembre del 2000 y *Caso of the Wilde, Ooms and Versyp (Vagrancy) Vs. Bélgica*, Applications No. 2832/66, No. 2835/66 y No. 2899/66, Setencia de 18 Junio de 1971.

67. Véase: *Caso Marckx Vs. Bélgica*, Application No. 6833/74, Sentencia de 13 Junio de 1979; *Caso of Andrejeva Vs. Letonia*, Application No. 55707/00, Sentencia de 18 Febrero de 2009; *Caso Muñoz Días Vs. España*, Application No. 49151/07, Sentencia de 8 de Noviembre de 2011; *Caso Feldbrugge Vs. The Netherlands*, Application No. 8562/79, Sentencia de 29 Mayo de 1986; *Caso Deumeland Vs. Alemania*, Application No. 9384/81, Sentencia de 29 de Mayo de 1986; *Caso Schuler-Zgraggen Vs. Switzerland*, Application No. 14518/89, Sentencia de 24 de Junio de 1993; *Caso Salesi Vs. Italia*, Application 13023/87, Sentencia de 26 Febrero de 1993 y *Caso Delgado Vs. Francia*, Application No. 38437/97, Sentencia de 14 Noviembre de 2000.

68. Véase: *Case López Ostra, Vs. España*, Application No. 16798/90, Sentencia de 9 Diciembre de 1994; *Caso Moreno Gómez Vs. España*, Application 4143/02, Sentencia de 16 Noviembre de 2004; *Caso D. Vs. Reino Unido*, Application No. 30240/96, Sentencia de 2 Mayo de 1997; *Caso Connors Vs. Reino Unido*, Application No. 66746/ 01, Sentencia de 27 de Mayo de 2004; *Caso Siliadin Vs. Francia*, Application No. 73316/01, Sentencia de 26 Julio de 2005 y *Case Opuz Vs. Turquía*, Application No. 33401/02, Sentencia de 9 Junio de 2009.

redactores del CEDH pusieron especial interés en no consagrar un derecho prestacional a la educación, sino que se limita a reconocer un derecho de defensa o libertad negativa, utilizando para ello un lenguaje alejado del de los derechos de prestación⁶⁹. La intención de los redactores era no imponer a los Estados obligaciones prestacionales sino únicamente la obligación negativa de no impedir el disfrute del derecho. Se trata de no negar a los individuos el derecho a la instrucción y, sí el Estado participaba en el sistema educativo mediante escuelas públicas, lo que tampoco es obligatorio en el Convenio, de no violentar las convicciones religiosas y filosóficas de los padres de los alumnos que acuden a ellas⁷⁰. Sin embargo, el TEDH, en su jurisprudencia, ha acabado reconociendo que el derecho de instrucción, con independencia de su lenguaje negativo con el que fue redactado, deriva obligaciones positivas a cargo de los Estados⁷¹.

Sobre el derecho a la libertad sindical, protegido por el artículo 11 del CEDH, bajo el derecho de asociación, el TEDH ha ido estableciendo que en realidad a pesar de estar consagrado en el derecho de asociación es una manifestación de éste, dándole una especie de autonomía en el Convenio. Bajo esta interpretación ha reconocido el derecho de fundar sindicatos⁷², afiliarse a los ya existentes⁷³, las afectaciones que se tiene cuando se exige la sindicación obligatoria⁷⁴, los derechos de negociación colectiva⁷⁵ y el derecho de huelga⁷⁶.

69. Canosa Usera, Raúl, *Derecho a la instrucción y pluralismo educativo* p. 873 en García Roca, Javier y Santolaya, Pablo, *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, Madrid, 2005.

70. Díaz Ricci, Sergio y Santolaya, Pablo, *Los derechos económicos, sociales y culturales y la protección de grupos vulnerables*, p. 276 en García Roca, Javier, Fernández, Pablo Antonio, Santolaya, Pablo, y Canosa, Raúl (Editores), *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Madrid, Civitas, 2012.

71. Véase: *Caso Chipre Vs. Turquía*, Application No. 25781/94, Sentencia de 10 de mayo de 2001; *Caso D.H. y otros Vs. la República Checa*, Application No. 57325/00, Sentencia de 7 de febrero de 2006; *Caso Orsus y otros Vs. Croacia*, Application No. 15766/03, Sentencia de 13 de marzo de 2010.

72. Véase: *Casos Associated Society of Locomotive Engineers and Firemen Vs. Reino Unido*, Application No. 11002/05, Sentencia de 27 de febrero de 2007 y *Caso Young, James y Webster Vs. Reino Unido*, Application No. 7601/76 7806/77, Sentencia de 13 de agosto de 1981.

73. Véase: *Casos Associated Society of Locomotive Engineers and Firemen Vs. Reino Unido*, Application No. 11002/05, Sentencia de 27 de febrero de 2007.

74. Véase: *Young, James y Webster Vs. Reino Unido*, Application No. 7601/76 7806/77, Sentencia de 13 de agosto de 1981; *Caso Gustafsson Vs. Suecia*, Application No. 15573/89, Sentencia de 25 de abril de 1996 y *Caso Sorensen y Rasmussen Vs. Suecia*, Application No. 52562/99 52620/99, Sentencia de 11 de enero de 2006.

75. Por lo que se refiere a la negociación colectiva, el Tribunal ha entendido que aunque puede ser uno de los medios a través de los cuales los sindicatos pueden proteger los intereses de sus miembros, no es, sin embargo, indispensable para el efectivo goce de la libertad de sindicación. Resalta el carácter voluntario de la negociación colectiva y, por ello, no reconoce que los sindicatos tengan que participar obligatoriamente en consultas o negociaciones. *Caso Wilson, National Union of Journalists y otros Vs. Reino Unido*, Application No. 30668/96 30671/96 30678/96, Sentencia de 2 de julio de 2002 y *Caso National Union of Belgian Police Vs. Bélgica*, Application No. 4464/70, Sentencia de 27 de octubre de 1975.

76. Este derecho no está expresamente garantizado por el art. 11 y puede ser sometido por la ley nacional a una regulación de tal clase que limite su ejercicio en ciertas circunstancias. Véase: *Caso Schmidt y Dahlström Vs. Suecia*, Application No. 5589/72, Sentencia de 6 de febrero de 1976 y *Caso Sindicato Enerji Yapi-Yol Sen Vs. Turquía*, Application No. 68959/01,

Construcción de un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina

En tercer lugar, el derecho al trabajo (y sus condiciones para realizarlo), éstos no se encuentran expresados en el texto del Convenio, sino que la única disposición relativa a esta temática se encuentra plasmada en el artículo 4 del CEDH que expresa la prohibición de todas las formas de trabajo forzado u obligatorio como forma de prohibición de esclavitud⁷⁷. De esta forma, CEDH ha garantizado condiciones como que el trabajo no sea de manera involuntaria⁷⁸, que no se realice bajo amenaza⁷⁹ o la prohibición de explotación de la inmigración ilegal⁸⁰. Ya con más cercanía con el derecho al trabajo, transversalmente, el TEDH ha considerado la necesidad de implantar recursos efectivos antes escenarios de despidos⁸¹, investigación en accidentes laborales⁸², la discriminación para acceder a determinados empleos⁸³ o despidos por motivos políticos o ideológicos⁸⁴.

Sobre el segundo grupo de derechos, aquellos derechos que no se encuentran expresamente en el CEDH pero que han sido derivados de otras disposiciones - seguridad social, protección al ambiente, vivienda y salud-, podemos observar la siguiente práctica del Tribunal Europeo. En cuando al derecho a la seguridad social, este derecho ha sido derivado del derecho de propiedad contemplado en el artículo 1 del Protocolo 1 a partir del concepto de “ bienes”⁸⁵. En cuanto el derecho a la protección del medio ambiente⁸⁶

Sentencia de 21 de abril de 2009.

77. Los elementos que han de darse para que el trabajo sea considerado forzoso son básicamente dos: que se trate de un trabajo involuntario y que haya sido impuesto de modo opresivo e inevitable. *Cfr.* Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos en el *Caso I. Vs. Noruega*, Application No. 468/62, Decisión e 17 de Diciembre de 1962.

78. *Cfr.* Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos en el *Caso I. Vs. Noruega*, Application No. 468/62, Decisión e 17 de Diciembre de 1962

79. Véase: *Caso Van Der Mussel Vs. Bélgica*, Application No. 8919/80, Sentencia de 23 de Noviembre de 1983.

80. Véase: *Caso Siliadin Vs. Francia*, Application No. 7336/01, Sentencia de 26 de julio de 2005.

81. Véase: *Casos Deumeland Vs. Alemania*, Application No. 9384/81, Sentencia de 17 de diciembre de 1996; *Duclos Vs. Francia*, Application No. 20940/92 20941/92 20942/92, Sentencia de 17 de diciembre de 1996; *Mianowicz Vs. Alemania*, Application No. 42505/98, Sentencia de 18 de octubre de 2001 y *Mangualde Pinto Vs. Francia*, Application No. 43491/98, Sentencia de 9 de abril de 2002.

82. Véase: *Caso Pereira Henriques Vs. Luxemburgo*, Application No. 44872/98, Sentencia de 9 de mayo de 2006.

83. Véase: *Caso Sidabras Vs. Lituania*, Application No. 55480/00 59330/00, Sentencia de 27 de julio de 2004 y *Caso Rainys y Gasparavicius Vs. Lituania*, Application No. 70665/01 74345/01, Sentencia de 7 de abril de 2006.

84. Véase: *Caso Sidabras Vs. Lituania*, Application No. 55480/00 59330/00, Sentencia de 27 de julio de 2004; *Thlimmenos Vs. Grecia*, Application No. 34369/97, Sentencia de 6 de abril de 2002 y *Perry Vs. Letonia*, Application No. 63737/00, Sentencia de 8 de noviembre de 2007.

85. El Tribunal Europeo ha entendido que las prestaciones del sistema de seguridad social pueden ser consideradas un bien al que la persona tendría derecho, en la medida en que lo reconociera la legislación nacional, y precisamente por su contribución al sistema de seguridad social correspondiente, contribución que generaría una expectativa razonable de acceso a la prestación social correspondiente. *Cfr. Caso Stec Vs. Reino Unido*, Application No. 65731/01 65900/01, Sentencia de 12 de abril del 2006; *Caso Wessels-Bergervoet Vs. Holanda*, Application No. 34462/97, Sentencia de 12 de noviembre de 2002 y *Caso Andrejeva contra Letonia*, Application No. 55707/00, Sentencia de 18 de febrero de 2009.

86. El TEDH ha reconocido que la mera contaminación ambiental no supone siempre una lesión del artículo 8 del CEDH,

éste ha surgido en la jurisprudencia europea a partir de la protección del derecho a la vida privada y familiar del artículo 8⁸⁷ y de la protección del derecho a la vida del artículo 2⁸⁸ del CEDH; en este sentido, sobre este último derecho, el TEDH ha sido de la opinión que “los recientes desarrollos de los estándares europeos a este respecto simplemente confirman una conciencia creciente de los deberes que incumben a las autoridades nacionales en el campo del medio ambiente, particularmente en relación con los vertederos y los riesgos inherentes”⁸⁹.

El derecho a la vivienda no cuenta con reconocimiento expreso en el CEDH, sin embargo, el TEDH lo garantiza por conexión con otros derechos, como la integridad⁹⁰, la vida privada y familiar⁹¹, la igualdad⁹² o la propiedad privada⁹³. A diferencia de otros derechos en donde le da más autonomía al contenido del derecho social, el TEDH no ha analizado el derecho a la vivienda como derecho prestacional sino sólo como derecho de defensa. Sin embargo, considerando la vulneración de derechos conexos, sobre todo, la vida privada y familiar ha afirmado elementos prestacionales⁹⁴.

En cuanto al derecho a la salud, éste se ha garantizado en el SEDH, en algunos supuestos, por conexión con otros derechos, como la vida, la integridad, la vida privada y familiar o la propiedad privada⁹⁵. Sin embargo la mayor parte de la jurisprudencia se

ya que éste no garantiza un “derecho a la preservación del medio ambiente”. Para que esta “contaminación” afecte al ámbito protegido por el artículo 8 CEDH, debe alcanzar un cierto nivel, que depende de todas las circunstancias del caso, como, por ejemplo, la intensidad y la duración de la molestia y sus efectos nocivos. *Caso Powell and Rayner*, Application No. 9310/81, Sentencia de 21 de febrero de 1990 y *Caso Hatton y otros Vs. Reino Unido*, Application No. 36022/97, Sentencia de 2 de octubre de 2001.

87. En el caso *Taskin contra Turquía*, Application Application No. 46117/99, Sentencia de 10 de noviembre de 2004, el TEDH condenó a Turquía por las prácticas de explotación de las minas de oro basadas en la técnica del cianuro. Estos casos destacan porque declaran los efectos nocivos, no directamente en relación con la vida privada o el domicilio de una persona, sino sobre el medio ambiente, creando una obligación positiva de evitarlo y de informar a la sociedad de los procedimientos que puedan provocar un daño medioambiental.

88. Cfr. *Caso Öneriyildiz Vs. Turquía*, Application No. 48939/99, Sentencia de 18 de junio de 2002.

89. Cfr. *Caso*, Application No. 48939/99, Sentencia de 18 de junio de 2002.

90. Cfr. *Caso Dulas Vs. Turquía*, Application No. 25801/94, Sentencia de 30 de enero de 2001 y *Caso Nuri Kurt Vs. Turquía*, Application No. 37038/97, Sentencia de 29 de noviembre de 2005.

91. Cfr. *Caso Connors Vs. Reino Unido*, Application No. 66746/01, Sentencia de 27 de mayo de 2004; *Caso Stankova Vs. Eslovaquia*, Application No. 7205/02, Sentencia de 9 de octubre de 2007; *Caso Cosic Vs. Croacia*, Application No. 28261/06, Sentencia de 15 de enero de 2009 y *Caso Larkos Vs. Chipre*, Application No. 29515/95, Sentencia de 18 de febrero de 1999.

92. Cfr. *Caso Olaru y otros Vs. Moldavia*, Applications 476/07 22539/05 17911/08 13136/07, Sentencia de 28 de julio de 2009.

93. Cfr. *Caso James y otros Vs. Reino Unido*, Application 8793/79, Sentencia de 21 de febrero de 1986 y *Caso Mellacher y otros Vs. Austria*, Application No. 10522/83 11011/84 11070/84, Sentencia de 19 de diciembre de 1989.

94. Cfr. Díaz Ricci, Sergio y Santolaya, Pablo, *Los derechos económicos, sociales y culturales y la protección de grupos vulnerables*, pp. 273 a 310 en García Roca, Javier, Fernández, Pablo Antonio, Santolaya, Pablo, y Canosa, Raúl (Coords.), *Op. Cit.*

95. *Caso Cha 'are Shalom Ve Tsedek Vs. Francia*, Application No. 27417/95, Sentencia de 27 de junio de 2000, *Caso Calvelli y Ciglió Vs. Italia*, Application No. 32967/96, Sentencia de 17 de enero de 2002 y *Caso Codarcea Vs. Rumanía*, Application No. 31675/04, Sentencia de 2 de junio de 2009.

produce en casos de personas privadas de la libertad o, en general, personas sometidas a la autoridad del Estado y con fuertes restricciones a su libertad y con relación al derecho a la vida y la integridad, fundamentalmente por la deficiente o inexistente atención sanitaria durante el periodo que se ha encontrado sometido a la tutela estatal dentro centros de detención⁹⁶.

Como podemos constatar, en una primera aproximación, el TEDH dado sus propios medios no cuenta con una norma que expresamente pueda derivar en dotar de plena autonomía de los derechos sociales por lo que sus desarrollos se han visto limitados a la practica jurisprudencial vía indirecta a través de derechos civiles y políticos, sin embargo, en un precedente aislado, el TEDH apunta , en una clara línea argumentativa, a declarar la atomía de derechos sindicales, no propiamente a través del artículo 11 del CEDH sino de las disposiciones de la Carta Social Europea, sentando una nueva forma de interpretar – y entender- la relación de instrumentos dentro de un mismo sistema de protección.

2) La justiciabilidad directa a través de la sinergia del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea

Un aspecto distintivo del Consejo de Europeo con posterioridad a adoptar el CEDH en 1951 es que se hizo palpable la preocupación sobre la nula existencia de derechos sociales dentro del SEDH; así, como lo expresara el preámbulo de la Carta Social Europea consientes de que los Estados miembros del Consejo de Europa convinieron en garantizar a sus pueblos los derechos civiles y políticos y las libertades especificados en [el CEDH y sus protocolos]; considerando que el goce de los derechos sociales debe quedar garantizado sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, proveniencia nacional u origen social; resultados a desplegar en común todos los esfuerzos posible para mejorar el nivel de vida y promover el bienestar de todas las categorías de sus poblaciones, tanto rurales como urbanas, por medio de instituciones y actividades apropiadas, se adoptaba dicho instrumento que contiene un catálogo un poco más amplio sobre ciertos derechos sociales . El Comité Europeo de Derechos Sociales (en adelante “el Comité Europeo”), órgano equivalente al Tribunal Europeo pero que aplica la Carta Social, tiene dos mecanismos para hacerla cumplir: los informes y

⁹⁶. *Caso Tarariyeva Vs. Rusia*, Application No. 4353/03 , Sentencia de 14 de diciembre de 2006 y *Caso Brânduse Vs. Rumanía*, Application No. 6586/03, Sentencia de 7 de abril de 2009.

las denuncias colectivas. La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales se ha enfocado a la protección de los derechos de la infancia, personas con discapacidad, personas extranjeras y las personas de la etnia gitana, derechos laborales como la seguridad e higiene en el trabajo⁹⁷.

A primera vista podríamos pensar que ambos instrumentos, con sus respectivos órganos de interpretación, mantienen sólo su competencia de aplicación de las disposiciones en lo relativo a lo que su mandato les ordena aplicar. Sin embargo, Luis Jimena Quesada observa que un fenómeno interesante que se ha ido produciendo en materia de derechos sociales dentro del Consejo de Europa, es la *sinergia* que ambos organismos hacen tanto del Tribunal Europeo hacia la Carta Social como del Comité Europeo al Convenio Europeo⁹⁸. Esta interacción de instrumentos dentro del propio Consejo Europeo ha sido de vital importancia al momento de precisar el contenido de determinados derechos que, por ejemplo, el CEDH no contempla en su redacción.

El Tribunal Europeo, desde el caso *Tyrer Vs. Reino Unido*, en 1978, consideró que las disposiciones del CEDH eran parte de un instrumento vivo y que la interpretación que acompaña estas disposiciones debe hacerse acorde a las condiciones de vida actual⁹⁹. En este sentido en materia de derechos sociales, la interpretación evolutiva acorde a las condiciones de vida actual y la sinergia de instrumentos dentro del Consejo de Europa, destaca el caso de *Demir y Baykara Vs. Turquía*. El caso *Demir y Baykara Vs. Turquía* estaba relacionado con la falta del reconocimiento de la personalidad jurídica del sindicato “Tum Bel Sen” de trabajadores municipales, del cual el señor Baykara era presidente, al mismo tiempo que se desconocía la posibilidad de otorgar el derecho de negociación colectiva. El Estado aseguraba que los derechos de sindicación establecidos en el artículo 11 del CEDH no eran aplicables en el presente caso pues, en

97. Al respecto puede consultarse: Jimena Quesada, Luis, *La Jurisprudencia Europea sobre Derechos Sociales*, en von Bogdandy, Armin Von, Fix-Fierro, Héctor, Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo [coords.], *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un lus Constitutionale Commune en América Latina*, México, UNAM-IIJ-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Max-Planck-Institut 2011, pp. 290-296; De Schutter, Oliver, *The European Social Charter*, pp- 463 -480 en Krause Catarina and Scheinin, Martin, *International Protection of Human Rights: A textbook*, Abo Acakademi University Institute for Human Rights, Segunda Edición, Finlandia, 2012 y Shruballs, Vivien, *The European Social Charter: employment, Union and Strikes*, pp. 153 a 162 en Beddard, Ralph and Hill, Dily, *Economic, Social and Cultural Rights: Progress and Achievement*, MacMillan, Hong Kong, 1992 y Khaliq, Urfan y Churchill, Robin, *El Comité Europeo de Derechos Sociales: Darle cuerpo al esqueleto de la Carta Social Europea*, pp. 617 a 665 en Langford, Malcolm, *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Universidad de los Andes- Siglo del Hombre- Derecho y Sociedad, Bogotá, 2013.

98. Al respecto puede verse: Malinverì, Giorgio, *The Court of European Human Rights, the protection of social rights, its relationship with the European Committee of Social Rights* pp. 97 a 112 y Jimena Quesada, Luis, *Interdependence of the Reporting System and the Collective Complaint Procedure: indivisibility of human rights and indivisibility guarantees*, pp. 143 a 158 en D'Amico, Marilisa y Guiglia, Giovanni, *European Social Charter and the challenges of the XXI century*, Edizioni Scientifiche Italiane, Roma, 2014.

99. En este caso el Tribunal Europeo expresó que: *The Court must also recall that the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions.* Caso *Tyrer Vs. Reino Unido*, Sentencia de abril 25 de 1978, párr. 31.

realidad, los trabajadores del Estado (incluidos los municipales) eran una de las posibles excepciones que otorgaba el artículo 11 al señalar que se pondrán restringir los derechos de sindicación en el caso de las fuerzas militares, policiales y de los administradores del Estado, además, señalaron que el artículo 11 del Convenio Europeo no contemplaba el derecho negociación colectiva¹⁰⁰.

En este sentido, en sede interna, los tribunales desconocieron la existencia de tal sindicato indicando que no solamente bastaba con el sólo hecho de declaración de voluntad de las partes sino que también era necesario que se formalizara ante las leyes internas, ley que al momento de los hechos no existía. Por su parte, las víctimas argumentaron que la interpretación que el Estado le estaba dando al artículo 11 era restrictiva y que en el ámbito interno se habían hecho modificaciones constitucionales que garantizaban el derecho de sindicación, que también les eran aplicables a la administración del Estado- incluidos los trabajadores municipales-. El TEDH, en este caso, se enfrentó a un tema muy complejo en el cual se vio en la necesidad de establecer si los funcionarios municipales (aún como parte integrante de la administración del Estado) tenían el derecho de sindicación y de negociación colectiva. En este aspecto, es de resaltar en este caso, cómo el TEDH recurre a la Carta Social Europea, en donde los artículos 5 y 6 respectivamente, reconocen el derecho de sindicación y negociación colectiva para los funcionarios del Estado, aún en el supuesto de que Turquía no era parte de la Carta Social. En esta tesitura el Estado consideraba que no podía utilizarse la Carta Social para derivar el derecho de sindicación y negociación colectiva para funcionarios por no ser Turquía parte de dicho instrumento regional de protección de derechos humanos¹⁰¹.

Ante este argumento, el TEDH consideró que no era la primera vez que el Tribunal utilizaba disposiciones de otros instrumentos internacionales para dotar de contenido artículos del CEDH. Sobre el tema de la asociación sindical en el presente caso, la Corte Europea recordó que Turquía había ratificado en Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, así como los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por lo que dicha obligación subsistía aún en la ausencia de no haber ratificado la Carta Social. Con independencia de ello ,cabe destacar en el tema de la sinergia de instrumentos, como lo son el CEDH y la CSE en los siguientes términos concluyendo que:

100. Cfr. *Caso Demir y Baykara Vs. Turquía*, Application No. 34503/97, Sentencia de 12 de Noviembre de 2008, párrs- 14 a 33.

101. Cfr. *Caso Demir y Baykara Vs. Turquía*, Application No. 34503/97, Sentencia de 12 de Noviembre de 2008, párrs. 34 a 53.

85. La Corte, al definir el significado de términos y conceptos en el texto de la Convención [Europea], puede y debe tener en cuenta los elementos del derecho internacional que no sean la Convención, la interpretación de tales elementos por los órganos competentes, y la práctica de los Estados de Europa que reflejan sus valores comunes. El consenso de los instrumentos internacionales especializadas y de la práctica de los Estados contratantes puede constituir una consideración relevante para la Corte cuando interpreta las disposiciones de la Convención en casos específicos.

86. En este contexto, no es necesario que el Estado demandado haya ratificado todo el catálogo de instrumentos que son aplicables en relación con la materia de que se trate. Será suficiente para Corte que de los instrumentos internacionales pertinentes, denoten una evolución continua en las normas y principios aplicados en el derecho internacional o en el derecho interno de la mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa y, muestren , en un determinado momento que, existe un elemento común en las sociedades modernas¹⁰².

En el tema de que nos ocupa, este razonamiento hecho por el TEDH es de vital importancia desde diferentes ópticas. En primer lugar, Turquía no era parte de la Carta Social Europea en donde si se encontraba la posibilidad de asociación y negociación colectiva para funcionarios públicos, a diferencia de lo que disponía el Convenio Europeo y sus limitantes sobre sindicalización de funcionarios. Sin embargo, el TEDH, invoca las disposiciones de la Carta Social y considera que es de vital importancia tener en cuenta lo dispuesto por este instrumentos regional, con independencia de que haya sido ratificado o no por el Estado demandado. No obstante, lo cierto es que si bien se invoca lo dispuesto por la CSE, también el Tribunal Europeo toma ciertas precauciones y de una manera, por demás ingeniosa, complementa la configuración del derecho de sindicación argumentando otras tres razones.

En primer lugar, Turquía para el momento de los hechos había ratificado el Convenio 87 sobre sindicación por lo que si bien dentro del SEDH, en específico a través del Convenio Europeo, no se encontraba la obligación si estaba latente la protección de este derecho en el seno del Sistema Universal, lo cual venia reforzado también por la ratificación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el

102. *Caso Demir y Baykara Vs. Turquía*, Application No. 34503/97, Sentencia de 12 de Noviembre de 2008, párrs. 85 y 86.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En segundo lugar, la Corte Europea constató que Turquía, derivado de éstos compromisos internacionales había modificado su constitución y había protegido este derecho en sede interna. Y finalmente, en tercer lugar, quizá el elemento con mayor peso en este caso fue que el Tribunal Europeo se dio a la tarea de constatar que, si bien el artículo 11 establecía una restricción sobre la posibilidad de que ciertos funcionarios públicos se asociaran y formaran sindicatos, la práctica interna de los Estados había modificado esta restricción que se había implantado en 1951 y que la mayoría, en ese momento, reconocía la sindicalización y la negociación colectiva de funcionarios públicos, incluidos los municipales; de esta manera la Corte Europea identifica esta práctica como *los valores comunes de los Estados miembros del Consejo de Europa*.

3) Aplicación de los criterios del caso Demir y Baykara en el Sistema Interamericano: una interpretación sinérgica entre en artículo 26 de la CADH y el Protocolo de San Salvador.

En el caso de los DESC, en el Sistema Interamericano, y su posible justiciabilidad directa en el artículo 26 de la CADH, el escenario comparado con el Sistema Europeo resultaría menos problemático, ya que esta interpretación sería mucho más sencilla pues, como se había mencionado, el artículo 26 es una norma que habilita la derivación de derechos de carácter social y la cual se pueden dotar de contenido con la naturaleza de los diferentes derechos sociales existentes, elemento que no se encuentra en la Convención Europea de Derechos Humanos ni en sus Protocolos adicionales.

En segundo lugar, en el Sistema Europeo, tanto el Convenio Europeo, como algunas de las disposiciones contenidas en sus Protocolos, así como la Carta Social, contienen derechos de carácter social, pero son dos los órganos que se encargan de verter jurisprudencia sobre esta temática, restringiendo la competencia material del Tribunal Europeo sobre la Carta Social, pues no es su cometido aplicarlo de manera directa en las controversias que se le presenten. En el caso del Sistema Interamericano, si bien la CADH no contiene “ningún” derecho social, si se contempla el desarrollo progresivo de *ciertos derechos que se deriven de las normas sobre educación, ciencia y cultura de la Carta de la Organización de Estados Americanos*; a lo anterior hay que sumarle la existencia del Protocolo de San Salvador, sobre los cuales la Corte Interamericana tiene competencia para interpretar las disposiciones de ambos instrumentos, por lo

que puede aplicar las disposiciones que se contengan en el Protocolo de San Salvador para ampliar el alcance de la obligación de progresividad contenida en la CADH.

Tal como sucedió en el caso *Demir y Baykara*, uno de los principales impedimentos alegados para derivar un derecho de la Carta Social Europea era la falta de competencia el Tribunal Europeo sobre ella. Esta problemática no se daría en el Sistema Interamericano pues tenemos que el Protocolo de San Salvador, con excepción de Chile y República Dominicana, ha sido ratificado por la mayoría de los Estados partes de la CADH y sobre los cuales ejerce jurisdicción contenciosa la Corte Interamericana, por lo que el instrumento que amplía los derechos en el Sistema Interamericano (como el equivalente a la Carta Social Europea) puede ser aplicado de manera directa. En este sentido Víctor Bazán, hace un señalamiento esquemático sobre una *trilogía de situaciones* en las que quedarían inmersos los Estados (como sujetos pasivos de denuncias individuales) según su nivel de compromiso con los diversos instrumentos interamericanos. Así, tenemos:

- a. Los Estados que son parte de la CADH, y que no han aceptado la competencia de la Corte y han ratificado el Protocolo de San Salvador, quedando vinculados por las disposiciones de la DADDH, la CADH, el Protocolo de San Salvador y los Principios de la Carta de la OEA.
- b. Aquellos Estados que son parte de la CADH y han aceptado la competencia del Tribunal Interamericano pero que no han ratificado el Protocolo de San Salvador. En este supuesto, se daría la alternativa de denunciar ante la CIDH en función de las cláusulas pertinentes de la DADDH, la CADH y la Carta de la OEA.
- c. Aquellos Estados que son miembros de la OEA pero no partes de la CADH y, naturalmente tampoco han reconocido la competencia de la Corte Interamericana. En este supuesto estaríamos ante posibles denuncias por los principios establecidos por la DADDH y la Carta de la OEA¹⁰³.

Inclusive en aquellos casos en los que teniendo competencia contenciosa la Corte Interamericana pero que no haya ratificado el Protocolo de San Salvador¹⁰⁴, para derivar

103. Bazán, Víctor, *Los derechos económicos, sociales y culturales ante la justicia constitucional y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. Pp. 654 en Eto Cruz, Gerardo, *Horizontes contemporáneos del derecho procesal constitucional, Liber Amicorum a Nestor Pedro Sagües, Tomo II*, CED- Tribunal Constitucional de Perú, Lima, 2011 y Aguilar Cavallo, Gonzalo, *¿Cuál es la doctrina de la CIDH en materia de derechos económicos, sociales y culturales?*, pp. 231 a 235 en Llanos Mardones, Hugo Ignacio y Picand Albónico, Eduardo, *Óp. Cit.*

104. Es decir, si el artículo 26 de la CADH remite a la normativa correspondiente de la Carta de la OEA sobre DESC, como apoya Courtis; si dicha receptiva de la Carta no se puede interpretar y aplicar en la órbita de los derechos humanos, sin integrar sus normas pertinentes con las correspondientes disposiciones de la DADDH que contiene y define los derechos

o dotar de contenido el artículo 26 de la CADH habría que ver aquellos instrumentos internacionales de los que el Estado en cuestión haya ratificado como podrían ser la Convención de los Derechos del Niño, la Convención para Eliminar todas las formas de Discriminación contra la Mujer, los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo o el Propio Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su articulado contienen disposiciones claras que hacen alusión a la protección de diversos derechos sociales. No sería la primera vez que la Corte Interamericana, ante la ausencia de la ratificación de un instrumento internacional acude a otros instrumentos que la auxilien para derivar obligaciones o derechos que le permitan ampliar las disposiciones del Pacto de San José. Ppor ejemplo, en el caso del *Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, ante la imposibilidad del derivar del Convenio No. 169 de la OIT sobre Pueblos y Indígenas y Tribales la obligación de consulta- por que el Estado no era parte de dicho Convenio- la Corte Interamericana al constatar que Surinam si había ratificado el PIDCP y del PIDESC, consideró que la misma obligación contenida en el Convenio No. 169 de la OIT se desprendía de las disposiciones de los Pactos Internacionales¹⁰⁵.

En tercer lugar, la Corte Europea le da un gran peso a los derechos sociales que se encuentran constitucionalizados dentro del Estado en cuestión, para poder también determinar que el Estado se encuentra obligado constitucionalmente en garantizar esos derechos desde la sede interna.

Finalmente, el diálogo jurisprudencial juega un papel muy importante al momento de determinar cuáles son los alcances que, a nivel interno, determinados derechos están teniendo. En lo tocante al SEDH, en el caso *Demir y Baykara*, el TEDH, constató que la práctica de la mayoría de los Estados de la Unión es, y ha sido, la de reconocer el derecho de asociación sindical a los funcionarios públicos así como el de negociación colectiva, por lo que este derecho esta garantizado, lo cual es una expresión *de los valores comunes de lo Estados*. En el caso del Sistema Interamericano, este diálogo ha

humanos esenciales a los que la Carta se refiere y para los Estados Miembros de la OEA es el texto que precisamente determina cuáles son esos derechos humanos consagrados en la Carta; si la Declaración contiene cláusulas relativas a los DESC; si la CADH en su artículo 29, inciso d, establece que ninguna de sus disposiciones puede interpretarse en el sentido de excluir o limitar el efecto que puedan producir la mencionada Declaración y otros actos internacionales de la misma naturaleza; si a esto le sumamos que el artículo 42 de la CADH asigna a la Comisión la promoción de los derechos derivados de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidos en la Carta de la OEA; por todo ello puede razonablemente conjeturarse que un Estado que no haya ratificado (aunque sí firmado) el Protocolo de San Salvador podría eventualmente y en ciertos casos ser denunciado en este campo ante la CIDH y potencialmente denunciado ante la Corte. Bazán, Víctor. Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos interno e interamericano, p. 582 en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Konrad Adenauer, Tomo II, 11 año, Uruguay.

105. Véase: *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172 y *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309.

sido de mayor ímpetu y el Tribunal Interamericano recurre en considerables ocasiones a la practica constitucional y jurisprudencial para fundamentar sus sentencias, al grado de reconocer que la practica latinoamericana, por ejemplo, en el caso del derecho a la consulta de pueblos indígenas, constituye un principio de derecho internacional; esto en palabras de la Corte Europea, la practica de protección de estos derechos (en el ámbito Europeo) refleja los valores comunes que tienen los Estados, por lo que ambos sistemas se hace una aproximación a un *ius constitutionale commune*¹⁰⁶.

Si bien en el SIDH presentamos un rasgo distintivo – el artículo 26 como *lex specialis* de los derechos sociales- que no se presenta en el Sistema Europeo, lo cierto es que el trabajo hermenéutico que se requiere en el SIDH debe ir más allá de la literalidad de los preceptos de la CADH y del Protocolo de San Salvador, ya que se deben tomar en cuenta las nuevas prácticas de los órganos internacionales en la materia de derechos sociales, la realidad de los instrumentos internacionales y las prácticas internas de los países de la región.

En este sentido la Corte Interamericana ya ha expresado, por ejemplo, que se debe analizar el valor y el significado de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, no a la luz de lo que se pensaba en 1948, cuando se adoptó, sino en el momento actual, ante lo que es hoy el Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos; además, debe tenerse en cuenta que la CADH y sus instrumentos regionales son instrumentos vivos que debe ser interpretados a la luz de las condiciones contemporáneas, y ninguna de sus cláusulas puede ser interpretada solamente a la luz de lo que podrían haber sido las intenciones de sus redactores hace más de cuarenta y siete años, debiéndose tener presente la evolución de la aplicación de la Convención a lo largo de los años¹⁰⁷. Si la Corte Interamericana quiere seguir siendo congruente con la interpretación evolutiva que le ha dado a otras disposiciones del propio Pacto de San José, no puede seguir escudándose en la intención de los Estados al momento de adoptar, en 1969, el Pacto de San José o en la imposibilidad de recurrir al derecho constitucional comparado interamericano y la practica de las Altas Cortes para negar la aplicación de una interpretación actual al artículo 26 de la Convención, a la luz de otras disposiciones interamericana e internacionales.

106. Para un mejor análisis sobre la temática, véase: Bogdandy, Armin Von, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela [Coords.], *La Justicia Constitucional y su Internacionalización. ¿Hacia un Ius Cosntitucionale Commune en América Latina?*, T. I y II [2011], IJ - UNAM; Bogdandy, Armin Von, Fix Fierro, Héctor y Morales Antoniazzi, Mariela [Coords.], *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, Potencialidades Y Desafíos*, [2014] IJ - UNAM.

107. Cfr. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, párr. 37.

V. Aportes y retos a los derechos economicos, sociales y culturales en el sistema interamericano

Con independencia del análisis vertido en el apartado anterior, que es uno de los temas trascendentales que se debe tomar en cuenta en este momento jurisprudencial del Tribunal Interamericano, el Sistema Interamericano, han dado señales de ir avanzando sobre determinados temas que se presentan hoy en la agenda interamericana en relación a los derechos sociales, por lo que podemos identificar aportes que se han materializado pero también nuevos desafíos que, posiblemente, se irán suscitando en el futuro.

1) Aportes del Sistema Interamericano en materia de DESC

a) Discriminación múltiple intersectorial

La panorámica del Sistema Interamericano tampoco es desoladora. Como se había mencionado, el caso de Talía González Lluy tuvo un gran impacto en el Sistema Interamericano. Además de ser el primer caso donde la Corte declaró violado el artículo 13 del Protocolo de San Salvador, se adoptó, por primera vez, el concepto de discriminación intersectorial múltiple. El Tribunal Interamericano hace la siguiente precisión sobre el tema educativo de Talía:

290. Como se observa, la Corte nota que en el caso Talía confluyeron en forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona viviendo con VIH. La discriminación que vivió Talía no sólo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente. En efecto, la pobreza impactó en el acceso inicial a una atención en salud que no fue de calidad y que, por el contrario, generó el contagio con VIH. La situación de pobreza impactó también en las dificultades para

encontrar un mejor acceso al sistema educativo y tener una vivienda digna. Posteriormente, en tanto niña con VIH, los obstáculos que sufrió Talía en el acceso a la educación tuvieron un impacto negativo para su desarrollo integral, que es también un impacto diferenciado teniendo en cuenta el rol de la educación para superar los estereotipos de género. Como niña con VIH necesitaba mayor apoyo del Estado para impulsar su proyecto de vida. Como mujer, Talía ha señalado los dilemas que siente en torno a la maternidad futura y su interacción en relaciones de pareja, y ha hecho visible que no ha contado con consejería adecuada. En suma, el caso de Talía ilustra que la estigmatización relacionada con el VIH no impacta en forma homogénea a todas las personas y que resultan más graves los impactos en los grupos que de por sí son marginados

La concepción de discriminación múltiple tiene un marcado origen anglosajón, pues fue en Estados Unidos, Reino Unido y Canadá, donde se dieron las primeras discusiones en el que se contempló la idea de que un individuo puede pertenecer a varios grupos de desventaja al mismo tiempo, sufriendo formas agravadas y específicas de discriminación¹⁰⁸. El concepto de discriminación múltiple¹⁰⁹ intersectorial¹¹⁰ dista de ser claro¹¹¹, pero parece evocar todas aquellas situaciones en las que dos o más factores

108. Fernando Rey, apunta que no es casual que el concepto haya sido acuñado en la literatura feminista afroamericana de los Estados Unidos en relación precisamente con las mujeres afroamericanas, que sufrirían una discriminación común a la de los varones de una minoría, pero también una discriminación por parte de ellos. Rey Fernando, *Igualdad y prohibición de discriminación*, p. 476 en Biglino, Paloma; María Bilbao, Juan; Rey, Fernando; Matia, Javier y Vidal, José Miguel (Coords.) *Lecciones de Derecho Constitucional II*, Lex Nova- Thomson Reuters, España, 2013.

109. Lo múltiple alude al carácter compuesto de las causas de discriminación. Un aspecto diferente lo constituye determinar la forma como, en algunos casos, interactúan esas causas entre sí, lo cual implica valorar si se proyectan en forma separada o en forma simultánea. Voto Concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot al *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 7.

110. La interseccionalidad de la discriminación no sólo describe una discriminación basada en diferentes motivos, sino que evoca un encuentro o concurrencia simultánea de diversas causas de discriminación. Es decir, que en un mismo evento se produce una discriminación debido a la concurrencia de dos o más motivos prohibidos. Esa discriminación puede tener un efecto sinérgico, que supere la suma simple de varias formas de discriminación, o puede activar una forma específica de discriminación que sólo opera cuando se combinan varios motivos de discriminación. Voto Concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot al *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 10.

111. Rosario Serra hace una distinción entre *discriminación múltiple*, *discriminación compuesta* y *discriminación intersectorial*. La primera la conceptualiza como aquella que se produce cuando una persona es discriminada por varios factores distintos y que operan a la vez. La segunda la concibe como una especie de discriminación adicional donde intervienen varios factores discriminatorios como en el caso de la discriminación múltiple, pero parecen actuar conjuntamente y la tercera la configura cuando varios factores de discriminación interactúan simultáneamente, produciendo una norma específica de discriminación. Adicionalmente, habla de *discriminación aditiva*, configurándose cuando una o más causas de discriminación concurren de forma acumulativa. Serra Cristóbal, Rosario, *La mujer como especial objeto de múltiples discriminaciones. La mujer multidiscriminada*, pp. 25 – 27 en Serra Cristóbal, Rosario, *La Discriminación múltiple* en los

o rasgos de discriminación interactúan simultáneamente produciendo una forma específica de discriminación. Es decir, se trata de supuestos en los que concurren dos o más rasgos sospechosos configurando una discriminación específica que no sufren ni los miembros de la mayoría, ni los miembros de la mayoría del grupo minoritario. En otras palabras el término discriminación intersectorial múltiple deberá utilizarse para identificar los casos en los que exista una minoría invisible y peor tratada dentro de la minoría¹¹².

Así, la discriminación intersectorial múltiple se refiere entonces a diversas bases o factores interactuando para crear un riesgo o una carga de discriminación única o distinta. La interseccionalidad es asociada a dos características. Primero, las bases o los factores son analíticamente inseparables como la experiencia de la discriminación no puede ser desagregada en diferentes bases. La experiencia es transformada por la interacción. Segundo, la interseccionalidad es asociada con una experiencia cualitativa diferente, creando consecuencias para esos afectados en formas que son diferentes por las consecuencias sufridas por aquellos que son sujetos de solo una forma de discriminación¹¹³. Este enfoque es importante porque permite visibilizar las particularidades de la discriminación que sufren grupos que históricamente han sido discriminados por más de uno de los motivos prohibidos establecidos en varios tratados de derechos humanos.

En el derecho internacional de los derechos humanos existen muy pocas referencias del uso de la discriminación múltiple intersectorial¹¹⁴. Por ejemplo la *Declaración de*

ordenamientos jurídicos español y europeo, Tirand- Monografías, Valencia, 2013.

112. Rey, Fernando, *Igualdad y prohibición de discriminación*, pp. 476 en Biglino, Paloma; María Bilbao, Juan; Rey, Fernando; Matia, Javier y Vidal, José Miguel (Coords.) *Óp. Cit.*

113. Asamblea General de Naciones Unidas, World Conference Against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance. "The idea of 'intersectionality' seeks to capture both the structural and dynamic consequences of the interaction between two or more forms of discrimination or systems of subordination". "Whatever the type of intersectional discrimination, the consequence is that different forms of discrimination are more often than not experienced simultaneously by marginalized women". A/CONF.189/PC.3/5 de 27 de julio de 2001, párrs. 23 y 32. Al respecto, el Comité de la CEDAW ha reconocido que la discriminación contra la mujer basada en el sexo y el género está indisolublemente vinculada a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, la condición jurídica y social, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual y la identidad de género. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas. Dictamen Comunicación Nro. 17/2008, *Alyne da Silva Pimentel Teixeira vs. Brasil*. CEDAW/C/49/D/17/2008 de 27 de septiembre de 2011, párr. 7.7.

114. Por otro lado, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha sostenido que algunos individuos o grupos sufren discriminación por más de uno de los motivos prohibidos, y que esa discriminación acumulativa afecta a las personas de manera especial y concreta y merece particular consideración y medidas específicas para combatirla. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Observación General No. 20, E/C.12/GC/20 de 2 de julio de 2009, párr. 17. Para que sea posible considerar una discriminación como "múltiple" es necesario que existan varios factores que motiven dicha discriminación. En similar sentido la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, adoptada por la Asamblea General de la OEA en junio de 2015, define la discriminación múltiple como "[c]ualquier distinción, exclusión o restricción hacia la persona mayor fundada en dos o más factores de discriminación". Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, aprobada por la Asamblea General de la OEA el 15 de junio de 2015, artículo 2.

Beijing (1995) en el Marco de la Cuarta Conferencia Mundial sobre Mujeres se refería a múltiples barreras que impiden algunos grupos de mujeres avanzar en la igualdad real¹¹⁵. En el Tribunal Europeo, en el caso *B.S. Vs. España*, ha sido la única ocasión en la cual ha hecho alusión a la discriminación por múltiples factores que han actuado de manera conjunta produciendo un tipo de discriminación específico¹¹⁶, desafortunadamente, el TEDH no ha profundizado en este concepto de discriminación, pero ha sido es la primera vez que reconoce un supuesto de discriminación por la confluencia conjunta de varios factores de exclusión¹¹⁷.

En el caso del Sistema Interamericano el concepto de interseccionalidad permite profundizar la línea jurisprudencial del Tribunal Interamericano sobre los alcances del principio de no discriminación, teniendo en cuenta que en el caso de Talía se configuró una discriminación múltiple asociada al carácter compuesto en las causas de la discriminación. La discriminación contra Talía estuvo asociada a factores como ser mujer, persona con VIH, persona con discapacidad, ser menor de edad, y su estatus socioeconómico. Estos aspectos la hicieron más vulnerable y agravaron los daños que sufrió. La intersección de estos factores en una discriminación con características específicas constituyó una discriminación múltiple que, a su vez, constituyó una discriminación interseccional, en el cual el factor económico fue determinante para que se garantizaran en el caso de Talía ciertos derechos sociales básicos que su condición de niña con VIH requería¹¹⁸.

b) Nuevos mecanismos de protección de DESC en el Sistema Interamericano

A lo anterior hay que sumarle las nuevas direcciones que el Sistema Interamericano esta teniendo. En 2013, la Comisión Interamericana acordó la creación de la *Unidad*

115. ONU, Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 4 al 15 de Septiembre de 1995, punto 32.

116. Cfr. *Caso B. S. Vs. Spain*, Application no. 47159/08, Sentencia del 24 de julio de 2014.

117. Serra Cristóbal, Rosario, *La mujer como especial objeto de múltiples discriminaciones. La mujer multidiscriminada*, pp. 36 en Serra Cristóbal, Rosario *Óp. Cit.*

118. Por ejemplo, en el caso *Artavia Murillo Vs. Costa Rica*, pese a que la Corte Interamericana menciona la condición económica como una forma de discriminación, ésta nunca se relaciona con otros factores. *Caso Artavia Murillo y otros [Fecundación in vitro] Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, párr. 303.

sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹¹⁹. Esta nueva unidad, tiene el mandato de colaborar en el análisis y evaluación del goce de estos derechos en las Américas, asesorar a la Comisión Interamericana en el trámite de peticiones, casos y solicitudes de medidas cautelares y provisionales en la materia, realizar visitar a los Estados y elaborar estudios e informes¹²⁰.

Además se han adoptado nuevos instrumentos interamericanos que hacen alusión a derechos sociales eminentemente como lo es la *Carta Social de las Américas* adoptada en el 2012 en Cochabamba, Bolivia y la *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos de las Personas Adultas*, en el 2015. Este último instrumento no tiene ningún tipo de restricción sobre la justiciabilidad de derechos sociales como el derecho a la salud, el derecho al trabajo, el derecho a la seguridad social, el derecho a la educación, el derecho a la cultura, el derecho al esparcimiento, al recreo y al deporte, el derecho a la vivienda, el derecho a un medio ambiente sano. Lo más innovador de esta Convención, además de ser la primera en su tipo a nivel mundial, es que adopta el concepto de Discriminación múltiple entendiéndola como cualquier distinción, exclusión o restricción hacia la persona mayor fundada en dos o más factores de discriminación enmarcando esta noción de no discriminación en la obligación de los Estados Parte desarrollarán enfoques específicos en sus políticas, planes y legislaciones sobre envejecimiento y vejez, en relación con la persona mayor en condición de vulnerabilidad y aquellas que son víctimas de discriminación múltiple, incluidas las mujeres, las personas con discapacidad, las personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género, las personas migrantes, las personas en situación de pobreza o marginación social, los afro descendientes y las personas pertenecientes a pueblos indígenas, las personas sin hogar, las personas privadas de libertad, las personas pertenecientes a pueblos tradicionales, las personas pertenecientes a grupos étnicos, raciales, nacionales, lingüísticos, religiosos y rurales, entre otros¹²¹.

119. Durante el 146º Periodo Ordinario de Sesiones, celebrado del 29 de octubre al 16 de noviembre de 2012.

120. Unidad sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Puede consultarse: <http://www.oas.org/es/cidh/desc/>

121. Cfr. Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, art. 2.

2) Retos del Sistema Interamericano sobre la justiciabilidad de los DESC

a) Hacia los derechos sociales de personas jurídicas

En el 2015 el Estado panameño presentó una solicitud de opinión consultiva a la Corte Interamericana sobre la interpretación y el alcance del artículo 1.2 de la CADH en relación con los alcances del derecho de huelga y se formar federaciones y confederaciones (artículo 8.1.a y b del Protocolo de San Salvador)¹²². A pesar de que esta solicitud de opinión consultiva aún no está decidida, la lectura del artículo 8.1.a del Protocolo nos puede dar una idea de las posibles implicaciones que tenga dicho precepto:

Los Estados partes garantizarán:

a. **El derecho de los trabajadores** a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. **Como proyección de este derecho**, los Estados partes **permitirán a los sindicatos formar** federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados partes también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente;

De una primera lectura de este precepto nos podemos dar cuenta que en realidad el artículo 8.1.a hace alusión a dos sujetos distintos titulares de derechos, por un lado tenemos a los trabajadores que tienen derecho a formar sindicatos y por otro a los sindicatos, como sujetos de derechos, a formar federaciones y confederaciones. Con independencia de lo que decida la Corte Interamericana en sus resolución de Opinión Consultiva lo cierto es que esto podría tener nuevas implicaciones al momento de hacer justiciables DESC en el ámbito interamericano pues hasta el momento ha sido una persona en lo individual, y no una persona colectiva, la que ha reclamado un derecho justiciable directamente¹²³. Adicionalmente, es de recordar que el Sistema Interamericano niega el *ius standi* de las personas jurídicas ante la CIDH y la Corte IDH¹²⁴.

122. La opinión consultiva puede consultarse en: http://www.corteidh.or.cr/solicitudoc/solicitud_14_11_14_esp.pdf.

123. Una primera aproximación de esta problemática se tiene en el informe de admisibilidad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos No. 15/15, Petición 37-05, *Trabajadores del Sindicato de Trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia*, 24 de marzo de 2015.

124. Núñez Marín, Raúl Fernando, *La Persona Jurídica como sujeto de los derechos humanos en el Sistema Interamericano*

b) La justiciabilidad de los DESC de los pueblos indígenas y tribales

Sin duda alguna, las sentencias que han versado en temas de comunidades indígenas y tribales en la Corte Interamericana han tenido un alto grado de derechos sociales involucrados y eso se ha dejado ver en las reparaciones¹²⁵ que el Tribunal Interamericano ha ordenado, pese a que no evalúa las afectaciones a derechos sociales o bien las subsume dentro de derechos como la vida, la integridad personal o el derecho a la propiedad indígena. Sin embargo, la Corte Interamericana en toda su jurisprudencia sobre esta temática, ha ignorado un tema trascendental para las comunidades indígenas como lo es la afectación que las industrias extractivas tienen sobre el medio ambiente donde éstos pueblos originarios se asientan¹²⁶.

Sobre la justiciabilidad de los DESC en contextos de industrias extractivas dentro de territorio indígena, en el caso del Pueblo Kichwa Vs. Ecuador, los representantes alegaron la violación del artículo 26, enfocado al derecho a la cultura; la Corte Interamericana no hizo alegato alguno sobre este derecho y el impacto que habían tenido la exploración petrolera sobre la cultura indígena de la comunidad Kichwa de Sarayaku. Frente a este gran vacío que deja la Corte Interamericana, siguiendo su doctrina jurisprudencial de subsumir derechos sociales en DCP, consideró violado el derecho a la consulta bajo la concepción del artículo 21 (Derecho a la Propiedad)¹²⁷.

Debemos ser conscientes que si bien la consulta es la principal garantía sobre cualquier intromisión a territorio indígena o tribal, lo cierto es que no permite que se desplieguen obligaciones específicas sobre derechos sociales que se encuentran vinculados con la propiedad territorial indígena como lo pueden ser el derecho a la

de *Derechos Humanos*, p. 209 en Revista *Perspectivas Internacionales*, Cali, Colombia, Vol. 6, No. 1, enero-diciembre, 2010 y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Pelayo Möller, Carlos, *Parte I- Deberes de los Estados y Derechos Protegidos, Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos* p. 62 en Steiner Christian y Uribe, Patricia (Coords.) *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada*, Konrad Adenauer Stiftung – Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2014. Véase la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Interamericano en esta materia en los casos: *Cfr. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74; *Caso Cantos Vs. Argentina. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 7 de septiembre de 2001. Serie C No. 85; *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíñez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170; *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195; *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.

125. Calderón Gamboa, Jorge, *La evolución de la reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Colección de Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2013, pág. 40.

126. *Cfr.* Góngora Maas, Juan Jesús, *El artículo 2º Constitucional ¿Prevalencia de la justicia inaccesible para los derechos territoriales de los pueblos indígenas en México?* pp. 262 a 284 en Guerrero Galván, Luis René y Pelayo Möller, Carlos María (Coords.), *100 años de la Constitución Mexicana: de las garantías individuales a los derechos humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2016.

127. *Cfr. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 137.

alimentación tradicional, a la salud tradicional, a la vida cultural, al agua, al medio ambiente o en caso de que sean desalojados forzosamente, el derecho a la vivienda; la consulta en este sentido, no tiene los alcances suficientes para poder permear obligaciones para salvaguardar éstos derechos, pues solamente se posiciona como una garantía de participación efectiva de la comunidad¹²⁸ y no tiene efectos reparadores sobre los otros derechos¹²⁹.

Recientemente los primeros pasos jurisprudenciales ya se están dando en la Corte Interamericana, ya que en el caso *Kaliña y Lokono Vs. Suriname* ésta considero que se debían extender las obligaciones de fiscalización y supervisión a las industrias extractivas que afectan el ambiente de comunidades indígenas y tribales; aunque la jurisprudencia lo sigue subsumiendo dentro del proceso de consulta, el Tribunal Interamericano habla ya sobre las obligaciones que tienen los Estados en conjunto con los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos frente al impacto ambiental que tengan las industrias extractivas¹³⁰. De esta forma, hoy en día, el Sistema Interamericano tiene una deuda pendiente con los pueblos indígenas y tribales en lo relativo a hacer justiciables en los instrumentos regionales e internacionales, sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales

VI. CONCLUSIÓN

Si bien el ex Juez Piza Escalante ponía en manifiesto la justiciabilidad de los DESC en 1984, a lo que él se refería es a la temática de la justiciabilidad indirecta de los derechos sociales a través de las otras disposiciones diferentes del artículo 26 de la Convención Americana. Esta postura es la que la Corte Interamericana ha desarrollado en su jurisprudencia a través de los principios de indivisibilidad e interdependencia, lo cual, en cierto modo, sesga el contenido de los derechos sociales, pues no se desarrolla su núcleo esencial. En este sentido, cuando se alega la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano no se hace en

128. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, párr. 56 .

129. *Cfr. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, párrs. 59 a la 63.

130. *Cfr. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, párrs. 213 a 226.

el sentido de desconocer el carácter normativo, competencial o procesal del artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador, ni a través de los principios de interdependencia e indivisibilidad para anclar DESC en derechos civiles y políticos. Cuando se recurre al término justiciabilidad directa se hace en el sentido de ofrecer otras alternativas para que los otros derechos que se encuentran dispuestos en dicho Protocolo sean exigibles ante los órganos del Sistema Interamericano tomando en cuenta precisamente que todos los derechos son interdependientes e indivisibles.

El que el Tribunal Interamericano consolide una línea jurisprudencial sobre la justiciabilidad de los DESC a través del artículo 26 en el Sistema Interamericano es de vital importancia para las personas que se encuentran bajo la jurisdicción y protección internacional de éste órgano, ya que si bien en sede interna se han emitido pronunciamientos protegiendo derechos de naturaleza social lo cierto es que en muchas ocasiones no se materializa su cumplimiento. Además, la Corte Interamericana si procediera a conocer sobre las violaciones de derechos sociales tendría la oportunidad de proporcionar un piso mínimo de obligaciones que los Estados, bajo la competencia contenciosa de la Corte, se verían comprometidos a velar por su cumplimiento y garantía.

Como se ha visto, la justiciabilidad directa de los DESC en el SIDH es posible a través de diversas formas interpretativas que se le den al artículo 26 de la Convención; en efecto el artículo 26 puede ser interpretado en dos vertientes, una que pudiera ser muy restrictiva- viendo los argumentos que se han emitido contra la justiciabilidad de los DESC ante el Tribunal Interamericano- lo que podría ocasionar que se atente contra el objeto y fin de la Convención Americana y reducir al absurdo- *reductio ad absurdum*- la protección que brinda el Pacto de San José por simples formalismos. Por otro, tomando en consideración los propios criterios evolutivos del Tribunal Interamericano, dotar de contenido el artículo 26 a través de otros instrumentos internacionales – incluido el Protocolo de San Salvador- que pudieran expandir el contenido de dicha disposición ayudaría en gran medida a solucionar los graves problemas de desigualdad que existen en nuestro hemisferio, pues la falta de servicios sociales básicos tienen un alto impacto en el nivel de vida de las personas.

La importancia de la justiciabilidad directa de otros derechos no contemplados en el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador radica en la posibilidad que tengan las personas en la región interamericana para poder reclamar directamente derechos de naturaleza social ante las instancias internacionales interamericanas con la certeza de que las obligaciones que de esa eventual responsabilidad emanen, emitirán un contenido de obligaciones específicas para reparar integralmente a las víctimas¹³¹, ya

131. Cfr. Ventura Robles, Manuel, *Impacto de las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y*

que los Estados hoy en día presentan un proceso en el que las Altas Cortes recurren a la Corte Interamericana para justificar sus decisiones jurisdiccionales¹³² y en donde el principal protagonista, es la Corte Interamericana y la jurisprudencia que emana.

El panorama no es desesperanzador, el Sistema Interamericano también ha propugnado por ir avanzando lentamente en esta temática urgente en nuestra región, y en ello podemos ver los aportes que, poco a poco, se han ido materializando ante la Organización de Estados Americanos y, además, lo que el futuro depare para la interpretación de las disposiciones de la Convención Americana y de Protocolo de San Salvador. Hoy en día la experiencia comparada- tanto entre Tribunales Internacionales como entre Cortes Nacionales- es un gran incentivo para que el derecho siga evolucionando. Precedentes como el del Tribunal Europeo, en el caso *Demir y Baykara*, en donde pese a diversos obstáculos, se logran consagrar derechos que no están expresamente establecidos dentro del CEDH y, hasta cierto punto, dotarlos de autonomía, son muestra de que con una visión más amplia de las nuevas realidades actuales en la protección internacional de los derechos humanos se puede materializar la justiciabilidad de DESC; más que buscar limitaciones y obstáculos a la exigencia de los derechos sociales, los organismos supranacionales de protección de derechos humanos también están llamados a interpretar de manera más favorable las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos, de lo contrario, sería condenar un campo fértil de protección de derechos humanos a una sequía en la región.

aportes a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, pp. 139 a 156 en Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, No. 56, Julio- Diciembre 2012, San José, Costa Rica y Cañado Trindade, Augusto Antonio, *La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: la contribución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, pp. 283 a 314 en Aznar Gómez, Mariano, *Estudios de Derecho Internacional y Derecho Europeo en Homenaje al Profesor Manuel Pérez Gonzáles*, Universidad de Coruña, Universidad de Santiago de Compostela y Tirand lo Blanch, Valencia, 2012.

132. Puede verse en este sentido la obra: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (Coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Universidad Nacional Autónoma de México y Tirand lo Blanch, México, D.F. 2013.

Protección de las personas privadas de libertad: aportes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la construcción de un *Ius Constitutionale Commune*¹

Mariela Morales Antoniazzi

SUMARIO: I. Introducción. II. Aproximación empírico-contextual. III. Protegiendo la vulnerabilidad: las personas privadas de libertad y el diálogo normativo multinivel. IV. La construcción de estándares en clave de diálogo. 1. Premisas esenciales del diálogo. 2. Diversidad de diálogos. V. Conclusión: un *ius constitutionale commune*.

I. Introducción

El reconocimiento de la plena vigencia de los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) para las personas privadas de libertad constituye una línea jurisprudencial reiterada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CortelDH).² Se trata de un grupo especialmente vulnerable en toda América Latina³ que hoy, más que nunca, reclama justicia.⁴ Por ello es imperativo avanzar en la

1. Una versión de este trabajo se publicó en la obra homenaje a Jorge Carpizo sobre Diálogos Judiciales, Tirant Lo Blanch, México [en prensa].

2. Cfr. BRICEÑO-DONN, M., "Personas privadas de libertad: una aproximación de la Corte Interamericana de derechos humanos", *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, REVENGA SÁNCHEZ, M./VIANA GARCÉS, A. (Eds.), Valencia, 2008, pp. 159-202, p. 161.

3. Un interesante estudio histórico de la discriminación en las cárceles como impedimento para lograr un Estado democrático en SEGATO, R. L., "El color de la cárcel en América Latina", *Nueva Sociedad*, N° 208, marzo-abril de 2007, pp. 142-161.

4. La Justicia brasileña condenó en abril de 2013 a 23 policías por su responsabilidad en el asesinato de 111 internos en el complejo penitenciario de Carandirú de Sao Paulo, la peor matanza carcelaria de Brasil, ocurrida en 1992. Disponible en:

interamericanización y consolidar la expansión de los estándares del sistema regional de protección de los derechos humanos en los respectivos órdenes domésticos y, paralelamente, fortalecer el creciente interés del órgano supranacional por los estándares nacionales, entendido como un proceso de diálogo del cual emergen fertilizaciones cruzadas,⁵ orientados a permitir una sistematización del derecho común de los derechos humanos en América Latina. Precisamente el diálogo entre Cortes es uno de los conceptos claves del proyecto “*ius constitutionale commune*”,⁶ impulsado por el Instituto Max Planck de derecho público comparado y derecho internacional público desde hace varios años.⁷ Tal como lo expone Eduardo Ferrer Mac Gregor, “transitamos hacia un “Sistema Interamericano Integrado” —con un ‘control de convencionalidad’ dinámico y complementario—, lo que está forjando progresivamente un auténtico *Ius Constitutionale Commune Americanum* como un núcleo sustancial e indisoluble para preservar y garantizar la dignidad humana de los habitantes de la región”.⁸

Es conocido que el fenómeno de las nuevas formas de interacción entre cortes constitucionales nacionales y regionales, especialmente en Europa y América Latina se comprende bajo el término “diálogos”⁹ y que la doctrina contemporánea admite que tal diálogo puede ser para el acuerdo o para el desacuerdo, de forma ordenada o

<http://www.elmundo.es/america/2013/04/21/brasil/1366562590.html>

5. En el entendido de influencias razonadas y conscientes. Cfr. AYALA CORAO, C., *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Caracas, 2012, p. 23.

6. Armin von Bogdandy, en una aproximación al concepto del *ius commune*, plantea una tríada de objetivos, conceptos y rasgos. Los tres objetivos son: avanzar en el respeto de los principios de los derechos humanos, del Estado de derecho, y de la democracia, desarrollar el Estado abierto y construir instituciones internacionales eficaces y legítimas. Los tres conceptos claves son diálogo, inclusión y pluralismo normativo. Por último, los tres rasgos esenciales se dirigen a presentar una ciencia del derecho público que abarca el derecho nacional e internacional, la argumentación se realiza con base en los principios y se le asigna una mayor importancia al derecho comparado. Cfr. VON BOGDANDY, A., *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*. Una aclaración conceptual desde una perspectiva europea, El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo, González Pérez, L. R./Valadés, D. [Coord.], UNAM, México, 2013, pp. 39-66.

7. *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. ¿Hacia un ius constitutionale commune latinoamericano?*, VON BOGDANDY, A./FIX FIERRO, H./MORALES ANTONIAZZI, M./FERRER MAC-GREGOR, E. [Coord.], México, 2011; PIOVESAN, F., “Proteção dos direitos sociais: desafios do ius commune sul-americano”, *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Vol. 77, N° 4, out./dez. 2011, pp. 102-139; GÓNGORA MERA, M. E., *Inter-American judicial constitutionalism: on the constitutional rank of human rights treaties in Latin America through national and inter-American adjudication*, San José, 2011; *La Justicia Constitucional y su Internacionalización. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?* Tomos I y II, VON BOGDANDY, A./FERRER MAC-GREGOR, E./MORALES ANTONIAZZI, M. [Coords.], México, 2010.

8. FERRER MAC-GREGOR POISOT, E., Voto razonado a 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.

9. Cfr. NOGUEIRA ALCALÁ, H., “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del tribunal constitucional en período 2006-2011”, *Estudios constitucionales*, vol. 10, n. 2, 2012, pp. 57-140; PIOVESAN, F., “Derechos humanos y diálogo entre jurisdicciones en el contexto latinoamericano”, *La tutela jurisdiccional de los derechos: Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*, VON BOGDANDY, A./UGARTEMENDIA, J. I./SAIZ ARNAIZ, A./MORALES ANTONIAZZI, M., [coord.], Oñati, 2012; GARCÍA ROCA, J./NOGUEIRA ALCALÁ, H./BUSTOS, R., “La comunicación entre los sistemas regionales americano y europeo de protección colectiva de los derechos humanos: el diálogo jurisdiccional entre la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo”, *Diálogo entre los Sistemas Europeo e Interamericano de Derechos Humanos*, Madrid, 2012, pp. 65-107.

desordenada.¹⁰ Pero lo más interesante e innovador en el ámbito interamericano surge, como apunta Manuel Góngora Mera, de la desmitificación del diálogo como mero mecanismo de inspiración o legitimación, para dar lugar tanto a citas (diálogo en sentido amplio) como a una verdadera interacción (diálogo en sentido estricto).¹¹

El presente análisis se focaliza en la construcción dialógica de estándares para garantizar los derechos de las personas privadas de libertad desde una perspectiva vinculada con la salvaguarda del **core** democrático de las sociedades suramericanas, tomando como base la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH). Interesa poner de relieve este enfoque en virtud de que actualmente se admite que el régimen democrático ha sido considerado *the only game in town* en la región y que su protección representa un acervo construido en las últimas décadas.¹² Existe un *acquis conventionnel* contenido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana de Derechos Humanos, los Protocolos y demás instrumentos complementarios, así como una jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que constituyen un acervo básico interamericano o patrimonio común en cuanto a los derechos humanos.¹³

No obstante, en el ámbito de los derechos de los grupos en situación de vulnerabilidad,¹⁴ que “encuentran obstáculos sociales y jurídicos, graves y específicos, que les impiden alcanzar y ostentar la titularidad de un elenco de derechos y una amplitud y profundidad en su goce equivalente a los que poseen los ciudadanos que no forman parte de dicho colectivo,”¹⁵ en particular los derechos de las personas privadas de libertad, se hace visible el déficit democrático persistente¹⁶ y la consecuente necesidad de reiterar el alcance de los parámetros establecidos. Un verdadero

10. BURGORGUE-LARSEN, L., “De la internacionalización del diálogo entre los jueces”, *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público*, VON BOGDANDY, A.; PIOVESAN, F.; MORALES ANTONIAZZI, M. (coord.), São Paulo/Rio de Janeiro, 2013, pp. 231-264.

11. GÓNGORA-MERA, M. E., “Interacciones y convergencias entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales nacionales”, *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público*, VON BOGDANDY, A.; PIOVESAN, F.; MORALES ANTONIAZZI, M. (coord.), São Paulo/Rio de Janeiro, 2013, pp. 334-335.

12. Cfr. COUSO SALAS, J., “Los desafíos de la democracia constitucional en América Latina: entre la tentación populista y la utopía neoconstitucional”, *Anuario de de Derechos Humanos*, Chile, 2010, p. 34.

13. Cfr. NOGUEIRA ALCALÁ, N., “El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno”, *Estudios Constitucionales*, Año 9, n. 2, 2011, pp. 17-76, p. 29.

14. CARMONA CUENCA, E., “La protección de categorías de personas especialmente vulnerables en el derecho español”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, n. 9, 2011, pp. 103-124.

15. MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., “Introducción: aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el Derecho europeo”, *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho europeo*, MARIÑO MENÉNDEZ/FERNÁNDEZ LIESA (Dirs.), Madrid, 2001, p. 21.

16. Se emplea la expresión deuda de la democracia. Cfr. CELS, Informe Anual 2008 - Capítulo III - *La situación carcelaria: una deuda de nuestra democracia*, pp. 1-44, Disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.cels.org.ar/com-mon/documentos/carceles_ja2008.pdf.

régimen democrático está determinado por sus características tanto formales como sustanciales, entendiendo que la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, más aun en los casos de violaciones masivas.¹⁷ La crisis carcelaria en América Latina arroja la vulneración sistemática de los derechos de los reclusos y por ello la importancia de examinar los estándares de protección así como las restricciones permitidas en una sociedad democrática, precisando las obligaciones positivas de los Estados.

Esta contribución se estructura en tres partes: primeramente se esquematizan los datos empírico-contextuales, luego se hace alusión al *instrumentarium* normativo multinivel que rige en los diez países de Suramérica objeto de estudio y seguidamente se definen los estándares de protección de las personas privadas de libertad en la jurisprudencia de la CorteIDH, revisándose el diálogo en casos específicos, a título ilustrativo y no exhaustivo. La conclusión está dirigida a enfatizar el impacto de estos estándares en la construcción del *ius commune*, no lineal, sino con oscilaciones y hasta retrocesos, pero fundamentado en el respeto a la dignidad humana del recluso como elemento esencial de la democracia.

II. Aproximación empírico-contextual

En muchas regiones del mundo se constata la grave violación de los derechos de las personas privadas de libertad y América del Sur no escapa a esta realidad. Por el contrario, uno de los factores de la “legalidad trunca” es el hecho de que más del 50% de la población reclusa no tiene proceso o condena.¹⁸ Aunado a la ausencia de políticas integrales (criminológicas, de derechos humanos, penitenciarias, de rehabilitación, de género, de justicia penal),¹⁹ se enumeran como problemas de mayor gravedad el hacinamiento y la sobrepoblación; las deficientes condiciones de reclusión, tanto físicas, como relativas a la falta de provisión de servicios básicos; los altos índices de violencia carcelaria y la falta de control efectivo de las autoridades; el empleo de la tortura con

17. CorteIDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, punto 239.

18. O'DONNELL, G./SCHMITTER, P., *Transitions from Authoritarian Rule Tentative Conclusions About Uncertain Democracies*, Baltimore, 1986.

19. Para un análisis reciente de la situación carcelaria, véase Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), *Cárcel y Justicia Penal en América Latina y el Caribe*, 2009, p. 28 y ss.

fines de investigación criminal; entre otros. Esta deuda social democrática tiene como trasfondo la paradoja de profesar en el discurso la protección de los derechos humanos en prisiones, pero en la praxis se niegan esos derechos, y las cárceles adoptan el modelo de “prisión-depósito”.²⁰

Como afirmó Rosa del Olmo, en la década de los 90 se produjo el llamado “silencio carcelario” en América Latina, debido a que parecía desvanecerse el interés académico por la cuestión penitenciaria.²¹ Sin embargo, recientemente se observa un renacimiento del abordaje de la protección de las personas privadas de libertad como grupo vulnerable. El estudio sobre la situación penitenciaria en los países de América Latina y el Caribe de Elías Carranza de 2011, destaca la gravedad de la problemática y sus elementos determinantes, a saber “alta violencia, numerosas muertes y delitos que ocurren al interior de los presidios, muchos de ellos cometidos en su interior pero con efectos fuera de ellos, y gravísimas violaciones a derechos humanos tanto de las personas privadas de libertad como de las personas funcionarias. La situación ha venido deteriorándose durante las tres últimas décadas (1980-2010), y ha escapado del control de los países a partir de la década de los noventa en la mayoría de los casos.” Las dos variables principales que aborda Carranza giran en torno a la falta de espacio, generadora de la sobrepoblación y el hacinamiento; y la falta de personal, que conlleva a la “anarquía y vacío de autoridad, que es llenado por los liderazgos emergentes y el surgimiento de grupos de autodefensa.”²²

Conforme a la tipología propuesta por Andrew Coyle, la acción concreta estatal en el ámbito penitenciario se orienta a “las condiciones físicas de detención; los contactos de los prisioneros con sus familiares y otras personas; el tratamiento especial que deben recibir las personas privadas de libertad en función de su situación específica (género, nacionalidad, edad, enfermedad, etc.); el personal de las prisiones y la supervisión independiente de las mismas”,²³ y en América Latina todos estos indicadores son deficitarios.²⁴ Amnistía Internacional en su informe al Comité contra la Tortura de Naciones Unidas para el 53 período de sesiones en noviembre de 2014, destacó que una fuente importante de la violencia y riesgo para la vida e integridad de

20. CELS, *Derechos humanos en Argentina Informe 2012*, Buenos Aires, 2012, p. 183 y s.

21. DEL OLMO, R., “Por qué el actual silencio carcelario?”, *Violencia, sociedad y justicia en América Latina*, Buenos Aires, 2002, p. 369 y s.

22. CARRANZA, E., “Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer?”, *Anuario de Derechos Humanos 2012*, Chile, 2012, pp. 31-66.

23. COYLE, A., “Prisiones y prisioneros: una revisión desde los estándares internacionales de derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos 2012*, Chile, 2012, pp. 17-29.

24. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Personas privadas de libertad. Jurisprudencia y doctrina*, Bogotá, 2006.

las personas privadas de libertad es la alta disponibilidad de armas de fuego dentro de las prisiones.²⁵ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su informe anual 2015, al incorporar a Venezuela en el Capítulo IV.B, advierte que la situación de las personas privadas de libertad en ese país “continúa siendo una de las más graves del continente. Lo anterior, debido a la violencia generada por la actividad de las bandas criminales que operan dentro de las cárceles; el tráfico de armas, incluidas armas de guerra y explosivos, en el que está involucrada la GNB; la impunidad en la que en la mayoría de los casos permanecen los hechos ilícitos cometidos dentro de las cárceles, particularmente por parte de los cabecillas de las bandas criminales (los llamados ‘pranes’ o como se les denomina oficialmente ‘líderes negativos’), y en general por la falta de control efectivo que ejerce el Estado al interior de los centros penales.”²⁶ Los datos empíricos muestran una significativa incidencia de casos relativos al problema penitenciario en la CorteIDH, por ejemplo, si se toman en cuenta las medidas provisionales que se encuentran bajo supervisión de la Corte en el Informe 2015, donde destacan los casos de Brasil y Venezuela.²⁷

En cuanto a la facticidad cabe acotar, junto con Víctor Abramovich, que la nota diferencial de la práctica de la tortura de las dictaduras y las democracias implica que en las primeras, las violaciones a los derechos humanos ocurrieron al amparo del terrorismo de Estado de los países del Cono Sur y afectaba a todas las clases sociales como herramienta de persecución política, mientras que en la actualidad es socialmente selectiva, en particular respecto a las personas privadas de libertad. Obedecen a un patrón ceñido a “personas jóvenes, en general del sexo masculino, que viven en los grandes centros urbanos y que pertenecen a grupos sociales desaventajados económicamente, o racial o étnicamente minoritarios.”²⁸

En este contexto, está claro que el desafío que enfrentan los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) respecto a los derechos de las personas privadas de libertad consiste en adoptar medidas tendentes a generar buenas prácticas en materia penitenciaria.²⁹ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

25. Informe de Amnistía Internacional para el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas, noviembre de 2014. Disponible en: <http://www.amnesty.org/es/documents/AMR53/020/2014/es/>.

26. Informe anual 2015 de la CIDH, p. 730. Disponible en: <http://www.oveprisiones.org/web/wp-content/uploads/Informe-Anual2015-Cap4-Venezuela-ES-1.pdf>.

27. Informe Anual CorteIDH 2015, p. 101. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_2015.pdf.

28. ABRAMOVICH, V., “Aportes para la implementación de los mecanismos nacionales de prevención de la Tortura en los países del MERCOSUR”, *Fortalecimiento de la prevención y prohibición de la tortura*, Buenos Aires, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, 2011, p. 75 y ss.

29. Consecutivas Resoluciones de la Asamblea General de la OEA reconocen la crisis penitenciaria. Cfr. AG/RES. 2668

no ha dejado de mantener como prioritaria sus actuaciones en lo concerniente a la situación de los privados de libertad en las Américas como grupo vulnerable, desde sus primeros informes de país de la década de los sesenta (Cuba 1962 y 1963, República Dominicana 1965 y 1966) como hasta los más recientes de este milenio (Venezuela y Honduras). A partir de 2004 se institucionalizó la figura del Relator sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas y la Asamblea General de la OEA instó a los Estados a invitarlo para visitar y atender la situación de las personas privadas de libertad en el Hemisferio.³⁰ Un dato empírico interesante se desprende de la evaluación del primer decenio del actual milenio (2000-2010) por cuanto la CIDH ejerció activamente su mandato contencioso en la materia.³¹

La CortelDH, igualmente, se ha pronunciado recurrentemente sobre las violaciones a los derechos de las personas privadas de libertad y la responsabilidad internacional de los diez países suramericanos en cuestión.³² Desde la Opinión Consultiva N° 16 de 1999 se ha venido afirmando que la protección de los derechos de los detenidos es una piedra angular de la consolidación de la democracia.³³ Debido a la gravedad de la problemática, ambos órganos del sistema interamericano han divulgado amplia y detalladamente los estándares de protección de este grupo vulnerable.³⁴ Dicho acervo se corresponde con los desarrollos del derecho internacional de los derechos humanos a nivel global, como se expone a continuación.

III. Protegiendo la vulnerabilidad: las personas privadas de libertad y el diálogo normativo multinivel

[XLI-O/11], 2011; AG/RES. 2592 [XL-O/10], 2010; AG/RES. 2510 [XXXIX-O/09], 2009; OEA, AG/RES. 2403 [XXXVIII-O/08], 2008; AG/RES. 2283 [XXXVII-O/07], 2007; AG/RES. 2233 [XXXVI-O/06], aprobada el 6 de junio de 2006.

30. Resolución AG/RES. 2037 [XXXIV-O/04], 2004.

31. En el período en cuestión, la CIDH aprobó 59 informes de admisibilidad y 29 informes de fondo, a la vez que otorgó 52 medidas cautelares.

32. Información disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/decisiones/corteidh.asp>.

33. CortelDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 26.

34. Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Integridad Personal y Privación de Libertad: (Artículos 7 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2010; CIDH. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64, 2011.

En Suramérica se pone en evidencia un diálogo multinivel a nivel de la normatividad. Este entrelazamiento de órdenes internacional, supranacional y nacional, como advierte Santiago Cantón, no supone bloqueo entre los mismos, sino refuerzo en la protección de los derechos humanos de la región.³⁵ Existe una total simetría entre los ordenamientos internos e internacionales al rechazar la tortura y prohibirla en términos absolutos, ya que es considerada como una norma de *ius cogens* por parte del ordenamiento jurídico internacional. Las Constituciones nacionales los diez países suramericanos estipulan el derecho a la integridad personal, incluso algunos textos también destacan este derecho para las personas privadas de libertad.³⁶ Desde 1955 se dictaron las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos³⁷ y hace más de dos décadas existe un consenso universal incuestionable acerca de los estándares de protección de los derechos humanos de las personas privadas de libertad.³⁸ Los Estados Partes de las Naciones Unidas tienen, conforme al artículo 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos la obligación positiva en favor de las personas especialmente vulnerables por su condición de personas privadas de libertad, que es complementaria a la prohibición de la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes prevista en el artículo 7 del Pacto.³⁹

Entre los instrumentos internacionales que juegan un papel relevante para este diálogo normativo se cuentan: Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, y su Protocolo Opcional; Convención sobre los Derechos del Niño; Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; Convención Internacional para la Protección

35. CANTÓN, S., "Prevención de la Tortura en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", *Fortalecimiento de la prevención y prohibición de la tortura*, Buenos Aires, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, 2011, p. 71.

36. La Constitución de Venezuela de 1999 es paradigmática, porque regula que "El Estado protegerá la vida de las personas que se encuentren privadas de su libertad..." [Art. 43]; dispone expresamente que " Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano " [Art. 46.2] y estipula que le corresponde al Estado garantizar " un sistema penitenciario que asegure la rehabilitación del interno o interna y el respeto a sus derechos humanos " [Art. 272].

37. Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

38. Estos estándares están expresados en los Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, de Naciones Unidas, del 9 de diciembre de 1988, y los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos, de Naciones Unidas, Adoptados y proclamados por la Asamblea General en su resolución 45/111, de 14-12-90. Disponible en: http://www2.ohchr.org/spanish/law/tratamiento_reclusos.htm. Sergio García Ramírez alude a estos principios como los estándares " que nadie repudia -dejando a salvo, por supuesto, las impugnaciones frontales contra el Derecho penal y la prisión misma ". *Cfr.* Sergio García Ramírez, Voto concurrente razonado en el caso Tibi vs. Ecuador, párr. 65.

39. Observación general N° 21, Trato humano de las personas privadas de libertad [Art. 10], Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, HRC, 44° período de sesiones (1992).

de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; Convención sobre el Estatuto de los Refugiados; Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes; Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, y sus Protocolos Adicionales de 1977; Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder; Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos; Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión;⁴⁰ Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el mejoramiento de la atención de la Salud Mental; Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos;⁴¹ Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing); Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad; Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de Libertad (Reglas de Tokio).

La Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal de las Naciones Unidas, en mayor de 2015, adoptó, mediante una revisión histórica de las normas internacionales sobre el tratamiento de los reclusos, las denominadas Reglas de Mandela, con el propósito de incluir amplias revisiones e incorporaciones a las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de la ONU (1955), que ya tenían 60 años. Sin duda, se recogen principios clave inspirados en la no discriminación, pero con una cobertura mayor al incorporar el principio de respeto a la dignidad humana y la prohibición inderogable de la tortura y de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (regla 1); se ordena que el sistema penitenciario no deberá agravar los sufrimientos inherentes a tal situación (regla 3); se resalta la adecuada reinserción de la persona en la sociedad tras su puesta en libertad (regla 4). Con el propósito de no debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a su dignidad como ser humano,

40. O.N.U., Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988. A título de ejemplo la Corte IDH cita el Principio 2 “[e]l arresto, la detención o la prisión sólo se llevarán a cabo en estricto cumplimiento de la ley y por funcionarios competentes o personas autorizadas para ese fin” y el Principio cuarto del mismo instrumento internacional que declara que “[t]oda forma de detención o prisión y todas las medidas que afectan a los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión deberán ser ordenadas por un juez u otra autoridad, o quedar sujetas a la fiscalización efectiva de un juez u otra autoridad”. *Cfr.* CorteIDH. *Tibi vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 septiembre de 2004. Serie C No. 114, párrs. 95 y 96.*

41. A modo enunciativo baste mencionarse que al referirse a la presunción de inocencia, se cita la Regla 84.2 indicando que se encuentra a la cabeza de las disposiciones sobre procesados. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Tibi vs. Ecuador*, del 7 de septiembre de 2004.

se proclama como objetivo la reducción al mínimo de las diferencias entre la vida en prisión y la vida en libertad (regla 5).⁴² Como elementos fundamentales se constatan la evolución y desarrollo de las reglas destinadas a atender la problemática derivada del retardo procesal, la violencia carcelaria, la escasez de personal penitenciario, el deterioro de las edificaciones, el hacinamiento y el ocio carcelario y el irrespeto de los *desc*, en base a la necesidad del trato humano y digno.

Evidentemente, para el acervo del *ius commune* es esencial el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, que en su Art. 10 establece tres obligaciones principales para los Estados: i) tratar humanamente a quienes son privados de la libertad; ii) separar, tanto a los procesados de los condenados, como a los menores de los adultos; y iii) asegurar que el régimen penitenciario sea un tratamiento resocializador. Por otra parte, el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes introduce la obligación para los Estados Parte de establecer o designar un Mecanismos Nacional de Prevención. A través de un sistema de visitas periódicas a los lugares de detención por grupos de expertos independientes se busca examinar el trato otorgado a las personas privadas de libertad.

En el ámbito interamericano, junto a la Declaración Americana y la Convención Americana, en particular sus disposiciones relativas a la vida, al trato humano y a la libertad personal,⁴³ se han dictado diferentes regulaciones como: Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. El Art. 5 de la CADH les impone obligaciones similares a las internacionales y hace énfasis en el derecho a la integridad personal que tienen las personas privadas de la libertad. Igualmente, la Resolución 1/08 de la CIDH contempla los “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de libertad en las Américas”, que recogen el consenso de los Estados, en particular los deberes de investigación de las situaciones irregulares, la determinación de responsabilidades individuales de los funcionarios y la adopción de medidas de no

42. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos [Reglas Mandela]. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/commissions/CCPCJ/CCPCJ_Sessions/CCPCJ_24/resolutions/L6_Rev1/ECN152015_L6Rev1_s_V1503588.pdf

43. En la DADH se expresa de modo imperativo en el Artículo XXV que todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene a un tratamiento humano durante la privación de su libertad y el Art. 5 de la CADH contiene mandamientos específicos garantistas, por ejemplo que toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano [Art. 5.2. frase 2], que las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados [Art. 5.6], sumadas a la garantía de la libertad personal [Art. 7].

repetición. Este instrumento prevé expresamente las visitas e inspecciones periódicas institucionales a los lugares de privación de libertad.⁴⁴

En el plano del Mercosur, iniciativa integracionista que trasciende el mero componente económico y abarca una dimensión político-social, se notan avances normativos en cuanto a los derechos humanos.⁴⁵ Un hito importante lo representa la creación del Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos (IPPDH) en 2009, órgano consultivo, que tiene la atribución de “contribuir a la consolidación de los derechos humanos como eje fundamental de la identidad y desarrollo del Mercosur”, aspecto nada despreciable para potenciar una visión colectivizada y evitar que sea solamente una sumatoria de pautas nacionales. Esta agencia coopera, cuando expresamente sea solicitado por los Estados Partes, en el diseño (y posterior consecución) de políticas públicas en el ámbito de los derechos humanos; la implementación de los medios que permitan una más efectiva y eficaz protección de los derechos constitucionales y convencionales; y la adopción de los estándares internacionales plasmados en los instrumentos de derechos humanos de los sistemas interamericano y de la ONU. En esencia persigue contribuir a la armonización normativa entre los Estados Partes en materia de promoción y protección de los derechos humanos.⁴⁶

El IPPDH ha formulado una propuesta para apalancar el sistema de prevención de la tortura en el marco de la realización de visitas periódicas y sorpresivas a los lugares de detención. En este sentido, ha diagnosticado el estado actual de la implementación de los Mecanismos Nacionales de Prevención de la Tortura, ideados por el Protocolo Facultativo.⁴⁷ Se hace un llamado a utilizar como guía, en la medida de lo conducente, los Principios relativos al estatuto de las Instituciones Nacionales de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, conocidos como Principios de París, del mismo modo que se advierte la necesidad de transparencia en el procedimiento de designación del Mecanismo y la idoneidad ética y técnica de sus miembros, como lo reglamenta el Artículo 18.1 del Protocolo Facultativo.

44. Conforme a la CIDH, actualmente catorce Estados miembros de la OEA han ratificado el Protocolo Facultativo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (OP-CAT): Argentina (15/11/04), Bolivia (23/11/06), Brasil (12/01/07), Chile (12/12/08), Costa Rica (01/12/05), Ecuador (20/07/10), Guatemala (09/06/08), Honduras (23/05/06), México (11/04/05), Nicaragua (25/02/09), Panamá (02/06/11), Paraguay (02/12/05), Perú (14/09/06) y Uruguay (08/12/05). Nueve de estos Estados han adoptado leyes creando sus mecanismos nacionales de prevención.

45. IZQUIERDO, S., “Los procesos regionales y los derechos humanos. La experiencia europea y el recorrido del Mercosur,” *Mercosur, Sociedad Civil y Derechos Humanos*, Montevideo, 2005, p. 3.

46. Lineamientos para el Plan Estratégico 2010-2012. Disponible en: <http://www.ippdh.mercosur.int/Documento/Details/11>.

47. ABRAMOVICH, V., “Aportes para la implementación de los mecanismos nacionales de prevención de la Tortura en los países del Mercosur”, *Fortalecimiento de la prevención y prohibición de la tortura*, Buenos Aires, 2011, p. 75 y ss.

El IPPDH manifiesta una actitud dialógica con el nivel internacional. Los cuatro Miembros fundadores del Mercosur ya han transitado hacia el diálogo normativo. En Uruguay se sancionó una ley que crea la Institución Nacional de Derechos Humanos (INDDHH), que contempla, entre sus funciones, actuar como Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura.⁴⁸ En Paraguay, en fecha 20 de abril de 2011, fue promulgada la ley que crea una nueva entidad que cumplirá las funciones de Mecanismo de Prevención de la Tortura en ese país. El Congreso de la Nación de Argentina dictó a finales de 2012 la ley que crea el Sistema de Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, sumándose a los Mecanismos Provinciales que ya se encuentran en pleno proceso de implementación. En Brasil, según el reporte del IPPDH, el 3 de octubre de 2011, el Poder Ejecutivo Nacional presentó formalmente al Congreso un proyecto de ley para crear el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura.⁴⁹

Hay claras señales de interacción entre los distintos órdenes normativos regulatorios de los derechos humanos, postura que revela el constitucionalismo multinivel suramericano de nuestros tiempos. En la medida en que la protección no está reducida al dominio estatal sino que es un ámbito de legítimo interés internacional, se avanza en la obligación de cumplir los pactos internacionales sobre derechos humanos como Estados Partes de los mismos.⁵⁰ Tal obligación representa una de las ideas básicas del constitucionalismo moderno, que trasciende las fronteras de los Estados.⁵¹ Como acertadamente apunta Agustín Gordillo, se ha configurado una supranacionalidad operativa en materia de derechos humanos, con un orden jurídico operativo, directa e inmediatamente aplicable en los ordenamientos internos y por los jueces y demás órganos nacionales del Estado.⁵² El *acquis conventionnel* del sistema interamericano y el *acquis communautaire* del Mercosur deben ser complementarios y no dicotómicos. Como afirma Flávia Piovesan, “los diversos sistemas de protección de derechos humanos interactúan en beneficio de los individuos protegidos. Al adoptar el valor de la primacía de la persona humana, estos sistemas se complementan, sumándose al

48. En el texto de la ley, Art. 35 f) se dispone que una de las facultades del Consejo Directivo de la INDDHH será ingresar, con o sin previo aviso a los lugares de detención, hospitales, establecimientos militares y cualquier otro establecimiento en que existan personas privadas de libertad o en régimen de internación.

49. El gobierno federal, creó en 2006 el Comité Nacional de Combate y Prevención a la Tortura y la mayoría de los estados cuenta con colegiados formados por representantes del Poder Ejecutivo, Judicial, del ambiente académico y de la sociedad civil organizada. Cfr. Por dentro de Brasil. Derechos Humanos, Mujeres e Igualdad racial. Disponible en: <http://www.brasil.gov.br/para/prensa/articulos-de-referencia/por-dentro-de-brasil-derechos-humanos-mujeres-e-igualdad-racial>.

50. PIOVESAN, F., *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, Sao Paulo, 2012, p. 227.

51. Una de las ideas que recoge la Revista *Global Constitutionalism Human Rights, Democracy and the Rule of Law*, KUMM/LANG/MADURO/WIENER/TULLY, Vol. 1, n. 3, 2012.

52. GORDILLO, A., *Derechos Humanos*, Buenos Aires, 2005, p. III.3.

sistema nacional de protección, a fin de proporcionar la mayor efectividad posible en la tutela y promoción de los derechos fundamentales. Esta es incluso la lógica y premisas propias del Derecho de los Derechos Humanos”.⁵³

Desde 1948, el Preámbulo de la DADH se perfiló por afirmar que la estipulación de los derechos esenciales del hombre allí contenida está *unida* a las garantías ofrecidas por el régimen interno de los Estados. Del mismo tenor es el pronunciamiento del Preámbulo de la CADH al reconocer “que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos.” Han sido los propios que han expresado su voluntad de configurar al sistema de modo coadyuvante, como herramienta eficaz para garantizar la efectiva protección de los derechos, por cuanto existe la expectativa de que la incorporación del derecho internacional aumenta los niveles de efectividad del derecho interno.⁵⁴

Por ello es posible afirmar que los instrumentos internacionales, interamericanos e incluso los de integración económica, como es el caso del Mercosur, perfilan un diálogo multinivel, caracterizado esencialmente por una convergencia orientada a fortalecer la estrategia más efectiva en materia de prevención de la tortura: las visitas periódicas intempestivas a las instituciones de privación de la libertad de las personas. Venezuela, sin embargo, es la excepción que confirma la regla. Cabe acotar que Venezuela, que forma parte del Mercosur plus (los fundadores y el nuevo miembro pleno) está a la zaga, pues no sólo no ha ratificado el Protocolo Facultativo, sino que denunció la CADH. Mediante resolución de 20 de noviembre de 2015, la Corte decidió dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 65 de la Convención Americana, con base en que constató, *inter alia*, que Venezuela no presentó los informes sobre la implementación de las reparaciones pendientes de cumplimiento, requeridos mediante resoluciones de supervisión de 2011 y febrero de 2012, ni remitió escrito alguno al Tribunal, entre otros, por el caso Montero Aranguren, referidos a las personas privadas de libertad y condiciones carcelarias.⁵⁵

53. PIOVESAN, F., “Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: Perspectivas Global e Regional”, *Direitos Humanos, Democracia e República*, DE MESQUITA BENEVIDES/BERCOVICI/DE MELO (Coords.), São Paulo, 2009, p. 460 y ss.

54. VERESHCHETIN, V. S., “New Constitutions and the Old Problem of the Relationship between International Law and National Law”, *European Journal of International Law*, Vol 1, 1996, p. 2 y ss.

55. Informe anual 2015 CorteIDH, p. 83. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_2015.pdf

IV. La construcción de estándares en clave de diálogo

El “diálogo jurisprudencial” entre la Corte Interamericana y los órganos judiciales a nivel doméstico o viceversa es una herramienta válida para avanzar en la efectivización del *ius commune* democrático garantista de los derechos humanos, especialmente de un grupo vulnerable como son las personas privadas de libertad. Este apartado se dedica, por tanto, a las premisas del diálogo y los distintos diálogos.

1. Premisas esenciales del diálogo

En materia de privación de libertad, la CorteIDH desarrolla sus estándares conforme al parámetro de la garantía de los derechos en democracia. La regla general que aplica la jurisprudencia de la CorteIDH es la plena vigencia de los derechos consagrados en la Convención para las personas privadas de libertad y reitera su línea jurisprudencial en cuanto a que una restricción sólo se justifica si es absolutamente necesaria en el contexto de una sociedad democrática.⁵⁶ En el razonamiento de la Corte, si bien la privación de libertad puede tener efectos colaterales ineludibles en la restricción del goce de otros derechos humanos,⁵⁷ dicha restricción sólo es justificable ante el Derecho Internacional cuando es necesaria en una sociedad democrática.⁵⁸ Los derechos como la vida, la integridad personal, la libertad religiosa y el debido proceso deben ser efectivamente respetados y garantizados como los de cualquier persona no sometida a privación de libertad.⁵⁹

La CorteIDH ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales,⁶⁰ lo que implica su carácter esencial en la garantía de los derechos en la democracia. Derivada del artículo 8.2 de la Convención, la Corte interpreta la obligación del Estado de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios en una sociedad democrática y recoge así “el consenso acerca de la disminución de la prisión preventiva como exigencia

56. *Cfr.* CorteIDH. Caso Instituto de Reeducación vs. Paraguay, BRICEÑO-DONN, M., “Personas privadas de libertad: una aproximación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, REVENGA SÁNCHEZ/VIANA GARCÉS (Eds.), Valencia, 2008, pp. 159-202, p. 161.

57. *Cfr.* CorteIDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 108; CorteIDH. Maritza Urrutia vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párr. 87.

58. *Cfr.* CorteIDH. Caso Instituto de Reeducación vs. Paraguay, párr. 154, relacionado con el Artículo 5 del Protocolo de San Salvador.

59. *Cfr.* CorteIDH. Caso Instituto de Reeducación vs. Paraguay, párr. 155.

60. *Cfr.* CorteIDH. Caso Tibi vs. Ecuador, párr. 180.

mínima del sistema penal en una sociedad democrática.”⁶¹ En efecto, la Corte dicta sus estándares en lo concerniente a la prisión preventiva y a la privación arbitraria de la libertad en función del parámetro de la sociedad democrática. Afirma que la prisión preventiva, como medida más severa a aplicar ante la comisión de un delito, tratándose de una medida cautelar y no punitiva,⁶² debe cumplir los requisitos indispensables en una sociedad democrática, esto es, tiene carácter excepcional y está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad.⁶³ Agrega la Corte que, para evitar la arbitrariedad e ilegalidad de las detenciones practicadas por el Estado, los procedimientos de *habeas corpus* y amparo representan garantías judiciales indispensables para salvaguardar otros derechos no susceptibles de suspensión (Art. 27 de la CADH) y tienen por finalidad preservar la legalidad en una sociedad democrática.⁶⁴ Según la Corte, las sanciones en la democracia deben ser graduales, proporcionadas y adoptarse con estricto respeto a los derechos de la persona, razón por la cual corresponde a los jueces el deber de verificación cuidadosa de la efectiva existencia de las conductas ilícitas.⁶⁵

De modo reiterado la Corte hace un reconocimiento tanto de la existencia de la facultad como de la obligación del Estado de garantizar la seguridad y mantener el orden público, en especial dentro de las cárceles,⁶⁶ pero advierte que todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana [...] en violación del artículo 5 de la Convención Americana.⁶⁷ El Estado no puede desbordar el uso de la fuerza con consecuencias letales para los internos en centros penitenciarios, que está prohibido como regla general y sólo pueden utilizarse cuando sea absolutamente necesario y estrictamente inevitable para proteger una vida” y han resultado ineficaces otras medidas menos extremas. Siempre rige la regla de la necesidad, excepcionalidad y proporcionalidad, todo en conformidad con los parámetros de la sociedad democrática, concediendo prioridad al deber de prevención por parte del Estado. Cualquier uso

61. AGUIAR ARANGUREN, A., *El derecho a la democracia*, Caracas, 2008, p. 67.

62. Cfr. CortelDH. Caso Acosta Calderón vs. Ecuador, párr. 75; CortelDH. Caso Tibi vs. Ecuador, párr. 106.

63. CortelDH. García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, párr. 106.

64. CortelDH. Caso Tibi vs. Ecuador, párr. 128.

65. CortelDH. Caso Cruz Florez vs. Perú, párr. 81.

66. Cfr. Caso del Centro Penitenciario Regional Capital Yare I y II, considerando décimo quinto; Internado Judicial de Monagas (La Pica), considerando décimo séptimo, y Caso Neira Alegría y otros, párr. 75.

67. CortelDH. Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 197; Corte IDH. Cantoral Benavides vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C No. 69, párr. 96.

desproporcionado de la fuerza acarrea la responsabilidad estatal.⁶⁸

La protección que brinda la Corte a las personas privadas de libertad muestra como singularidad que no sólo se realiza por medio del sistema de casos individuales, sino que también comprende el examen de situaciones generales relacionadas con las condiciones carcelarias que develan la crisis penitenciaria que afronta la región. De este modo tiene lugar una bifurcación de los estándares de protección de los reclusos, ya que, por una parte, la Corte en su tarea de resolver acerca de la convencionalidad de los actos de los Estados (confrontando actos y situaciones generados en el marco nacional con las disposiciones de los tratados internacionales que le confieren competencia), dispone la responsabilidad de éste cuando figura como parte formal y material en un proceso; pero por otra parte, la CortelDH dicta orientaciones generales esenciales para los Estados partes en la Convención en materia de los derechos humanos de los reclusos.⁶⁹

a. El respeto a la dignidad humana del recluso como elemento esencial de la democracia

La CortelDH interpreta el Art. 5.2 de la Convención bajo el entendiendo que toda persona privada de la libertad tiene derecho a vivir en una situación de detención compatible con su dignidad personal.⁷⁰ La Corte IDH afirma que en las “instituciones totales”, donde la libertad de la persona se halla de *iure* y de *facto* suprimida –o radicalmente coartada–, es particularmente intenso el deber de garante a cargo del Estado (deber que comprende, en la especie, reconocimiento, respeto y garantía) y tiene su fundamento en el respeto de la dignidad humana.⁷¹ El respeto a la dignidad humana se erige

68. Como tráfico de armas y drogas, la formación de bandas y la subcultura de violencia. CortelDH. Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. Sentencia 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 70.

69. Cfr. MELÉNDEZ, F., “Los derechos de las personas privadas de libertad en las Américas. Comentarios sobre la jurisprudencia y doctrina del sistema interamericano”, México, 2006, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/penal/pdf/11-554s.pdf>.

70. CortelDH. Caso Neira Alegría y otros vs. Perú. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20, párr. 60; CortelDH. Lori Berenson Mejía vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 102; CortelDH. Caso Tibi vs. Ecuador, párr. 150; CortelDH. Caso Cantoral Benavides vs. Perú, párr. 87; CortelDH. Caso Bulacio vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 126; CortelDH. Caso Durand y Ugarte vs. Perú. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 78; CortelDH. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, párr. 195; CortelDH. Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay, párr. 151; CortelDH. Caso De la Cruz Flores vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115, párr. 124.

71. Cfr. CortelDH. Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. Sentencia 5 de julio de 2006. Serie C No. 150; CortelDH. Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Convocatoria a Audiencia

como principio rector en materia de la protección de personas privadas de libertad y la Corte da una amplia cobertura a la obligación que el Estado tiene de garantizar el derecho a la vida y a la integridad personal en función de su papel como responsable de los establecimientos de detención, por lo que “es el garante de estos derechos de los detenidos.⁷² Existe una especial relación e interacción de sujeción entre el interno y el Estado, lo que implica responsabilidades particulares y toma de iniciativas para garantizar condiciones de vida digna.⁷³ La prohibición de cualquier lesión sufrimiento, daño a la salud o perjuicio que sufra la persona privada de libertad conforme al Art. 5.2 CADH se complementa con la finalidad esencial de reforma y readaptación reconocida a la pena privativa de libertad por el Art. 5.6 de la CADH.⁷⁴

Para preservar la legalidad democrática el Tribunal de San José interpreta como formando parte del núcleo inderogable el derecho a ser tratado con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, que además no es susceptible de suspensión en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados Parte.⁷⁵ La Corte otorga la máxima cobertura a la protección de la dignidad humana al señalar que ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana.⁷⁶

b. La tortura a los reclusos como violación de un valor básico de la sociedad democrática

Como lo expresa Antonio Cançado Trindade al resaltar la jurisprudencia europea en este ámbito, la prohibición absoluta de la tortura (inclusive en tiempos de guerra y otras emergencias nacionales) da cuenta de uno de los valores fundamentales de las

Pública Medidas Provisionales Respecto de la República Bolivariana de Venezuela Asuntos Internado Judicial de Monagas (“La Pica”); CortelDH. Centro de Reeducción del Menor vs. Paraguay. Sentencia del 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 153; Corte IDH. Asunto de Penales Peruanos respecto Perú, 27.01.93, entre otras.

72. CortelDH. Caso Durand y Ugarte vs. Perú, párr. 78; CortelDH. Caso Neira Alegría y otros vs. Perú, párr. 60; CortelDH. Caso Cantoral Benavides vs. Perú, párr. 87.

73. CortelDH. Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay, párr. 153.

74. CortelDH. Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú, párr. 101; Igualmente, CortelDH. García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú, párr. 223; CortelDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, párr. 314.

75. CortelDH. Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. Sentencia 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 85; CortelDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, párr. 274; CortelDH. Ximenes Lopes vs. Brasil. Fondo. Sentencia de 4 julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 126; CortelDH. Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay, párr. 157.

76. CortelDH. Caso Durand y Ugarte vs. Perú, párr. 69.

sociedades democráticas contemporáneas. Se trata de afirmaciones categóricas de los tribunales de derechos humanos, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como la CorteIDH, que estiman la prohibición absoluta de la tortura como uno de los valores más fundamentales de la democracia.⁷⁷ El carácter absoluto de la prohibición lo ha ratificado el Tribunal de San José cuando dispone en sus sentencias que “el derecho a la integridad personal es de tal importancia que la Convención Americana lo protege particularmente al establecer, *inter alia*, la prohibición de la tortura, los tratos crueles, inhumanos y degradantes y la imposibilidad de suspenderlo durante estados de emergencia”.⁷⁸

La CorteIDH ha advertido “que la circunstancia de que un Estado sea confrontado con una situación de terrorismo no debe acarrear restricciones a la protección de la integridad física de la persona. Específicamente, la Corte ha señalado que [t]odo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana [...] en violación del artículo 5 de la Convención Americana. Las necesidades de la investigación y las dificultades innegables del combate al terrorismo no deben acarrear restricciones a la protección de la integridad física de la persona.”⁷⁹ En consecuencia, se rechaza de modo categórico esta práctica y se resalta que la prohibición de la tortura es consustancial con la democracia.

c. Las condiciones de detención deben ser compatibles con la dignidad humana

Para sintetizar las máximas del Tribunal de San José en este aspecto nuclear de la garantía del Art. 5.2 de la CADH baste acudir a su argumentación reiterada cuando afirma que toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal.⁸⁰ Una de las obligaciones que ineludiblemente debe

77. Cançado Trindade cita el caso *Selmouni vs. Francia* (Sentencia del 28.07.1999), relativo a Francia en el que la Corte Europea condenó al Estado demandado por la tortura infligida al étranger Selmouni (párrs. 105-106), en la misma forma que la Sentencia de la Corte Interamericana condenó al Estado demandado Ecuador por la tortura infligida al étranger Tibi (párr. 165). Voto razonado del Juez Cançado Trindade en la caso *Tibi vs. Ecuador*, §§ 28 y 29.

78. Artículos 5 y 27 de la CADH. CorteIDH. Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay, párr. 157.

79. CorteIDH. Caso Loayza Tamayo vs. Perú, párr. 57.

80. CorteIDH. Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú, párr. 221.

asumir el Estado, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida y a la integridad personal de las personas privadas de libertad, es la de procurarle a éstas las condiciones mínimas compatibles con su dignidad mientras permanecen en los centros de detención.⁸¹

Para la CortelDH el hacinamiento carcelario es un elemento determinante de la violación del Art. 5.2 de la CADH. El Tribunal de San José se basa en el listado enunciativo elaborado por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes en la definición de una prisión sobrepoblada y en el espacio mínimo de 7 m² por cada prisionero, como guía aproximada y deseable para una celda de detención.⁸² La CortelDH afirma que el espacio de aproximadamente 30 centímetros cuadrados por cada recluso es a todas luces inaceptable y constituye en sí mismo un trato cruel, inhumano y degradante, contrario a la dignidad inherente del ser humano y, por ende, violatorio del artículo 5.2 de la Convención Americana.⁸³ Entre tantos factores negativos la CortelDH califica el colapso de la infraestructura sanitaria⁸⁴ y las restricciones indebidas al régimen de visitas como violatorias en sí mismas de la integridad personal.⁸⁵

La jurisprudencia del Tribunal de San José es densa en cuanto a las condiciones de detención. Por ello me limito a tres ejes de singular relevancia por su nexo con la garantía de la democracia como son: las medidas de aislamiento o incomunicación, en el sentido que debe interpretarse bajo los parámetros de las restricciones permitidas en un sociedad democrática; el respeto de los derechos sociales y específicamente del derecho a la salud, como derecho fundamental; y como tercer eje, el mayor escrutinio para la especial vulnerabilidad de algunas personas privadas de libertad dentro de ese grupo vulnerable. De manera clara Sergio García Ramírez, al referirse a las deplorables condiciones que padecen las personas en instituciones de tratamiento de enfermos mentales y en las cárceles, destaca que “la resistencia de los afectados suele ser calificada como motín -ciertamente no como inconformidad democrática- y reprimida

81. CortelDH. Caso Instituto de reeducación del Menor vs. Paraguay, párr. 159.

82. CPT/Inf (92) 3 [EN], 2nd General Report, 13 April 1992, párr. 43.

83. CortelDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. Sentencia 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 90 y ss.

84. Véase CortelDH. Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Convocatoria a la Audiencia Pública Medidas Provisionales respecto de la República Bolivariana de Venezuela. Asuntos Internado Judicial de Monagas (La Pica); Centro Penitenciario Región capital Yare I y Yare II (carcel de Yare); centro Penitenciario de la Región centro Occidental (Cárcel de la Uribana), e Internado Judicial Capital El Rodeo I y el Rodeo II. 12 de Agosto de 2009, párr. 9.

85. CortelDH. Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay, párr. 151 y CortelDH. Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú, párr. 102.

con severidad”⁸⁶.

En relación al primer eje jurisprudencial, la CorteIDH ha señalado que la incomunicación es concebida como un instrumento excepcional en razón de los graves efectos que tiene sobre el detenido, como por ejemplo la correlativa restricción de las visitas que implica.⁸⁷ El aislamiento del mundo exterior produce en cualquier persona sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas, la coloca en una situación de particular vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en las cárceles.⁸⁸ En materia de aislamiento la Corte rechaza que se someta a un recluso a un año bajo aislamiento riguroso, hacinado con otros presos en una celda pequeña, sin ventilación ni luz natural, con restricción de las visitas⁸⁹ y ha ordenado que se le brinde a la persona privada de libertad tratamiento médico, tanto físico como psiquiátrico a la brevedad posible.⁹⁰

El aislamiento debe tratarse como una restricción necesaria en una sociedad democrática y en este sentido la incomunicación y aislamiento exigen el cumplimiento de los requisitos de excepcionalidad, temporalidad y necesidad, para lo cual aplica todo el acervo de la Corte Interamericana en cuanto las restricciones de los derechos necesarias en una sociedad democrática. Como medida extrema, se argumenta que sólo procede en casos estrictamente indispensables para garantizar por ejemplo la seguridad o la protección del mismo privado de libertad, o para garantizar a otras personas que están privadas de libertad, o de terceros, como las visitas, en el caso de enfermedades contagiosas o en el caso de presos violentos. La Corte considera que, existiendo una prohibición del derecho internacional de este tipo de medidas, los estados de incomunicación y aislamiento son por sí mismos tratamientos crueles e inhumanos lesivos del derecho a la dignidad humana,⁹¹ que puede afectar los derechos inderogables, como la vida y la integridad personal, dado que propician condiciones

86. En palabras textuales: “Junto a la deplorable condición de las prisiones, advertida y señalada una y otra vez por la Corte Interamericana, surge ahora la pésima condición de algunas – ¿cuántas? – instituciones de tratamiento de enfermos mentales. La resistencia de los afectados, en aquellos casos, suele ser calificada como motín – ciertamente no como inconformidad democrática – y reprimida con severidad. La protesta, si la hay, por parte de los enfermos mentales, venciendo las brumas de la ausencia o la extrañeza, puede desembocar en un destino acaso peor: la absoluta indiferencia o la aplicación de correctivos `terapéuticos` que constituyen, en el fondo, castigos muy severos o intimidaciones sin sentido. La reacción del prisionero es consecuencia de la `mala entraña` ; la del enfermo mental, de la `locura` : ésta es, por definición, irracional e inatendible”. Voto razonado del Juez García Ramírez en el Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, párr. 19.

87. CorteIDH. Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú, párr. 225.

88. CorteIDH. Suárez Rosero vs. Ecuador. Sentencia de 29 de mayo de 1999. Serie C No. 51, párr. 90.

89. CorteIDH. Caso Castillo Petrucci vs. Perú, párr. 197. Dedo destacar que la CorteIDH refirió las condiciones de detención en la cárcel de Perú Penal de Yanamayo, situado a 3.800 metros sobre el nivel del mar. Esta sentencia está recopilada en la Revista de derecho y jurisprudencia Tomo XCVI, N° 2, 1999, Santiago de Chile, p. 99 y ss.

90. CorteIDH. Caso Cantoral Benavides vs. Perú, párr. 63 y ss.

91. CorteIDH. Caso De la Cruz Flores vs. Perú, párr. 128.

para la tortura.⁹²

Según la CortelDH, el Estado tiene el deber de garantizar la salud en el marco del bienestar de los reclusos.⁹³ En este sentido, los Estados no pueden invocar privaciones económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en esta área y no respeten la dignidad del ser humano.⁹⁴ Para el Tribunal de San José el *corpus iuris* interamericano regula la estrecha e inmediata vinculación entre los derechos a la vida y a la integridad personal con la atención a la salud humana y acentúa que conforme al “artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, e indica que la salud es un bien público.⁹⁵

Los Estados tienen el deber, en concreto, “de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera.⁹⁶ A su vez, el Estado debe permitir y facilitar que los detenidos sean atendidos por un facultativo elegido por ellos mismos o por quienes ejercen su representación o custodia legal⁹⁷, según las necesidades específicas de su situación real. La Corte estima conveniente disponer que el Estado brinde atención médica y psicológica o psiquiátrica gratuita y de forma inmediata, adecuada y efectiva, a través de sus instituciones públicas de salud especializadas, a las víctimas que así lo soliciten, inclusive de los medicamentos que requieran.⁹⁸

Como tercer eje clave en la garantía de condiciones dignas en los centros carcelarios, la CortelDH ha establecido la necesidad de un mayor escrutinio para la especial vulnerabilidad de algunas personas privadas de libertad como por ejemplo los niños. Esta circunstancia obliga al Estado a ejercer su función de garante adoptando todos los cuidados que reclama la debilidad, el desconocimiento y la indefensión que

92. CortelDH. Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú, párr. 104.

93. CortelDH. Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay, párr. 159.

94. CortelDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. Sentencia 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párrs. 85 y 87.

95. CortelDH. Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador, párr. 117.

96. Caso Cesti Hurtado. Medidas Provisionales respecto de Perú. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de enero de 1998, considerando sexto.

97. CortelDH. Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú, párr. 227; CortelDH. Caso De la Cruz Flores vs. Perú, párr. 122; CortelDH. Caso Tibi vs. Ecuador, párr. 157.

98. CortelDH. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217, párr. 253.

presentan naturalmente en tales circunstancias los menores de edad.⁹⁹ Tres reglas básicas priman en las decisiones del Tribunal de San José en cuanto a la salvaguarda de los derechos de los menores privados de libertad: en primer lugar, que en materia de derecho a la vida, cuando el Estado se encuentra en presencia de niños privados de libertad, tiene una obligación adicional establecida en el artículo 19 de la CADH,¹⁰⁰ debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño.¹⁰¹ En cuanto a los derechos sociales de los niños privados de libertad, el Estado se obliga, *inter alia*, a proveerlos de asistencia de salud y de educación, para así asegurarse de que la detención a la que los niños están sujetos no destruirá sus proyectos de vida¹⁰². Acude la normativa internacional para rechazar cualquier negación de sus derechos civiles, económicos, sociales o culturales,¹⁰³ e insiste en la garantía de la integridad personal.¹⁰⁴

2. Diversidad de diálogos

A fin de ejemplificar la multiplicidad del diálogo se ofrecen dos tablas contentivas de las citas y referencias de la CortelDH del sistema universal así como del sistema europeo.

99. CortelDH. Caso Bulacio vs. Argentina, párr. 126.

100. CortelDH. Caso Instituto de Reeduación del Menor vs. Paraguay, párr. 160.

101. CortelDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, párrs. 124, 163-164, y 171.

102. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, párrs. 80-81, 84, y 86-88. Cita la CortelDH la regla 13.5 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33 de 28 de noviembre de 1985.

103. Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113 de 14 de diciembre de 1990.

104. CortelDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, párr. 170.

Caso del Penal Miguel Castro vs. Perú (C 160)

Respecto a la violación del derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, y en conexión con los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura

Diálogo con el Sistema Universal

parr. 301

Quedó probado que los internos trasladados al Hospital de la Policía no recibieron tratamiento médico adecuado ... El Principio vigésimo cuarto para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión establece que “[...] toda persona detenida [...] recibirá[...] atención y tratamiento médico cada vez que sea necesario[...]”. (...)

nota al pie 157

Cfr. O.N.U., Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988, Principio 24. (...)

parr. 303

Con respecto al tratamiento que deben recibir las mujeres detenidas o arrestadas, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha señalado que “no deben sufrir discriminación, y deben ser protegidas de todas las formas de violencia o explotación”. Asimismo, ha indicado que las detenidas deben ser supervisadas y revisadas por oficiales femeninas y las mujeres embarazadas y en lactancia deben ser proveídas con condiciones especiales durante su detención. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha señalado que dicha discriminación incluye la violencia basada en el sexo, “es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada”, y que abarca “actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad”.

nota al pie 159

Cfr. O.N.U., Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, Adoptadas por el

Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, párrs. 23 y 53.

nota al pie 160

Cfr. O.N.U., Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 11º período de sesiones. Recomendación general 19 “La violencia contra la mujer”. Doc. HRI/GEN/1/Rev. 1at84 (1994), párr. 6.

parr. 306

(...) La Corte, siguiendo la línea de la jurisprudencia internacional y tomando en cuenta lo dispuesto en la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, considera que la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen en una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno.

nota al pie 161

Cfr. ICTR, Case of Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu. Judgment of September 2, 1998. Case No. ICTR-96-4-T, para. 688.

nota al pie 163

Cfr. O.N.U., Comisión de Derechos Humanos. 50º período de sesiones. Cuestión de los derechos humanos de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, y en particular la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Informe del Relator Especial, Sr. Nigel S. Rodley, presentado con arreglo a la resolución 1992/32 de la Comisión de Derechos Humanos. Doc. E/CN.4/1995/34 del 12 de enero de 1995, párr. 19.

parr. 313

La Relatora Especial de la ONU para la Violencia contra las Mujeres ha establecido, refiriéndose a la violencia contra las mujeres en el contexto de un conflicto armado, que la “[l]a agresión sexual a menudo se considera y practica como medio para humillar al adversario” y que “las violaciones sexuales son usadas por ambas partes como un acto simbólico”. Este Tribunal reconoce que la violencia sexual contra la

mujer tiene consecuencias físicas, emocionales y psicológicas devastadoras para ellas, que se ven agravadas en los casos de mujeres detenidas.

nota al pie 165 [y 166]

Cfr. O.N.U., Comisión de Derechos Humanos, 54º período de sesiones. Informe presentado por la Sra. Radhika Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, de conformidad con la resolución 1997/44 de la Comisión. Doc. E/CN.4/1998/54 del 26 de enero de 1998, párrs. 12 y 13. [y parr. 14]

nota al pie 167

Cfr. Presentación oral ante la Comisión de Derechos Humanos del Relator Especial de Naciones Unidas sobre Tortura, Peter Kooijmans, incluida en: U.N., Commission on Human Rights. 48º session. Summary Record of the 21st Meeting, Doc. E/CN.4/1992/SR.21 of February 21, 1992, para. 35; y O.N.U., Comisión de Derechos Humanos. 50º período de sesiones. Cuestión de los derechos humanos de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, y en particular la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Informe del Relator Especial, Sr. Nigel S. Rodley, presentado con arreglo a la resolución 1992/32 de la Comisión de Derechos Humanos. Doc. E/CN.4/1995/34 del 12 de enero de 1995, párr. 16.

nota al pie 170

Cfr. Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

nota al pie 172

(...) En el mismo sentido, cfr. O.N.U. Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, Reglas 10 y 11.

parr. 325

(...) El Comité contra la Tortura de Naciones Unidas ha señalado que las celdas de aislamiento de 60 x 80 centímetros, en las que no hay luz ni ventilación y sólo se puede estar en ellas de pié o agachado, “constituyen en sí mismas una forma de instrumento de tortura”.

nota al pie 182

Cfr. O.N.U., Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, Regla 31; (...)

nota al pie 183

Cfr. O.N.U., Asamblea General. Informe del Comité contra la Tortura sobre Turquía. Cuadragésimo octavo Período de Sesiones, 1994, A/48/44/Add.1, párr. 52.

parr. 326

(..) El perito señaló que “est[e] método de castigo era [...] colectivo [y] por su severidad y consecuencias físicas y psicológicas [es] consistente con tortura”. En el mismo sentido, el Protocolo de Estambul establece que la falanga es una forma de tortura.

nota al pie 184

Cfr. O.N.U., Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Protocolo de Estambul, 2001, párr. 202.

parr. 331

(...) El Comité Internacional de la Cruz Roja ha establecido que el Estado debe asegurar que “las condiciones sanitarias [en los centros de detención] sean adecuadas para mantener la higiene y la salud [de las prisioneras], permitiéndoles acceso regular a retretes y permitiéndoles que se bañen y que limpien su ropa regularmente”. Asimismo, dicho Comité también determinó que se deben realizar arreglos especiales para las detenidas en período menstrual, embarazadas, o acompañadas por sus hijos. La comisión de esos excesos causó sufrimiento especial y adicional a las mujeres detenidas (International Committee of the

Red Cross. Women Facing War: ICRC Study on the Impact of Armed Conflict on Women, 2001, sec. III, ref. 0798 y disponible a <http://www.icrc.org>. En el mismo sentido, cfr. O.N.U., Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, párrs. 15-19).

nota al pie 187

Cfr. International Committee of the Red Cross. Women Facing War: ICRC Study on the Impact of Armed Conflict on Women. 2001, ref. 0798 y disponible a <http://www.icrc.org>, sección III. En el mismo sentido, cfr. O.N.U., Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, párr. 23.

parr. 383

(...) En este sentido, con base en el Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas la Corte ha señalado los principios que deben orientar tales diligencias. Las autoridades estatales que conducen una investigación deben, inter alia, a) identificar a la víctima; b) recuperar y preservar el material probatorio relacionado con la muerte; c) identificar posibles testigos y obtener sus declaraciones en relación con la muerte que se investiga; d) determinar la causa, forma, lugar y momento de la muerte, así como cualquier procedimiento o práctica que pueda haberla provocado, y e) distinguir entre muerte natural, muerte accidental, suicidio y homicidio. Además, es necesario investigar exhaustivamente la escena del crimen, se deben realizar autopsias y análisis de restos humanos, en forma rigurosa, por profesionales competentes y empleando los procedimientos más apropiados.

nota al pie 199

(...) O.N.U., Manual Sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de las Naciones Unidas, E/ST/CSDHA/.12 (1991).

nota al pie 206

(...) En igual sentido, cfr. O.N.U., Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, 37º período de sesiones, Informe provisional del Sr. Louis Joinet, Relator Especial, Estudio sobre las leyes de amnistía y el papel que desempeñen en la salvaguardia y la promoción de los derechos humanos. E/CN.4/Sub.2/1984/15, 22 de junio de 1984, párr. 56; Control Council Law No. 10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity, Article II, Allied Control Council of December 20, 1945, Nuremberg Trials. Final Report to the Secretary of the Army on the Nuernberg War Crimes Trials Under Control Council law No. 10, Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 1949; ICTY, Case of Prosecutor v. Kunarac. IT-96-23-T and IT-96-23/1-T. Trial Court Decision, Judgment of February 22, 2001, paras. 21 y 883; O.N.U., Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional, U.N. Doc. A/CONF.183/9, 17 de julio de 1998, artículo 7.

La CortelDH dialoga abiertamente con el TEDH, al que cita en sus siglas en inglés (ECHR).¹⁰⁵ El órgano jurisdiccional europeo ha sostenido sistemáticamente, desde la sentencia de 18 de enero de 1978 en el caso Irlanda vs. Reino Unido, cuando por primera vez declaró la violación del artículo 3 del Convenio, que debe realizarse un test de la gravedad de los padecimientos sufridos para calificar como tratos inhumanos y degradantes o como tortura, una alegación de violación de este artículo. El TEDH acude a la presunción jurídica *iuris tantum* y asevera que se atenta contra la dignidad humana y constituye, en principio, una violación del derecho que garantiza el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la aplicación del uso de la fuerza con respecto a una persona privada de su libertad, no siendo preciso entrar a valorar si esa fuerza alcanzó el umbral mínimo necesario.¹⁰⁶ Respecto a la prohibición de la tortura como valor democrático esencial de la sociedad contemporánea, el TEDH considera que es indispensable una mayor firmeza en la apreciación de los ataques

105. A título de ejemplo y aleatoriamente, en el Caso Bulacio vs. Argentina, la CortelDH alude a los casos europeos: Case of Kurt v. Turkey, 15/1997/799/1002, 25 de mayo de 1998, párrs. 124-128; Case of Çakici v. Turkey, Application no. 23657/94, 8 de Julio de 1999, párrs. 104-106; Case of Timurtas v. Turkey, Application no. 23531/94, 13 de junio de 2000, párrs. 102-105; Case of Tas v. Turkey, Application no. 24396/94, 14 de noviembre de 2000, párrs. 84-87; Case of Cyprus v. Turkey, Application no. 25781/94, 10 de mayo de 2001, párrs. 132-134 y 147-148.

106. Véase el Caso Tibi vs. Ecuador cuando la CortelDH cita, en la nota al pie de la sentencia N° 156, el caso Kudla v. Poland, No. 30210/96, párrs. 93-94, ECHR 2000-XI respecto a que el Estado debe asegurar que una persona esté detenida en condiciones que sean compatibles con el respeto a su dignidad humana.

a los valores fundamentales de las sociedades democráticas dado el creciente nivel de exigencia alcanzado en la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.¹⁰⁷

La CortelDH mantiene un diálogo paradigmático con el TEDH en materia de condiciones de detención:

Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela (C 150)

Respecto a la violación del derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, y en conexión con los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura;

Obs: reconocimiento parcial de responsabilidad internacional efectuado por el Estado

Diálogo con el Sistema Europeo

Parr. 85 ...los Estados no pueden alegar dificultades económicas para justificar condiciones de detención que sean tan pobres que no respeten la dignidad inherente del ser humano (*Cfr. ECHR, Case of I.I v Bulgaria*. Judgment of 9 June 2005. Application No. 44082/98, para. 77; ECHR, *Case of Poltoratskiy v. Ukraine*. Judgment of 29 April 2003. Application No. 38812/97, para. 148.)

Parr. 90 La Corte toma nota de que según el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (en adelante “el CPT”), una prisión sobrepoblada se caracteriza por un alojamiento antihigiénico y restringido, con falta de privacidad aun para realizar actividades básicas tales como el uso de las facilidades sanitarias; reducidas actividades fuera de la celda debido al número de internos que sobrepasan los servicios disponibles; servicios de salud sobrecargados; aumento de la tensión en el ambiente y por consiguiente más violencia entre los prisioneros y el personal penitenciario. Este listado es

107. El Juez Cañado Trindade cita en su voto razonado en el mismo Caso Tibi vs. Ecuador, en el § 27, que “la Corte Europea de Derechos Humanos afirmó, en el caso Soering versus Reino Unido (Sentencia del 07.07.1989), que la prohibición absoluta de la tortura (inclusive en tiempos de guerra y otras emergencias nacionales) da expresión a uno de los ‘valores fundamentales de las sociedades democráticas’ contemporáneas” (párr. 88). Más recientemente (Sentencia del 15.07.2002), en el caso Kalashnikov vs. Rusia (párr. 95).

meramente enunciativo. Asimismo, el CPT estableció que 7 m2 por cada prisionero es un guía aproximada y deseable para una celda de detención. . [Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes] CPT/Inf (92) 3 [EN], 2nd General Report, 13 April 1992, para. 43. Por otro lado, la Corte Europea de Derechos Humanos consideró que un espacio de cerca de 2m2 para un interno es un nivel de hacinamiento que en sí mismo era cuestionable a la luz del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (ECHR, Case of Kalashnikov v. Russia. Judgment of 15 July 2002. Application No. 47095/99, para. 97) y no podía considerarse como un estándar aceptable (ECHR, Case of Ostrovcar v. Moldova. Judgment of 13 September 2005. Application No. 35207/03, para. 82), y que una celda de 7 m2 para dos internos era un aspecto relevante para determinar una violación del mismo artículo (ECHR, Case of Peers v. Greece. Judgment of 19 April 2001. Application No. 28524/95, para. 70-72)...

Parr. 94 La Corte considera que las celdas de aislamiento o castigo sólo deben usarse como medidas disciplinarias o para la protección de las personas (ECHR, *Case of Mathew v. The Netherlands*. Judgment of 29 September 2005. Application No. 24919/03, para. 199).

Parr. 98 ...la Corte Europea estimó que el hecho de que una persona hubiera sido obligado a vivir, dormir y hacer uso del sanitario conjuntamente con un gran número de internos era en sí mismo suficiente para considerarlo como un trato degradante (ECHR, *Case of Khudoyorov v. Russia*. Judgment of 8 November 2005, Application No. 6847/02, para. 107; ECHR, *Case of Karalevicius v Lithuania*. *supra* nota 149, para. 39; ECHR, *Case of I.I v Bulgaria*. *supra* nota 142, para. 73).

Parr. 102 La atención por parte de un médico que no tenga vínculos con las autoridades penitenciarias o de detención es una importante salvaguardia en contra de la tortura y malos tratos, físicos o mentales, de los prisioneros (ECHR, *Case of Mathew v. The Netherlands*, *supra* nota 151, para. 187).

Como se ha puesto de relieve al inicio de este trabajo, en Suramérica también somos testigos del diálogo con los tribunales nacionales y se comprueba una convergencia de estándares en la protección de las personas privadas de libertad en los órdenes

domésticos. Valgan algunos ejemplos para validar este argumento. Emblemática es la labor tuitiva de la Corte Constitucional de Colombia (CCC)¹⁰⁸ a favor de este grupo vulnerable en atención a los estándares desarrollados a nivel global e interamericano.¹⁰⁹ En su Sentencia T-153/98, la CCC declaró el “estado de cosas inconstitucional” en los establecimientos carcelarios, por la grave situación de hacinamiento que existía (en las cárceles), ordenando, entre otros, la elaboración y ejecución de un plan de construcción y refacción de cárceles, la separación de procesados y condenados, la adecuación del Presupuesto General de la Nación para la ejecución del plan y la vigilancia continua de la situación por la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría.

El diálogo entre el órgano supranacional y la CCC ha sido sistematizado con una selección de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional sobre la situación en la que se encuentran las personas privadas de libertad, los derechos que deben serles garantizados y las obligaciones estatales “en respuesta a la continuada y generalizada crisis de los sistemas penitenciarios y carcelarios”, en un esfuerzo conjunto entre la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y la Unión Europea.¹¹⁰

A los fines de este trabajo sólo resalto algunas líneas jurisprudenciales. Tal como lo interpreta la CortelDH en cuanto a la atención de los grupos estructuralmente marginados, la CCC en la Sentencia T-296 de 1998 adopta igual postura y deja sentado que el juez de tutela, como autoridad constitucional, está ‘obligada a asumir la vocería de las minorías olvidadas’. En la Sentencia T-851 de 2004 se consideró que ciertos derechos de los reclusos no están sujetos a limitaciones legítimas, tales como la vida, la integridad personal y la salud. En la misma línea, la Sentencia T-439/06 se pronuncia sobre el derecho de petición, el derecho al deporte, la recreación y la cultura, y el derecho a la integridad de los reclusos y ordena al Estado la adopción de medidas positivas (crear un libro de registro de peticiones, la creación de una oficina jurídica con personal especializado encargado de tramitar peticiones, la utilización inmediata y la reglamentación de las canchas deportivas y el gimnasio, la elaboración de un programa de actividades recreativas, deportivas y culturales, entre otras).

Por su parte, la Sentencia T-322/07 parte de los estándares establecidos en las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos y la CCC insiste en la separación

108. Todas las sentencias están disponibles en la página oficial: www.corteconstitucional.gov.co

109. Cfr. UPRIMNY YEPES, R./GUZMÁN, D. E., “Las cárceles en Colombia: entre una jurisprudencia avanzada y un estado de cosas inconstitucionales”, *Simposio internacional penitenciario y de derechos humanos*, POSADA SEGURA, J. D. (Ed.), Medellín, 2010, p. 161 y ss.

110. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Personas privadas de libertad. jurisprudencia y doctrina*, Bogotá, 2006. Con la cofinanciación de la Unión Europea. Disponible en: <http://www.hchr.org.co/publicaciones/libros/compilacion%20doctrina%20carceles/JurisprudenciaCarceles.pdf>

de sindicatos y condenados, el trámite de beneficios administrativos, la seguridad de establecimientos carcelarios y las condiciones de higiene.

La CCC destaca las normas internacionales de derechos humanos, tanto en el sistema universal de protección, como el sistema interamericano de protección, que consagran la dignidad de toda persona privada de la libertad como uno de los derechos humanos expresamente reconocidos. La CCC, en reciente de jurisprudencia (Sentencia T-690 de 2010), admitiendo la relación de sujeción especial en que se encuentran las personas privadas de libertad frente al Estado (como lo hace la CortelDH), advierte los deberes especiales de protección que el Estado tiene, bien se trate de derechos suspendidos, intangibles o limitables. Repitiendo su jurisprudencia constante acerca de la relación de especial sujeción y custodia entre el Estado y las personas privadas de la libertad, exige a las autoridades carcelarias garantizar el acceso idóneo y suficiente de agua potable como recurso necesario para el aseo y consumo de los reclusos. El derecho fundamental al acceso de agua potable en los establecimientos carcelarios es un derecho interdependiente de la dignidad de los internos, ineludiblemente relacionado con los derechos fundamentales a la salud y a la vida. Concedió un plazo de cuarenta y ocho (48) horas para asegurar tal suministro (Sentencia T-764/12).

Un fallo histórico lo dictó la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina (CSJN), el 3 de mayo de 2005 en el caso *Verbitsky*,¹¹¹ al establecer estándares mínimos sobre condiciones de detención y prisión preventiva en comisarías y cárceles. Emblemático ha sido esta causa, iniciada por CELS en 2001 mediante un *habeas corpus* colectivo, por cuanto el máximo tribunal obligó a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y a sus tribunales inferiores de esa localidad a revisar las medidas de privación de libertad dispuestas y a realizar un seguimiento periódico de la situación carcelaria, modificando el criterio negativo precedente sostenido por los tribunales provinciales de mayor jerarquía. La propia CortelDH, en su Resolución de 18 de junio de 2005 sobre medidas provisionales en el caso de las Penitenciarías de Mendoza contra Argentina, en diálogo con la CSJN, destaca la necesidad de “disminuir el hacinamiento mediante la reducción de la cantidad de personas encarceladas en prisión preventiva (conforme con los criterios establecidos en el reciente fallo de la CSJN sobre las cárceles de Buenos Aires)...”

Sin embargo, en la doctrina han surgido algunas voces críticas, como la de González-Salzberg, que reseñan vaivenes de la postura de la CSJN Argentina en lo concerniente

111. V. 856. XXXVIII, Recurso de hecho, *Verbitsky*, Horacio s/ *habeas corpus*, de fecha 03.05.2005.

a la vinculatoriedad de las decisiones de la CortelDH, en particular respecto al caso Bulacio y al caso Bueno Alves, en el primero (Espósito) subordinaba el contenido de sus decisiones a lo resuelto por la Corte IDH, dado el carácter “obligatorio” de las sentencias de este órgano supranacional, mientras que en el segundo (René Jesús) no lo adoptó. La CSJN, inéditamente, avanza en el diálogo con la CortelDH en el caso Bueno Alves, que por su trascendente significado vale la pena reconstruir cronológicamente debido a la constelación dialógica entre ambos órganos jurisdiccionales:

La CortelDH declaró la responsabilidad internacional de Argentina por la violación, entre otros, de los derechos a la integridad personal y garantías judiciales, establecidos en los artículos 5.1, 5.2 y 8.1 de la CADH, en perjuicio del señor Juan Francisco Bueno Alves, quien había sido objeto de actos de tortura mientras estuvo privado de la libertad y bajo la custodia del Estado argentino. En la línea argumentativa del órgano supranacional, los hechos no habían sido diligentemente investigados y por ello ordenó al Estado realizar inmediatamente las investigaciones necesarias para determinar las responsabilidades correspondientes. La CortelDH, no obstante, expresó que los hechos no podían ser calificados *per se* como delitos de lesa humanidad, ya que no habían sido cometidos como parte de un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil. La sentencia data del 11 de mayo de 2007. Apenas dos meses más tarde, el 11 de julio de 2007, la CSJN dictó un fallo declarando la prescripción de la acción penal en el caso Bueno Alves, dejando sentado que el delito no era considerado un crimen de lesa humanidad y estaba sometido a la prescripción.

Cuatro años más tarde, el 5 de julio de 2011, la CortelDH, en ejercicio de su competencia para supervisar el cumplimiento de la sentencia dictada en el caso Bueno Alves, reconoce el cumplimiento parcial por parte del Estado argentino, pero mantiene vigente el mandamiento de investigar los hechos de tortura contra el señor Bueno Alves. Insiste en tres máximas fundamentales, a saber, la obligación de investigar violaciones de derechos humanos se encuentra dentro de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la CADH (Art. 1.1); la prescripción no procede si se comprueba una clara falta de debida diligencia en la investigación porque se negaría el acceso a la justicia por parte de una víctima de tortura;¹¹² y en tercer término, que es imprescindible tomar en cuenta ciertos contextos de violencia institucional para evitar la impunidad en un proceso judicial. En definitiva, la CortelDH reiteró que debe encontrarse la verdad

112. El Tribunal de San José considera que, por regla general, el instituto procesal de la prescripción debe aplicarse cuando corresponda, salvo que, como en el presente caso, se compruebe una clara falta de debida diligencia en la investigación y, en consecuencia, una negación al acceso a la justicia por parte de una víctima de tortura. CortelDH, Caso Bueno Alves vs. Argentina. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 05 de julio de 2011, párr. 45.

de lo ocurrido para impedir que el Estado evada la rendición de cuentas por las arbitrariedades que cometan sus propios funcionarios.¹¹³

El 29 de noviembre de 2011 la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina declaró con lugar el recurso de revocatoria interpuesto por el abogado del señor Bueno Alves, dejó sin efecto su propio pronunciamiento de fecha 11 de julio de 2007 y devolvió las actuaciones al tribunal de origen, “con el objeto de dar estricto cumplimiento a lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos —en la sentencia “Bueno Alves vs. Argentina”, notificada a este Tribunal el 21 de septiembre de 2007...”.¹¹⁴

Se puede concluir, por tanto, que en lo que se refiere al tema carcelario, sí se constata una total convergencia entre ambas jurisdicciones. El asunto de las medidas provisionales de “Penitenciarías de Mendoza”¹¹⁵ también alude al diálogo en tanto la intervención de la CSJN se ha orientado a requerir a los gobiernos nacional y provincial que le informen acerca de las disposiciones adoptadas para dar cumplimiento a los requerimientos de la CortelDH (Argentina, Lavado, Diego Jorge y otros c/ Mendoza, Provincia de y otros, 2006c). Asimismo intimó al Poder Ejecutivo Nacional para adoptar las medidas adecuadas a fin de proteger la vida, la salud, y la integridad personal de todos los internos en un plazo determinado y le indicó al poder judicial de la provincia que (se) dispusiera el cese de toda providencia dictada que pudiera implicar una violación de los derechos humanos de los detenidos (Argentina, Lavado, Diego Jorge y otros c/ Mendoza, Provincia de y otros, 2007c).¹¹⁶

Vale la pena citar la resolución del 23 de diciembre de 2015 de la Sala II de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza al conocer un hábeas corpus colectivo y correctivo en el que se argumenta la sobrepoblación y hacinamiento que padecen las cárceles de la provincia de Mendoza y se advierte que la mitad de las personas privadas de libertad en esa provincia son procesadas, por lo que se resolvió, entre otras cuestiones, “*disponer la creación de secretarías vespertinas para los juzgados de ejecución de la provincia de Mendoza*”. Este tipo de decisiones giran en torno al respeto de la dignidad humano y permiten atender los problemas estructurales.¹¹⁷

Una tercera referencia dialógica (implícita) se observa en una decisión del Superior Tribunal de Justicia de Brasil (STJ) concerniente a la prisión preventiva en

113. Diálogo Jurisprudencial, n. 10, enero-junio, México, Año 2011, p. 259 y ss.

114. Recurso de hecho. Derecho, René Jesús s/Incidente de prescripción de la acción penal. Causa n° 24.079.

115. CortelDH, Asunto de las Penitenciarías de Mendoza respecto Argentina, 2004, 2005, 2006.

116. GONZÁLEZ-SALZBERG, D. A., “La implementación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Argentina: un análisis de los vaivenes jurisprudenciales de la corte suprema de justicia de la nación”, *Sur*, Vol. 8, n. 15, 2011, pp. 117-135, p. 128 y ss.

117. La resolución está disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/12/fallos42668.pdf>.

contenedores (del inglés *container*). Dada la praxis de cumplimiento de la prisión preventiva en contenedores, el Superior Tribunal de Justicia falló estableciendo que esta forma de prisión preventiva contraviene los principios y normas constitucionales e infraconstitucionales, pues usar container como celdas es inadecuado e ilegítimo, se viola la garantía de la dignidad de la persona humana así como otros principios garantistas, entre ellos la presunción de inocencia, el respeto a la integridad personal de los reclusos, la necesaria ejecución de la pena en armonía con la integración social del condenado y del internado (sometido a juicio). El STJ advierte que este tipo de prisión es inhumana y deshonor, afirmando que “no se combate la violencia del crimen con la violencia de la prisión”. El STJ acordó el *habeas corpus*, sustituyendo la prisión en container con prisión domiciliaria y extendió la medida acordada a todas las mujeres y hombres que estén detenidos en las mismas condiciones.¹¹⁸

Actualmente, Brasil es escenario de un intenso debate en cuanto al tema de la tortura y las condiciones de los establecimientos penitenciarios. Conectas Direitos Humanos, como ONG activa en el seguimiento de la situación carcelaria en ese país, ha reiterado los resultados contenidos en el Informe del Subcomité de las Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura (SPT) que revela, tras una serie de visitas a los centros de detención en septiembre de 2011, que el marco jurídico brasileño sobre la tortura aunque es adecuado, no se aplica en la práctica.¹¹⁹ De allí la importancia de la propuesta del Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos del Mercosur destinada a favorecer el cumplimiento estricto de los estándares internacionales e interamericanos, de modo convergente y progresivo, gracias a la propia permeabilidad del texto constitucional brasileño.

Un diálogo interesante lo reflejan Jânia Maria Lopes Saldanha, José Luis Bolzan de Moraes y Lucas Pacheco Viera cuando comentan la declaratoria de inconstitucionalidad del art. 2º, § 1º de la Lei 8072/90 (leidos Crimes Hediondos) por parte del Supremo Tribunal Federal, aludiendo una nueva interpretación del principio de la individualización de la pena y privilegiando la resocialización del recluso, invocándose el contenido de la CADH en su art. 5, numerales 2 y 6, para afianzar el argumento de la función de la pena privativa de libertad.¹²⁰

118. HC 142.513/ES, Rel. Ministro Nilson Naves, sexta turma, juzgado 23/03/2010, DJe 10/05/2010.

119. Cfr. Página oficial de Conectas. Disponible en: <http://www.conectas.org/artigo-1/onu-pede-mudancas-no-proje-to-de-lei-sobre-prevencao-da-tortura>.

120. Lopes Saldanha, J. M./Bolzan de Moraes, J. L./Pacheco Viera, L., “Reenvio Prejudicial Interamericano: um Novo Mecanismo Processual para o Desenvolvimento do Direito internacional dos Direitos Humanos”, *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica. Avançando no diálogo constitucional e regional*, von Bogdandy, A.; Piovesan, F.; Morales Antoniazzi, M. (coord.), Rio de Janeiro, 2011, p. 617.

El diálogo en materia de protección a las personas privadas de libertad no está exento de paradojas, como se hizo patente con la reacción del Estado venezolano¹²¹ frente a la sentencia de la CortelDH, de junio de 2012, en el caso Díaz Peña.¹²² La CortelDH señaló que el detenido se encontraba en “condiciones de detención sumamente deficientes, en particular, por la falta de acceso a la luz y ventilación natural, y las salidas restringidas al aire libre, durante más de seis años, así como el encierro en las noches y con ésto las restricciones de acceder al único baño disponible para diez celdas individuales, por más de tres años.” Asimismo, encontró probado que el detenido sufrió un serio deterioro progresivo en su salud y ordenó que el Estado “adopte las medidas necesarias para que las condiciones de detención se adecuen a los estándares internacionales relativos a esta materia, *inter alia*: i) celdas ventiladas y con acceso a luz natural; ii) acceso a sanitarios y duchas limpias y con suficiente privacidad; iii) alimentación de buena calidad, cuyo valor nutritivo sea suficiente para el mantenimiento de la salud y fuerza de la persona privada de libertad; y iv) atención en salud necesaria, adecuada, digna y oportuna”. Dichas condiciones de detención no cumplieron los requisitos materiales mínimos de un tratamiento digno y en consecuencia constituyeron en su conjunto tratos inhumanos y degradantes violatorios de lo dispuesto en el Art. 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en relación con el Art. 1.1 de la misma.¹²³

La reacción de la República Bolivariana de Venezuela se concretizó en la comunicación dirigida al Secretario General de la Organización de Estados Americanos (OEA), mediante nota oficial de fecha 10 de septiembre de 2012, denunciando la Convención Americana sobre Derechos Humanos,¹²⁴ con lo cual comenzó a correr el preaviso de un año previsto en el Art. 78 de la Convención. La doctrina ha puesto de relieve la inconstitucionalidad del acto y ya se interpuso el correspondiente recurso.¹²⁵ La actuación estatal contraviene no sólo el régimen garantista de la Carta Magna de 1999, sino también la praxis del propio Estado venezolano. En el caso Retén de Catia,

121. Véase declaración en el canal Telesur, disponible en: <http://www.telesurtv.net/articulos/2012/08/01/presidente-venezolano-asegura-que-organismos-como-la-cidh-deben-desaparecer-4102.html>.

122. En Venezuela, particularmente en la Plaza Francia de Altamira de Caracas, se realizaron distintas protestas entre octubre de 2002 y parte del año 2003. El 25 de febrero de 2003 estallaron dos artefactos explosivos en el Consulado General de la República de Colombia y en la Oficina de Comercio Internacional del Reino de España, situados en Caracas, y Raúl José Díaz Peña fue detenido por su presunta responsabilidad en los mismos. Véase CortelDH. Caso Díaz Peña vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de junio de 2012. Serie C No. 244.

123. CortelDH. Caso Díaz Peña vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de junio de 2012. Serie C No. 244, párr. 141.

124. Mediante comunicado de prensa C-307/12 de, el Secretario General de la OEA, José Miguel Insulza, de fecha 10 de septiembre de 2012.

125. Acción de nulidad por inconstitucionalidad presentada 27 de septiembre de 2012. Disponible en: <http://www.observatoriodeconflictos.org.ve/oc/wp-content/uploads/2012/09/Accion-inconst-DENUNCIA-CADH-270912.pdf>

que versó sobre la ejecución extrajudicial de 37 reclusos,¹²⁶ el Estado venezolano reconoció su responsabilidad internacional en la audiencia pública llevada a cabo en Buenos Aires en 2006, y “se allanó a las pretensiones expuestas por la Comisión Interamericana en su demanda y por los representantes.”¹²⁷ Venezuela había sido uno de los países pioneros en acudir a la figura jurídica de la solución amistosa en base al “allanamiento” del Estado.¹²⁸

La justicia constitucional no ha adoptado una posición dialógica con la CortelDH, sino por el contrario, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela había declarado las sentencias de los casos Apitz y López como inejecutables y llegó a solicitarle al Ejecutivo denunciar la Convención Americana alegando una evidente usurpación de funciones de la Corte IDH.¹²⁹

La constelación de los derechos de este grupo vulnerable no da lugar a discrepancias en torno al activismo y al diálogo promovido por el Tribunal Interamericano. Incluso las opiniones críticas en torno al poco margen de apreciación que la CortelDH deja a los Estados reconocen la relevancia de tal limitación en los casos de protección de los grupos más vulnerables.¹³⁰ En este sentido se interpreta que las decisiones de la CortelDH 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.”¹³¹ Incluso se advierte que si la tutela del ser humano es la decisión fundamental primordial en las Constituciones nacionales y en los textos

126. Hechos ocurridos después de un segundo intento de golpe militar en Venezuela en 2002. CortelDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150.

127. CortelDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 26.

128. Sobre un análisis de los seis primeros casos de solución amistosa, Cfr. Salgado Pesantes, H., “La solución amistosa y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI. Memoria del Seminario*, México, 2003, p. 97.

129. Sentencia del TSJ N° 1939 de 18 de diciembre de 2008 declaró inejecutable la sentencia de la CortelDH en el 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. Las críticas a esta tesis denominada de la “inejecutabilidad” se han expresado en la doctrina. Ayala Corao, C., “La doctrina de la ‘inejecución’ de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)”, *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, von Bogdandy/Ferrer Mac-Gregor/Morales Antoniazzi (Coord.), México, 2010, pp. 85-157. En fecha 17.10.2011, la Sala Constitucional del TSJ declaró inejecutable el fallo emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 1 de septiembre de 2001, sobre el caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233).

130. Barbosa Delgado, F. R., “Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales”, *Revista Derecho del Estado*, n. 26, enero-junio de 2011, pp. 107-135.

131. Discurso del Presidente de la CortelDH, Juez Diego García-Sayán, ante la XLI Asamblea General de Estados Americanos, San Salvador, El Salvador, 7 de junio de 2011.

internacionales, los dilemas se diluyen y la coincidencia surge sin generar conflictos.¹³² El postulado básico es el diálogo y el rechazo sistemático de Venezuela, junto con el de Perú en tiempos de Fujimori, son los casos excepcionales.¹³³

V. Conclusión: un *Ius Constitutionale Commune*

En base a los datos empíricos que arroja el nivel de gravedad de las violaciones sistemáticas a los derechos humanos de este grupo vulnerable y su recurrencia en los países suramericanos, la valoración de la jurisprudencia del órgano interamericano es forzosamente positiva y su actitud dialógica esencial para posibilitar la permeabilidad de los órdenes internacional y europeo en el ámbito regional. El método reiterativo que emplea la CortelDH para otorgar la máxima cobertura a la protección de la dignidad humana define parámetros claros, a saber, que ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana,¹³⁴ que la tortura a los reclusos constituye la violación de un valor de las sociedades democráticas¹³⁵ y que toda persona privada de libertad debe ser tratada con respeto a la dignidad humana y no debe ser sometida a torturas, ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.¹³⁶ Deisy Ventura, Flávia Piovesan y Juana Kweitel resumen el extraordinario aporte que ha brindado el Sistema Interamericano de Derechos Humanos para la promoción de los derechos humanos, el Estado de derecho y la democracia en la región: el sistema interamericano permitió la desestabilización de los regímenes dictatoriales, exigió justicia y el fin de la impunidad en las transiciones democráticas y ahora demanda el fortalecimiento de la democracia, contra las violaciones de los derechos y la protección de los grupos más vulnerables.¹³⁷

132. Informe del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la Asamblea General de la OEA, Sergio García Ramírez, Panamá, 06.06.2007, p. 3. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/discursos/garcia_06_06_07.pdf.

133. Góngora, M., "Interacciones y convergencias entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo", *Estudos avançados de Direitos Humanos Direitos humanos, democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público*, von Bogdandy/Piovesan/Morales Antoniazzi (Coord.), Sao Paulo, 2013, p. 324 y ss.

134. CortelDH. Caso Durand y Ugarte vs. Perú, párr. 69

135. CortelDH. Caso Tibi vs. Ecuador.

136. CortelDH. Caso Neira Alegría y otros vs. Perú, párr. 86; CortelDH. Caso Durand y Ugarte vs. Perú, párr. 78.

137. Ventura, D./Piovesan, F./Kweitel, J., *O assunto de hoje: Comissão de direitos humanos da OEA. Sistema interamericano sob forte ataque*. Disponible en: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaio/59213-sistema-interamericano-sob-forte-ataque.shtml>.

La construcción del *ius commune* gravita sobre el eje establecido por el acervo interamericano.

La máxima del Tribunal de San José determina el alcance cuando sostiene que en una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros y decide que deben considerarse como garantías judiciales indispensables que no pueden suspenderse, aquellos procedimientos judiciales, inherentes a la forma democrática representativa de gobierno (art. 29.c), previstos en el derecho interno de los Estados Partes como idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos a que se refiere el artículo 27.2 de la Convención y cuya supresión o limitación comporte la indefensión de tales derechos (Opinión Consultiva N° 9 sobre garantías judiciales en estados de emergencia).

Para la construcción del *ius commune* es esencial el reiterado criterio sobre la adecuación de las condiciones carcelarias a los estándares internacionales y cuando establece que a título de garantía de no repetición, el Estado debe adoptar, dentro de un plazo razonable, las medidas necesarias para que las condiciones de las cárceles se adecuen a los estándares internacionales relativos a esta materia.¹³⁸ Es indispensable, dice la Corte IDH, el deber del Estado de asegurar que toda persona privada de su libertad viva en condiciones compatibles con su dignidad humana, entre las que se encuentren, *inter alia*: a) un espacio lo suficientemente amplio para pasar la noche; b) celdas ventiladas y con acceso a luz natural; c) acceso a sanitarios y duchas limpias y con suficiente privacidad; d) alimentación y atención en salud adecuadas, oportunas y suficientes, y e) acceso a medidas educativas, laborales y de cualquier otra índole esenciales para la reforma y readaptación social de los internos.¹³⁹ Una obligación esencial del Estado es el deber de adoptar todas las providencias [...] tendientes a formar y capacitar a todos los miembros de sus cuerpos armados y de sus organismos de seguridad sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos y sobre los límites a los que debe estar sometido, aun bajo los estados de excepción, el uso de las armas por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y considera oportuno que el Estado diseñe e implemente un programa de capacitación sobre derechos humanos y estándares internacionales en materia de personas privadas

138. CortelDH. Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú, párr. 241,

139. CortelDH. Caso Montero Aranguren y otros [Retén de Catia] vs. Venezuela. Sentencia 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 147.

de la libertad, dirigido a agentes policiales y penitenciarios.¹⁴⁰

Los estándares de la CortelDH en lo atinente a la memoria histórica en una sociedad democrática deben ser determinantes para mostrar progreso en esta urgente protección a favor de las personas privadas de libertad para evitar retrocesos e incumplimientos. La dimensión atribuida a las “instituciones totales”, donde la libertad de la persona se halla *de jure* y *de facto* suprimida –o radicalmente coartada–, ponen en cabeza del Estado un deber intenso como garante (deber que comprende, en la especie, reconocimiento, respeto y garantía) y tiene su fundamento en el respeto de la dignidad humana¹⁴¹.

Hay una configuración *in crescendo* del *ius commune*. La creación de un orden público común suramericano en base al piso mínimo de protección adoptado a través del consentimiento estatal en los órdenes interamericano y mercosureño puede ilustrarse con los estándares de protección de las personas privadas de libertad, ya que representa un ejemplo paradigmático para dibujar el fenómeno en clave de diálogo, tanto por la vía de los tratados de derechos humanos ratificados y vigentes en los países suramericanos así como por la jurisprudencia tuitiva desarrollada por la CortelDH. En *status nascendi* se encuentran los avances en el Mercosur para atender el problema carcelario que buscan penetrar en el campo concreto de las políticas públicas de derechos humanos de los Estados Parte, en diálogo con el derecho internacional y el derecho regional. Como apunta Eduardo Ferrer Mac Gregor: La construcción de un auténtico “diálogo jurisprudencial” —entre los jueces nacionales y los interamericanos—, seguramente se convertirá en el nuevo referente jurisdiccional para la efectividad de los derechos humanos en el siglo XXI. Ahí descansa el porvenir: en un punto de convergencia en materia de derechos humanos para establecer un auténtico *ius constitutionale commune* en las Américas”.¹⁴²

140. CortelDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. Serie C No. 150, párr. 149.

141. Cfr. CortelDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. Sentencia 5 de julio de 2006. Serie C No. 150; CortelDH. Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Convocatoria a Audiencia Pública Medidas Provisionales Respecto de la República Bolivariana de Venezuela Asuntos Internado Judicial de Monagas (“La Pica”); Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II (Cárcel de Yare); Centro Penitenciario de la Región Centro Occidental (Cárcel de Uribana), e Internado Judicial Capital El Rodeo I y el Rodeo II. 12 de agosto de 2009, párr. 9 [c]. Cfr. también CortelDH. Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay, párr. 153; CortelDH, Asunto de Penales Peruanos respecto Perú, 27.01.93; CortelDH, Asunto de las personas privadas de libertad de la Penitenciaría “Dr. Sebastião Martins Silveira” en Araraquara, São Paulo respecto Brasil, 25.11.08; CortelDH. Asunto de las Penitenciarías de Mendoza respecto Argentina, 17.10.08; CortelDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñiguez vs. Ecuador, Sentencia del 21 de noviembre de 2007.

142. Voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, de 26 de noviembre de 2010, párr. 88.

La protección especial por razón de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

María Daniela Rivero*

Este artículo¹ analiza la jurisprudencia relevante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH o Corte] en relación a la protección especial de las personas por razón de género. Dicha protección no se limita exclusivamente a la protección de los derechos de la mujer², sino también se extiende a la protección a los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex [LGBTI]³. En primer lugar, se hace referencia a los estándares establecidos por la Corte IDH en relación a la discriminación por razón de género; especificando criterios relativos a (i) la discriminación de las mujeres en el ejercicio de sus derechos reproductivos, (ii) la afectación especial por la situación de vulnerabilidad, y (iii) la protección a la comunidad LGBTI. En segundo lugar, se señalan los estándares relativos a la violencia contra la mujer, el tipo de

1* Fue Abogada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tiene como limitación que no contiene una lista exhaustiva de todas las decisiones de la Corte IDH sobre el tema, solo se citan casos que reflejan las líneas de razonamiento de dicho órgano.

2. El Comité sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer [Comité CEDAW] ha establecido que el término "sexo" se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, mientras que el término "género" se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas, en Comité CEDAW, Recomendación general N° 28, 16 de diciembre de 2010, párr. 5.

3. La orientación sexual se define como "la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas [Principios de Yogyakarta, nota al pie 2]. La orientación sexual es independiente del sexo biológico o de la identidad de género. La identidad de género es "la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo [...] y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales" en Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, disponible en: <http://www.yogyakartaprinciples.org>.

discriminación más desarrollada por la Corte IDH, señalando (i) la violencia sexual, sus elementos y prueba y (ii) la violencia sexual contra la mujer como una forma de tortura. En tercer lugar, se indicarán las obligaciones de los Estados en relación a la protección especial en razón de género, (i) el deber de prevenir; (ii) el deber de investigar con debida diligencia, y por ultimo, (iii) se indican las reparaciones con perspectivas de genero emitidas por la Corte.

I. La discriminación por razón de Género

La Corte ha analizado la obligación de los Estados de respetar y garantizar el derecho de las personas a la igualdad y a vivir libre de toda forma de discriminación, basándose en los principios consagrados en los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [CADH]. Desde la *Opinión Consultiva OC- 4/84*⁴ la Corte destacó el principio de igualdad, afirmando que: “[l]a 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, [...] conduzca a tratar [a un individuo] con privilegio; o que, [...]de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos[...].”⁵. Asimismo, 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 *jus cogens*⁶. “Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico”⁷.

La Corte se pronunció sobre el sexo como factor prohibido de discriminación al evaluar la propuesta de modificación de la Constitución de Costa Rica⁸, estableciendo

4. Corte IDH. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.

5. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, párr. 55.

6. Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 101 y Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, párr. 269.

7. Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 79.

8. En concreto, el proyecto otorgaba ciertas consideraciones especiales para la obtención de la nacionalidad a “la mujer extranjera que se case con costarricense”.

que “[n]o hab[ría], [...] discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas”, sin embargo el presente caso era consecuencia de la desigualdad conyugal⁹.

En relación a la definición de discriminación contra la mujer, por primera vez en el caso *del Penal Miguel Castro Castro*¹⁰, la Corte hizo suya la establecida por la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer [CEDAW], considerando que dicha discriminación es:

[T]oda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menobar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera¹¹.

Igualmente, la Corte IDH afirmó que esta discriminación “incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer (i) porque es mujer o (ii) que la afecta en forma desproporcionada”. Así señaló que “[l]a violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre”¹².

En relación a los grupos LGBTI en el caso *Homero Flor Freire*¹³, caso pendiente de Sentencia¹⁴, la CIDH afirmó que “las circunstancias en las cuales una persona puede ser ‘percibida’ con una orientación sexual distinta a la heterosexual, no implica necesariamente que esta persona se identifique con dicha orientación. Sin embargo, ello no excluye que dicha persona pueda verse expuesta a la discriminación a la que

9. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, párr. 65.

10. Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006.

11. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 18 de diciembre de 1979, Artículo 1.

12. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 303. Ver también, Corte IDH, *Caso González y otras [“Campo Algodonero”] Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 395 y 221.

13. CIDH, Informe de fondo No. 81/13, Caso 12.743, Homero Flor Freire [Ecuador], 4 de noviembre de 2013, párr. 83.

14. El caso fue notificado por la Corte IDH el 12 de enero de 2015, tramite disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/tramite/i_v.pdf [última revisión de 7 de octubre de 2015].

históricamente han sido y son sometidas personas por su orientación sexual o por su identidad o expresión de género¹⁵”.

Los estereotipos de género y roles asignados

La Corte en el *Campo Algodonero* se refirió al concepto de “estereotipo de género” afirmando que “refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente”¹⁶. En el caso en concreto, afirmó que las manifestaciones efectuadas por el Estado hacen “posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso”¹⁷, como resultado de lo anterior, concluyó que dichas prácticas se convierten en causas y consecuencias de la violencia de género contra la mujer¹⁸.

En el *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro)*¹⁹ la Corte resaltó que los estereotipos de género son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y se deben tomar medidas para erradicarlos²⁰. En el mismo orden de argumentos, en el caso *Atala Riffo y Niñas*²¹ indicó que:

[E]xigirle a la madre que condicionara sus opciones de vida implica utilizar una concepción ‘tradicional’ sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas y que en pos de esto hubiera debido privilegiar la crianza de los niños y niñas

15. Informe de fondo No. 81/13, Caso 12.743, Homero Flor Freire (Ecuador), párr. 83.

16. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 401. Ver también, Corte IDH. *Caso Espinoza González Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 268.

17. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 401.

18. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 401.

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

20. *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica*, Sentencia de 28 noviembre de 2012, párr. 302.

21. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

renunciando a un aspecto esencial de su identidad [...]”²².

En el caso *Fornerón e Hija*²³ la Corte observó que existió en el caso “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”²⁴, así afirmó que “una determinación a partir de presunciones y estereotipos sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño [o la niña] no es adecuada para asegurar el interés superior de [la niñez]”²⁵.

En el mencionado caso *Atala*, la Corte estableció que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, preconcepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños²⁶. Por ende, estableció que la injerencia arbitraria se fundó en una “visión estereotipada sobre los alcances de la orientación sexual” y que esta, “es parte de la intimidad de una persona y no tiene relevancia para analizar aspectos relacionados con la buena o mala paternidad o maternidad”²⁷.

1. La discriminación contra las mujeres en el ejercicio de sus derechos reproductivos

La Corte ha identificado en varios casos situaciones relacionadas con la capacidad reproductiva que han afectado desproporcionadamente a las mujeres. *Kákmok Kásek vs. Paraguay* fue la primera decisión de la Corte que identificó el embarazo como un factor que agravó las violaciones en dicha comunidad indígena. En el caso se enfatizó que la pobreza extrema y la falta de cuidado adecuado para mujeres embarazadas o mujeres que recientemente han tenido partos, tienen como resultado altas tasas de

22. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, Sentencia del 24 de febrero de 2012, párr. 140.

23. Corte IDH. *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242

24. *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*, Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 94

25. *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*, Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 99.

26. Sobre el concepto de estereotipos, cfr. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 401.

27. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, Sentencia del 24 de febrero de 2012, párr. 166.

mortalidad y morbilidad materna²⁸. Asimismo, en el caso *Gelman*²⁹ la Corte aseveró que el estado de embarazo en que se encontraba la víctima cuando fue detenida, constituía la condición de particular vulnerabilidad por la cual se dio una afectación diferenciada en su caso³⁰; este caso reveló “una particular concepción del cuerpo de la mujer que atenta contra su libre maternidad, lo que forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres”³¹.

En el caso *Fecundación in vitro* la Corte indicó que “el impacto la utilización de las tecnologías de reproducción asistida se relaciona especialmente con el cuerpo de las mujeres”³², así consideró que la interrupción en la continuidad del tratamiento de FIV “tiene un impacto diferenciado en las mujeres porque era en sus cuerpos donde se concretizaban intervenciones como la inducción ovárica u otras intervenciones destinadas a realizar el proyecto familiar asociado a la FIV”³³. La Corte reconoció el vínculo entre el derecho a la vida privada, la autonomía reproductiva y el acceso adecuado a servicios de salud reproductiva y tecnología médica³⁴, afirmando que el derecho a la vida privada incluye el derecho a decidir si ser madre o padre³⁵. Esta decisión concluyó que la prohibición emanada de la Sala Constitucional de Costa Rica al haber basado su decisión “en una protección absoluta del embrión” y que el no tener derechos que pudiesen estar en conflicto constituyo una interferencia arbitraria, excesiva y desproporcionada a los derecho de vida privada y familiar de las víctimas³⁶.

Recientemente, la CIDH presentó ante la Corte³⁷ el caso de *I.V vs. Bolivia*³⁸, el cual se relaciona con la intervención quirúrgica sin consentimiento en un hospital público a

28. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, Sentencia de 24 de agosto de 2010, párr. 233.

29. Corte IDH, *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221

30. *Caso Gelman Vs. Uruguay*, Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrs. 97-98.

31. *Caso Gelman Vs. Uruguay*, Sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 97.

32. *Caso Artavia Murillo y otros [Fecundación in vitro] Vs. Costa Rica*, Sentencia de 28 noviembre de 2012, párr. 299. Ver también, “[...hay] un impacto diferenciado en las mujeres porque era en sus cuerpos donde se concretizaban intervenciones como la inducción ovárica u otras intervenciones destinadas a realizar el proyecto familiar asociado a la FIV”. *Caso Artavia Murillo y otros [Fecundación in vitro] Vs. Costa Rica*, Sentencia de 28 noviembre de 2012, párr. 300.

33. *Caso Artavia Murillo y otros [Fecundación in vitro] Vs. Costa Rica*, Sentencia de 28 noviembre de 2012, párr. 300.

34. *Caso Artavia Murillo y otros [Fecundación in vitro] Vs. Costa Rica*, Sentencia de 28 noviembre de 2012, párr. 146.

35. Al explicar el contenido de ese derecho, la Corte invocó el artículo 16 (e) de CEDAW que garantiza el derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente sobre el número y espaciamiento de sus hijos, así como a tener acceso a la información, educación y a los medios necesarios para ejercer este derecho, ver *Caso Artavia Murillo y otros [Fecundación in vitro] Vs. Costa Rica*, Sentencia de 28 noviembre de 2012, párr. 146.

36. *Caso Artavia Murillo y otros [Fecundación in vitro] Vs. Costa Rica*, Sentencia de 28 noviembre de 2012, párr. 316.

37. El caso fue notificado por la Corte IDH el 17 de julio de 2015, tramite disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/tramite/i_v.pdf [última revisión de 7 de octubre de 2015].

38. CIDH, Informe de fondo No. 72/14, Caso 12.665, I.V. (Bolivia), 15 de agosto de 2014.

I.V, que resultó en la pérdida permanente de su función reproductora. La CIDH concluyó que dicha intervención constituyó una violación a la integridad física y psicológica de la señora I.V, así como a su derecho a vivir libre de violencia y discriminación, de acceso a la información y a la vida privada y familiar, entendiendo la autonomía reproductiva como parte de tales derechos.

2. La afectación especial por la situación de vulnerabilidad

La Convención de Belém do Pará³⁹ estableció la obligación del Estado de tomar en consideración la intersección de distintas formas de discriminación que puede sufrir una mujer por diversos factores combinados con su sexo, como su edad, raza, etnia y posición económica, entre otros⁴⁰. Se identifican en las decisiones de la Corte tres grupos: (i) mujeres indígenas; (ii) mujeres en el conflicto armado; y (iii) defensoras de derechos humanos.

En primer lugar, en relación a las mujeres indígenas, la Corte se refirió en los casos *Fernández Ortega*⁴¹ y *Rosendo Cantú*⁴² a los obstáculos particulares que enfrentan para acceder a la justicia, como son: (i) el idioma, no tener acceso a intérpretes, y (ii) la escasez de recursos económicos para acceder a una representación legal, entre otros⁴³. La Corte consideró que para las mujeres indígenas éstas barreras son particularmente graves dado que también “se enfrentan al rechazo y al ostracismo de sus comunidades cuando denuncian crímenes con causas específicas de género”⁴⁴. En ambos casos la Corte afirmó las múltiples formas de discriminación y violencia que puede sufrir una mujer indígena por su sexo, raza, etnia y posición económica.

En segundo lugar, en relación a la situación de las mujeres en los conflictos

39. Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar Y Erradicar La Violencia Contra La Mujer “Convención De Belém Do Pará”.

40. El artículo 9 de la Convención de Belém do Pará establece que “los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada”.

41. Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215.

42. Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216.

43. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*, Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 78; *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 185. En relación a la escasez de recursos, ver Informe No. 59/14 Petición 12.376, Informe de Solución Amistosa Alba Lucia Rodríguez Cardona, Colombia.

44. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*, párr. **; *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, párr. **.

armados, la Corte en los casos *de la Masacre de Mapiripán*⁴⁵ e *Ituango*⁴⁶ estableció que la vulnerabilidad de los desplazados “afecta con especial fuerza a las mujeres, quienes principalmente son cabezas de hogar y representan más de la mitad de la población desplazada”⁴⁷. Así, en los casos de las Masacres en Guatemala⁴⁸ afirmó que “durante el conflicto armado las mujeres fueron particularmente seleccionadas como víctimas de violencia sexual”⁴⁹. En dichos casos, la Corte dio por probado que “[l]a violación sexual de las mujeres fue una práctica del Estado, ejecutada en el contexto de las masacres, dirigida a destruir la dignidad de la mujer a nivel cultural, social, familiar e individual”⁵⁰.

Por último, en relación a las defensoras de derechos humanos, en el caso *Defensor de Derechos Humanos* en relación a las medidas de protección, la Corte afirmó la especial importancia del enfoque de género dentro del procedimiento de evaluación del riesgo, por el impacto diferenciado en el nivel de riesgo y la implementación de las medidas de protección que puede tener ser mujeres⁵¹. En 2014, la CIDH interpuso el caso *Ana Teresa Yarce y otras vs. Colombia*⁵², relacionado con las amenazadas, hostigamientos y el desplazamiento de cinco defensoras⁵³. La CIDH consideró que los hechos ocurrieron por el incumplimiento del deber acentuado de protección que tenía el Estado, reforzado por la situación de riesgo particular de las mujeres defensoras de derechos humanos, en razón de la discriminación histórica que han sufrido y las particularidades de su trabajo⁵⁴.

45. Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.

46. Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148.

47. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Sentencia de 15 de Septiembre de 2005, párr. 175; *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006, párr. 125.106, 212.

48. Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211 y Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105.

49. *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*. Sentencia de 24 de noviembre de 2009, párr. 139 y *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Sentencia de 29 de abril de 2004, párr. 141.

50. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala*. Sentencia de 24 de noviembre de 2009, párr. 139.

51. Corte IDH. *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 283, párr. 157.

52. CIDH, Informe de fondo No. 86/13, Caso 12.595, Ana Teresa Yarce y Otras (Colombia), 4 de noviembre de 2013.

53. El caso fue notificado por la Corte el 24 de julio de 2014, tramite esta disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/tramite/yarce_y_otros.pdf [última revisión de 7 de octubre de 2015].

54. Nota de Remisión, Informe de fondo No. 86/13, Caso 12.595, Ana Teresa Yarce y Otras, (Comuna 13) [Colombia].

3. La protección de las personas en razón de su orientación sexual o identidad de género real o percibida

La interpretación del artículo 1.1 de la CADH, permitió a la Corte determinar que “la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la [CADH]” por lo que “está proscrita [...] cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona”⁵⁵, ya que “[l]os criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la [CADH], no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo”⁵⁶.

La Corte en *Atala Riffo*⁵⁷, al identificar una diferencia de trato fundada en la orientación sexual de una persona, procedió a analizar la justificación brindada por el Estado⁵⁸; para determinar si el objetivo de la distinción atendía a un fin legítimo imperioso⁵⁹ y era adecuado para cumplir con la finalidad⁶⁰. Estableció que la restricción del derecho a la igualdad con base en la orientación sexual “exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio”⁶¹. Asimismo, la Corte enmarcó dentro del derecho a la vida privada, “las conductas en el ejercicio de la homosexualidad”, e identificó a la orientación sexual como “un componente esencial de la identidad de la persona”⁶².

La CIDH sometió ante la jurisdicción de la Corte dos casos relacionados a la comunidad LGBTI⁶³. El caso *Duque* se relaciona sobre la negativa del Estado de otorgarle a la víctima una pensión de sobrevivencia de su pareja, ya que la ley limitaba la calidad de beneficiario de dicha pensión al cónyuge o compañero permanente, siempre que

55. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Sentencia del 24 de febrero de 2012, párr. 91.

56. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Sentencia del 24 de febrero de 2012, párr. 91.

57. En dicho caso, un tribunal chileno encargado de la causa de tuición seguida en contra de la señora Karen Atala por la custodia de sus tres hijas fue decidido en su perjuicio debido a su orientación sexual. El Estado chileno alegó que dicha decisión judicial pretendía la protección del principio del interés superior del niño.

58. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Sentencia del 24 de febrero de 2012, párr. 99.

59. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Sentencia del 24 de febrero de 2012, párr. 107.

60. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Sentencia del 24 de febrero de 2012, párr. 114.

61. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Sentencia del 24 de febrero de 2012, párr. 124. En términos similares, la CIDH afirmó que distinciones con base en la orientación sexual deben ser consideradas categorías sospechosas, y por lo tanto, “se presume que la distinción es incompatible con la [CADH]”, Cf. CIDH. Demanda ante la Corte IDH, *Karen Atala e hijas Vs. Chile*, 17 de septiembre de 2010, párrs. 88, 89 y 95.

62. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Sentencia del 24 de febrero de 2012, párr. 139.

63. El trámite del caso Ángel Alberto Duque esta disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/tramite/angel_alberto_duque.pdf [última revisión de 7 de octubre de 2015].

la unión sea entre un hombre y una mujer⁶⁴. La CIDH consideró que la distinción en el acceso a la pensión de sobreviviente por razón de la orientación sexual no era idónea para garantizar la protección de la familia, pues se fundamentaba en una concepción limitada y estereotipada de la familia, que excluye a las familias formadas por parejas homosexuales⁶⁵.

Por último, el caso *Flor Freire* versa sobre su baja del servicio que prestaba en la Fuerza Terrestre ecuatoriana por la aplicación de la normativa militar que sancionaba la “comisión de actos de homosexualidad”. En este sentido, la CIDH determinó que basta que la persona fuera percibida como homosexual para que estuviese protegida por la prohibición de discriminación⁶⁶. Así, la justificación de la normativa se basaba en una concepción estereotipada en contra de las personas homosexuales y su capacidad de ejercer la disciplina militar⁶⁷.

II. La Violencia contra la Mujer

El preámbulo de la Convención Belém do Pará⁶⁸ señala que la violencia contra la mujer es “una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres” y reconoce el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia, que incluye el derecho a ser libre de toda forma de discriminación. La Corte estableció que la violencia contra la mujer no sólo constituye una violación de los derechos humanos, sino que “una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”, que “trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases”⁶⁹.

64. CIDH, Informe de fondo No. 5/14, Caso 12.841, Ángel Alberto Duque (Colombia), 2 de abril de 2014, párrs. 38 a 40.

65. Informe de fondo No. 5/14, Caso 12.841, Ángel Alberto Duque (Colombia), párr.78.

66. Informe de fondo No. 5/14, Caso 12.841, Ángel Alberto Duque (Colombia), párr.82.

67. Informe de fondo No. 5/14, Caso 12.841, Ángel Alberto Duque (Colombia), párrs.111 y 112.

68. La Convención de Belém do Pará cuenta con 32 ratificaciones de Estados Miembros de la OEA.

69. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*. Sentencia de. 30 de agosto de 2010, párr. 118 y *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 108.

En el caso del *Penal Castro Castro Vs. Perú*, por primera vez la Corte afirmó que la violencia de género es una forma de discriminación, estableciendo que “[e]l Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha señalado que dicha discriminación incluye la violencia basada en el sexo, ‘es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada’, y que abarca ‘actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad’⁷⁰.

1. La violencia sexual, elementos y prueba

La Corte abordó por primera vez de manera específica la violencia sexual contra las mujeres en el caso del *Penal Castro Castro*. En la Sentencia se elaboró una definición amplia de *violencia sexual*, se estableció que “se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen en una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno”⁷¹. Posteriormente, el en *caso J* se consideró que la invasión física del cuerpo, el involucramiento del área genital de la presunta víctima, así como las circunstancias en las que se produjo, eliminó cualquier posibilidad de que hubiese habido consentimiento, por lo que constituyó un acto de violencia sexual⁷².

En relación a la *violación sexual*, la Corte consideró que “no implica necesariamente una relación sexual sin consentimiento, por vía vaginal, como se consideró tradicionalmente. [...] También debe entenderse actos de penetración vaginales o anales, sin consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el

⁷⁰. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 303, citando Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general 19 “La violencia contra la mujer”. Doc. HRI/GEN/1/Rev. 1at84 (1994), párr. 6.

⁷¹. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 306. ver Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 191. Posteriormente, el en *caso J* se consideró que la invasión física del cuerpo, el involucramiento del área genital de la presunta víctima, así como las circunstancias en las que se produjo, eliminó cualquier posibilidad de que hubiese habido consentimiento, por lo que constituyó un acto de violencia sexual, *Cfr. Caso J. Vs. Perú*. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, párr. 324.

⁷². Corte IDH. *Caso J. Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, párr. 360.

miembro viril⁷³. Asimismo, se estableció que la violación sexual constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres⁷⁴. Para la Corte la violación sexual “es una experiencia sumamente traumática que puede tener severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico que deja a la víctima humillada física y emocionalmente”⁷⁵, situación difícilmente superable por el paso del tiempo⁷⁶.

La Corte también ha utilizado la existencia de violencia sexual para determinar que un homicidio fue por razones de género. De este modo, en el caso *Veliz Franco*⁷⁷, determinó que el homicidio de la niña María Isabel fue por razones de género, teniendo en cuenta como se encontró el cuerpo⁷⁸, así estableció que “las mujeres víctimas de homicidios por razones de género con frecuencia presenta[n] signos de brutalidad en la violencia ejercida contra ellas, así como signos de violencia sexual o la mutilación de los cuerpos”⁷⁹.

En materia de prueba sobre el hecho, la Corte ha establecido que (i) la declaración de la víctima es prueba fundamental; (ii) las impresiones en dichas declaraciones no significan que estas sean falsas, ya que se refieren a un momento traumático; (iii) las negaciones de la ocurrencia de una agresión denunciada no las desacredita, porque debe analizarse el caso concreto, ni tampoco las calificaciones jurídicas que utilice la víctima en su declaración; por último, (iv) la ausencia de señales físicas no implica que no se han producido maltratos.

En primer lugar, en los casos *Fernández Ortega*⁸⁰ y *Rosendo Cantú*⁸¹ la Corte afirmó que la violación sexual al “[ser] un tipo particular de agresión que, en general,

73. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 310. Así en el caso *J* afirmó que “para que un acto sea considerado violación sexual, es suficiente que se produzca una penetración, por insignificante que sea [...] Además, se debe entender que la penetración vaginal se refiere a la penetración, con cualquier parte del cuerpo del agresor u objetos, de cualquier orificio genital, incluyendo los labios mayores y menores, así como el orificio vaginal *Caso J. Vs. Perú*. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, párr. 359.

74. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 108.

75. La Corte también afirmó que “[l]a violación sexual de una detenida por un agente del Estado “es un acto especialmente grave y reprobable, tomando en cuenta la vulnerabilidad de la víctima y el abuso de poder que despliega el agente”. *Caso J. Vs. Perú*. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, párr. 311.

76. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 311.

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

78. El cadáver de María Isabel fue encontrado con evidentes signos de violencia, inclusive señales de ahorcamiento, una herida en el cráneo, una cortadura en la oreja y mordiscos en las extremidades superiores; su cabeza estaba envuelta por toallas y una bolsa, y tenía alimentos en su boca y su nariz [...], además, la blusa y el bloomer que llevaba estaban rotos en la parte inferior [...], Cfr. *Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de mayo de 2014, párr. 178.

79. *Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de mayo de 2014, párr. 178.

80. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*. Sentencia de 30 de agosto de 2010.

81. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216

se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho⁸².

En segundo lugar, al analizar las declaraciones, la Corte precisó que debe tomarse en cuenta que las agresiones sexuales corresponden a un tipo de delito que la víctima no suele denunciar, por el estigma que dicha denuncia conlleva usualmente. Dichas declaraciones, al referirse a un momento traumático, pueden ser imprecisas, sin embargo, “las imprecisiones en declaraciones relacionadas a violencia sexual o la mención de algunos de los hechos alegados solamente en algunas de éstas no significa que sean falsas o que los hechos relatados carezcan de veracidad”⁸³.

En tercer lugar, cuando la víctima niega la ocurrencia de una agresión sexual denunciada, no necesariamente tal hecho desacredita las declaraciones donde se había indicado lo sucedido, por lo que se debe analizar las declaraciones tomando en cuenta las circunstancias propias del caso y de la víctima⁸⁴. Asimismo, si la víctima califica jurídicamente los hechos, tal calificación debe ser valorada teniendo en cuenta “el significado comúnmente dado a las palabras utilizadas, el cual no necesariamente corresponde a su definición jurídica”, porque lo relevante es la evaluación de los hechos y no de la calificación jurídica⁸⁵.

Por último, la Corte señaló en el *caso J* que “la ausencia de señales físicas no implica que no se han producido maltratos, ya que es frecuente que estos actos de violencia contra las personas no dejen marcas ni cicatrices permanentes”⁸⁶, esto es cierto también para casos de violencia y violación sexual, por lo que no necesariamente se verán reflejados señales físicas en un examen médico⁸⁷.

2. La violencia sexual contra la mujer como una forma de tortura

82. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*. Sentencia de. 30 de agosto de 2010, párr. 100 y *Veliz Franco y otros Vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de mayo de 2014, párr. 150.

83. *Caso J. Vs. Perú*. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, párr. 324.

84. *Caso J. Vs. Perú*. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, párr. 324.

85. *Caso J. Vs. Perú*. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, párr. 324.

86. *Caso J. Vs. Perú*. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, párr. 329.

87. *Caso J. Vs. Perú*. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, párr. 329.

La Corte en el caso *del Penal Castro Castro* luego de determinar que la violencia sexual contra la mujer tiene consecuencias físicas y psicológicas, que se ven agravadas en los casos de mujeres detenidas, por “la vulnerabilidad de la víctima y el abuso de poder que despliega el agente”⁸⁸, afirmó que, tomando en cuenta lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la violación sexual por dichos efectos había constituido tortura⁸⁹. En *Fernández Ortega y Rosendo Cantú*⁹⁰ la Corte examinó los criterios establecidos en la mencionada Convención para determinar la existencia de tortura relativos a: i) la intención; ii) si causa severos sufrimientos físicos o mentales, y iii) si se comete con determinado fin o propósito.

De este modo, en primer lugar, constató la existencia de un acto intencional, debido a que el maltrato fue deliberadamente infligido en contra de las víctimas. En segundo lugar, en cuanto al sufrimiento físico, aunque en un caso el certificado médico no evidenciaba lesiones físicas, la Corte tomó en cuenta la prueba testimonial aportada que indicaba que se encontraba lastimada con dolores físicos; y afirmó que “un acto de tortura puede ser perpetrado tanto mediante actos de violencia física como a través de actos que produzcan en la víctima un sufrimiento psíquico o moral agudo”⁹¹, y determinó que “es inherente a la violación sexual el sufrimiento severo de la víctima, aun cuando no exista evidencia de lesiones o enfermedades físicas”⁹². En el caso concreto determinó que el “sufrimiento padecido por la señora Fernández Ortega, al ser obligada a mantener un acto sexual contra su voluntad, hecho además que fue observado por otras dos personas, es de la mayor intensidad”⁹³. Por último, en relación al tercer requisito, la Corte consideró que, “en términos generales, la violación sexual, al igual que la tortura, persigue entre otros, los fines de intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que la sufre”⁹⁴, en ambos casos, la Corte dio por

88. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 311.

89. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 311.

90. Dichos requisitos también fueron comprobados en el *caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012, párr. 165. Asimismo, ver *Caso Espinoza González Vs. Perú*. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, párr. 150 y *Caso J. Vs. Perú*. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, párr. 195.

91. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*, Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 124; *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 114.

92. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*, Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 124; *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 114..

93. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*, Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 124; *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 114.

94. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*, Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 127 y *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 117.

probado que dichos actos tuvieron una finalidad específica de castigo ante la falta de información solicitada⁹⁵.

III. Las Obligaciones del Estado

El derecho de protección igualitaria de la ley y la no discriminación implica que los Estados tienen la obligación de (i) abstenerse de introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en diferentes grupos de una población, (ii) eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, (iii) combatir las prácticas discriminatorias, y (iv) establecer normas y adoptar las medidas necesarias para reconocer y asegurar una efectiva igualdad de todas las personas ante la ley⁹⁶.

La Corte ha señalado que en casos de violencia contra las mujeres el deber de investigar efectivamente tiene alcances adicionales⁹⁷. Así, la Convención de *Belém do Pará* establece que la obligación de actuar con la debida diligencia adquiere una connotación especial en casos de violencia contra las mujeres⁹⁸. La obligación de los Estados incluye los deberes de investigar, procesar y condenar a los responsables, así como el deber de “prevenir estas prácticas degradantes”⁹⁹.

La impunidad de los delitos contra las mujeres envía el mensaje que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una

95. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*, Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 127 y *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 117.

96. Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 141 y *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, párr. 88, citados en Corte IDH, *Caso López Álvarez*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 170.

97. La Corte ha establecido que en casos de violencia contra la mujer las obligaciones generales establecidas en los artículos 8 y 25 de la CADH se complementan y refuerzan, para aquellos Estados que son Parte, con las obligaciones derivadas del artículo 7.b de la Convención de *Belém do Pará*, ver *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*, Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 167; *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 177; *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*. Sentencia de 25 de octubre de 2011, párr. 243.

98. CIDH, *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, OEA/Ser. L/N/II. doc. 68, 20 de enero de 2007, párr. 32.

99. Informe de Fondo, No. 54/01, Maria Da Penha Fernandes (Brasil), párr. 56.

persistente desconfianza de éstas en la administración de justicia¹⁰⁰.

1. El deber de prevención

La Corte estableció que los Estados “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 mujer¹⁰¹”.

En *Kákmok Kásek* la Corte afirmó el deber del Estado de adoptar “políticas de salud adecuadas que permitan ofrecer asistencia con personal entrenado adecuadamente para la atención de los nacimientos, políticas de prevención de la mortalidad materna a través de controles prenatales y post-parto adecuados, e instrumentos legales y administrativos en políticas de salud que permitan documentar adecuadamente los casos de mortalidad materna. Lo anterior, en razón a que las mujeres en estado de embarazo requieren medidas de especial protección¹⁰². Asimismo, en *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* se estableció el deber prestar especial atención y cuidado a la protección de [las mujeres] y adoptar medidas especiales que garanticen a las madres, en especial durante la gestación, el parto y el período de lactancia, el acceso a servicios adecuados de atención médica¹⁰³.

En relación a la responsabilidad del Estado por actos de terceros, la Corte estableció que debe tenerse en cuenta las circunstancias particulares y las obligaciones de garantía específicas, en consecuencia determinó que:

[L]as obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implican una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar

100. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 400. Ver también, CIDH, Informe de Fondo, N° 54/01, *María Da Penha Fernandes* (Brasil), 16 de abril de 2001, párr. 56. Ver también, Informe de Fondo, No. 54/01, *María Da Penha Fernandes* (Brasil), párr. 56.

101. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 258.

102. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, Sentencia de 24 de agosto de 2010, párrs. 233–234.

103. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr.177.

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 riesgo¹⁰⁴.

La Corte evaluó la responsabilidad del Estado y el conocimiento de una situación real de riesgo en dos momentos claves, el primero antes de la desaparición de las víctimas y el segundo antes de la localización de sus cuerpos sin vida. Así en *Campo Algodonero* y *Veliz Franco*¹⁰⁵ se evaluó el contexto del caso para determinar que dicho 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 primeros días”¹⁰⁶. Determinó también que esta obligación al ser de medio, es más estricta y por lo tanto “es imprescindible la actuación pronta e inmediata de las autoridades policiales, fiscales y judiciales ordenando medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de las víctimas o el lugar donde puedan encontrarse privadas de libertad. Deben existir procedimientos adecuados para las denuncias y que éstas conlleven una investigación efectiva desde [el comienzo]”¹⁰⁷.

2. El deber de investigar con debida diligencia

La Corte estableció que el Estado tiene la obligación de investigar *de oficio* cuando tiene conocimiento de hechos relacionados con violencia contra la mujer, así en el caso *J* la Corte estableció que “el deber de investigar constituye una obligación estatal imperativa que deriva del derecho internacional y no puede desecharse o condicionarse por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole”¹⁰⁸.

En casos de alegados actos de violencia contra la mujer, la investigación penal debe incluir una perspectiva de género y realizarse por funcionarios capacitados

104. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 280.

105. *Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de mayo de 2014, párr. 138.

106. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 283 y *Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de mayo de 2014, párr. 139 y 153.

107. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 283 y *Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de mayo de 2014, párr. 139 y 153.

108. *Caso J. Vs. Perú*. Sentencia de 27 de noviembre de 2013.

en casos similares y en atención a víctimas de discriminación y violencia en razón de género. Para determinar si el acto de agresión o el homicidio fueron perpetrados en razón de género de la víctima, los Estados tienen el deber de ordenar de oficio los exámenes y pericias correspondientes tendientes a verificar si el homicidio tuvo un móvil sexual o si se produjo algún tipo de violencia sexual, por lo que la investigación no debe abarcar otras afectaciones específicas contra la integridad personal, tales como torturas y actos de violencia sexual y no solo el homicidio¹⁰⁹. Por último, deben existir reglas para la valoración de la prueba que evite afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas¹¹⁰.

La Corte especificó, en el caso *Espinoza González*, obligaciones especiales que deben ser cumplidas en la investigación penal por violencia sexual, entre las que se encuentran i) la documentación de los actos investigativos, (ii) el manejo diligente de la prueba y la correcta cadena de custodia; ii) el acceso a asistencia jurídica gratuita a la víctima, y iii) la atención médica, sanitaria y psicológica a la víctima, tanto de emergencia como de forma continuada si así se requiere mediante un protocolo de atención cuyo objetivo sea reducir las consecuencias de la violación¹¹¹.

Asimismo, la Corte en los casos *Fernández Ortega* y *Rosendo Cantú* que en la investigación en casos de violencia sexual se debe intentar evitar en lo posible la revictimización o reexperimentación profunda del trauma¹¹². En el caso *Espinoza Gonzales*, la Corte explicó como deben llevarse a cabo las entrevistas que se realicen a una persona que afirma haber sido sometida a actos de tortura, y de forma especial a las víctimas de violencia o violación sexual¹¹³. Por último, consideró que una garantía para el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual debe ser la previsión de reglas para la valoración de la prueba que evite afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas¹¹⁴.

Por último, la CIDH presentó a la Corte en marzo de 2014 el caso *Claudina Isabel Velásquez*¹¹⁵, este caso se refiere a la falta de adopción de medidas inmediatas y exhaustivas de búsqueda y protección a favor de la víctima durante las primeras horas

109. *Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de mayo de 2014, párr. 187.

110. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 470 y *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú*. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, párr. 278.

111. *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú*. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, párr. 242.

112. ver *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*, Sentencia de 30 de agosto de 2010, *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, Sentencia de 31 de agosto de 2010.

113. *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú*. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, párr. 248 y 249. .

114. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 470 y *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú*. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, párr. 278.

115. CIDH, Informe de Fondo N° 53/13, Caso 12.777, *Claudina Isabel Velázquez Paiz y otros* (Guatemala), 2013.

de su desaparición¹¹⁶. Esto, a pesar del conocimiento por parte de las autoridades estatales de la existencia de un contexto de violencia contra las mujeres que ubicaba a la víctima en una clara situación de riesgo inminente; en el proceso se tomaron en consideración estereotipos discriminatorios que tuvieron un serio impacto en la falta de diligencia en la investigación.

3. Las Reparaciones con perspectiva de género

La Corte, siguiendo la doctrina contemporánea¹¹⁷ ha identificado distintas formas de reparación tales como la *restitutio in integrum*, indemnización, satisfacción, rehabilitación, garantías de no repetición. A continuación se indican brevemente algunos ejemplos de las medidas de Reparación no Pecuniarias que ha emitido la Corte con perspectiva de género.

La Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer resaltó la importancia de las garantías de no repetición, ya que “[i]enen] el mayor potencial transformador, [...] son las más propicias para transformar las relaciones de género, pues catalizan el debate acerca de las causas subyacentes de la violencia de género y de las reformas institucionales o jurídicas más generales que pudieran hacerse necesarias para impedir que el mal se repita”¹¹⁸.

Restitución

La Corte subrayó por primera vez, en el caso *Campo Algodonero* la necesidad de ir más allá de las medidas de restitución en los casos de violencia contra la mujer y de elaborar reparaciones orientadas a abordar el contexto de la discriminación estructural que promueve la repetición de los casos de violencia contra la mujer¹¹⁹. En el caso, la Corte afirmó que

116. El trámite del caso se encuentra disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/tramite/velasquez_paiz_y_otros.pdf [última revisión de 7 de octubre de 2015].

117. Cfr. Theo van Boven (special rapporteur). Study Concerning the Rights to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms -Final Report, U.N. Commission on Human Rights, doc. E-CN.4-Sub.2- 1993-8, de 02.07.1993, pp. 1-65.

118. *Consejo de Derechos Humanos*, Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, A/HRC/14/22, 19 de abril de 2010, p. 26.

119. *Caso de González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*, Sentencia del 16 de noviembre de 2009, párr. 450.

[E]l concepto de “reparación integral” (*restitutio in integrum*) implica el [re]establecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados. Sin embargo, teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos ocurridos en el presente caso y que fue reconocida por el Estado [...], ***las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo.*** En este sentido, no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación¹²⁰. [Subrayado añadido]

En el *Caso de Atala Riffo y Niñas* indicó reparaciones transformadoras en el contexto de la discriminación por razones de orientación sexual y de identidad de género. Reconoció que “algunas de las reparaciones deben tener una vocación transformadora [... que tengan] un efecto [...] restitutivo [y] correctivo hacia cambios estructurales que desarticulen aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación contra la población LGTBI”¹²¹.

Rehabilitación

En los casos *Fernández Ortega y otros* y *Rosendo Cantú y otra*¹²², la Corte ordenó “[a]l Estado [a] brindar[...a las víctimas] gratuitamente y de forma inmediata, el tratamiento médico y psicológico que requieran”. En estos casos, se agregó la provisión de intérpretes, ya que las víctimas de este caso son mujeres indígenas.

En el caso *Espinoza González* se estableció especialmente, que dicha atención médica debe asegurar que “Asimismo, el Estado deberá asegurar que los profesionales que sean asignados valoren debidamente las condiciones psicológicas y físicas de la víctima y tengan la experiencia y formación suficientes para tratar tanto los problemas

120. *Caso de González y otras (‘Campo Algodonero’) Vs. México*, Sentencia del 16 de noviembre de 2009, párr. 450.

121. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Sentencia del 24 de febrero de 2012, párr. 269.

122. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*, Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 251 y 252 y *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 252 y 253.

de salud físicos que padezca como los traumas psicológicos ocasionados como resultado de los tratos crueles, inhumanos y degradantes, y la tortura que sufrió, la cual incluyó la violación sexual y otras formas de violencia sexual¹²³.

Satisfacción

En el caso *Campo Algodonero* la Corte ordenó que “se levante un monumento en memoria de las mujeres víctimas de homicidio por razones de género en Ciudad Juárez, entre ellas las víctimas de este caso, como forma de dignificarlas y como recuerdo del contexto de violencia que padecieron y que el Estado se compromete a evitar en el futuro”¹²⁴.

Garantías de no repetición

En el caso *Campo Algodonero* la Corte ordenó la armonización de los protocolos penales de México con las normas internacionales para los casos de desaparición forzada, abuso sexual y asesinato de mujeres, así como la implementación de programas educativos y de capacitación en derechos humanos con una perspectiva de género¹²⁵. La Corte estableció parámetros que dichos protocolos deberían contener, entre ellos: (i) la búsqueda debe ser de oficio y sin dilación alguna, cuando se presenten casos de desaparición; ii) se debe tener un trabajo coordinado entre los diferentes cuerpos de seguridad; iii) se deben eliminar los obstáculos de hecho o de derecho que le reste efectividad a la búsqueda o que haga imposible su inicio; iv) se deben asignar los recursos humanos, económicos, logísticos, científicos o de cualquier índole que sean necesarios para el éxito de la búsqueda¹²⁶.

En los casos *Rosendo Cantú* y *Fernández Ortega*, ordenó que el Estado continúe “implementando programas y cursos permanentes de capacitación sobre investigación diligente en casos de violencia sexual contra las mujeres, que incluyan una perspectiva de género y etnicidad; además, a “implementar, un programa o curso permanente y obligatorio de capacitación y formación en derechos humanos, dirigido a los miembros

123. *Caso Espinoza González Vs. Perú*. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, párr. 314.

124. *Caso de González y otras Campo Algodonero Vs. México*, Sentencia del 16 de noviembre de 2009, párr. 471.

125. *Caso de González y otras Campo Algodonero Vs. México*, Sentencia del 16 de noviembre de 2009, párr. 502. y 540.

126. *Caso de González y otras Campo Algodonero Vs. México*, Sentencia del 16 de noviembre de 2009, párr. 506.

de las Fuerzas Armadas. Asimismo, ordenó “que el Estado facilite los recursos necesarios para que la comunidad indígena me’phaa de Barranca Tecoani establezca un centro comunitario, que se constituya como centro de la mujer, en el que se desarrollen actividades educativas en derechos humanos y derechos de la mujer, bajo responsabilidad y gestión de las mujeres de la comunidad, incluida la señora Fernández Ortega si así lo desea. El Estado debe facilitar que sus instituciones y organizaciones de la sociedad civil especializadas en derechos humanos y género brinden asistencia en las acciones de capacitación comunitaria, las cuales deberán adecuarse a la cosmovisión de la comunidad indígena”¹²⁷.

En el caso de *Fecundación in Vitro* ordenó a Costa Rica “implement[ar] programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación”, además, “adopt[ar] las medidas apropiadas para que quede sin efecto con la mayor celeridad posible la prohibición de practicar la FIV”¹²⁸.

En el *Caso de Atala Riffo y Niñas* ordenó la capacitación de los funcionarios públicos, en cuestiones de derechos humanos, orientación sexual y no discriminación, así como cambios legales y administrativos para incorporar la no discriminación y la orientación sexual dentro de las garantías judiciales¹²⁹.

Obligación investigar los hechos, determinar responsables y, en su caso, sancionar

En los casos *Rosendo Cantú* y *Fernández Ortega*, la Corte ordenó “que durante la investigación y el juzgamiento, el Estado debe asegurar el pleno acceso y capacidad de actuar de la víctima en todas las etapas. En un caso como el presente en el que la víctima, mujer e indígena, ha tenido que enfrentar diversos obstáculos en el acceso a la justicia, el Estado tiene el deber de continuar proporcionando los medios para que la víctima acceda y participe en las diligencias del caso, para lo cual debe asegurar la provisión de intérprete y apoyo desde una perspectiva de género, en consideración de sus circunstancias de especial vulnerabilidad”¹³⁰.

127. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*, Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 261 y *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 252 y 253.

128. *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica*, Sentencia de 28 noviembre de 2012, párr. 336

129. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Sentencia del 24 de febrero de 2012, párr. 269 y 267.

130. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*, Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 230 y *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 213.

En el caso *Veliz Franco* la Corte estableció los parámetros que debe tener la investigación, entre ellos afirmó que “[d]icha investigación deberá incluir una perspectiva de género, emprender líneas de investigación específicas respecto a violencia sexual, y posibilitar a los familiares de la víctima información sobre los avances en la investigación, de conformidad con la legislación interna, y en su caso, la participación adecuada en el proceso penal. Asimismo, la investigación debe realizarse por funcionarios capacitados en casos similares y en atención a víctimas de discriminación y violencia por razón de género”¹³¹.

131. *Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de mayo de 2014, párr. 251.

Avances, aproximaciones y desafíos emergentes en el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y tribales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Jorge Calderón Gamboa¹

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) es hoy en día un referente para el importante desarrollo en el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y tribales a nivel internacional, con un impacto para más de 45 millones de personas indígenas, integrantes de un aproximado de 826 pueblos indígenas en la región latinoamericana².

Es así como el Derecho Internacional ha dado pasos recientes, en los términos de la historia de la humanidad, en el reconocimiento de los derechos de los Pueblos Indígenas. En esta esfera, fue con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1989³ que se dio el primer reconocimiento efectivo de sus derechos

1. Abogado Coordinador *Senior* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lic. Universidad Iberoamericana, México DF; Maestría (LL.M.) en *International Legal Studies*, American University, Washington Collage of Law. Las opiniones aquí expresadas son exclusividad del autor y no representan la opinión de la Corte IDH. Correo electrónico: jorgecalderon@cortheidh.or.cr

2. ONU. CEPAL. Los Pueblos Indígenas en América Latina: Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos. 2014, pág. 12. Dicha cifra, tomando en cuenta su auto reconocimiento. Actualmente es posible contabilizar 826 pueblos indígenas en los países de la región, también con un panorama muy diverso: en un extremo se ubican el Brasil, donde existen 305 pueblos indígenas, y luego Colombia (102), el Perú (85) y México (78); y en el otro, Costa Rica y Panamá, en cada uno de los cuales viven 9 pueblos indígenas, y luego El Salvador (3) y el Uruguay (2).

3. *Convention concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries (ILO No. 169)*, 72 ILO Official Bull. 59, entered into force Sept. 5, 1991. El Convenio 169 de la OIT sobre los Pueblos Indígenas y Tribales fue el primer convenio internacional que trató a las necesidades específicas de derechos humanos de los pueblos indígenas. El Convenio perfila las responsabilidades de los gobiernos en la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas. <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang--es/index.htm>

colectivos. La Declaración de Pueblos Indígenas de la ONU⁴, aprobada por la Asamblea General en el 2007 reconoció derechos colectivos, incluyendo sobre el territorio y los recursos naturales. En el Sistema Interamericano desde 1997 se ha trabajado en el Proyecto de Declaración Americana de los Pueblos Indígenas⁵ que hasta la fecha no ha sido aprobada por los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA). Por su parte, la Comisión⁶ (la Comisión o la CIDH) y la Corte IDH han venido trabajando, principalmente a partir de este milenio, en el análisis de casos contenciosos donde se han sentado importantes estándares respecto de los derechos de los pueblos indígenas en las Américas. En los últimos años, la jurisprudencia de la Corte IDH ha impactado de manera sustantiva en el desarrollo de estos derechos en la región y a nivel internacional.

La Corte Interamericana ha conocido de al menos 22 casos contenciosos relacionados con temas indígenas o tribales, referentes a 9 países del continente Americano. A saber: *Aloeboetoe vs. Suriname*; *Awás Tingni vs. Nicaragua*; *Yakye Axa vs. Paraguay*; *Moiwana vs. Suriname*; *Plan de Sánchez Vs. Guatemala*; *Yatama vs. Nicaragua*; *López Álvarez vs. Honduras*; *Escué Zapata Vs. Colombia*; *Sawhoyamaya vs. Paraguay*; *Saramaka Vs. Suriname*; *Tiu Tojín Vs. Guatemala*; *Chitay Nech Vs. Guatemala*; *Xámok Kasek. Paraguay*; *Fernández Ortega Vs. México*; *Rosendo Cantú Vs. México*; *Sarayaku Vs. Ecuador*; *Operación Génesis Vs. Colombia*; *Norín Catrimán Vs. Chile*; *Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano Panamá Vs. Honduras*; *Garífunas de Triunfo de la Cruz Vs. Honduras*; *Garífunas de Punta Piedra Vs. Honduras*; *Kaliña y Lokonos Vs. Suriname*⁷.

4. UN-GA. Resolution, A/RES/61/295, [A/61/PV.107, 13 Sept. 2007 GA/10612] *The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Antecedent: Human Rights Council Res. 2006/2, Working group of the Commission on Human Rights to elaborate a Draft Declaration in accordance with paragraph 5 of the General Assembly res. 49/214 of 23 December 1994 [2006]. Establece derechos colectivos en mayor grado que cualquier otro documento protector de los derechos humanos a nivel internacional. También protege el derecho de pueblos indígenas de poseer la tierra colectivamente y la protección de sus recursos naturales. *Cfr.* Artículos 25 a 32.

5. Propuesta de Declaración Americana sobre Derecho de los Pueblos Indígenas [Aprobada por la CIDH el 26 de febrero de 1997, en su 95 Período Ordinario de Sesiones.], OEA/Ser/L/V/II.95 Doc.6 (1997). http://www.oas.org/OASpage/Events/default.asp?eve_code=8

6. La Comisión Interamericana cuenta con una Relatoría de Pueblos Indígenas desde el año 1990, la cual emite informes temáticos, reportes de países, realiza visitas *in loco*, etc. La CIDH ha emitido resoluciones en los siguientes casos, *inter alia*: *Dann Case Vs. USA* [2002]; *Comunidad de San Mateo de Huanchor respecto Perú* [2004], *Mercedes Julián Huenteeo Berioza respecto Chile* [2004], *Yanomani respecto Brasil*; *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice)* [2004]. *Comunidad de la Oroya respecto Perú* [2007]. *Ver.* Informe sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. 30 de diciembre de 2009. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 Ver. <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Indice.htm>.

7. Los últimos tres casos, dos de Honduras y uno de Suriname, se encuentran pendientes de resolución ante la Corte, ha ser resueltos a finales de 2015.

Las principales temáticas abordadas han versado sobre: a) los derechos a la propiedad colectiva; b) el derecho a la vida digna de las comunidades; c) los derechos políticos; c) el reconocimiento de su personalidad jurídica; d) el derecho a la lengua propia; d) los derechos de los niños indígenas; e) el desplazamiento forzado y derecho de circulación; g) el acceso a la justicia h) el derecho a la identidad cultural; i) la prohibición de la discriminación de leyes, estructural, a través de estereotipos; y j) los recursos naturales y proyectos de desarrollo en sus territorios ancestrales, entre otros.

A fin de brindar una protección de tales derechos, la Corte IDH ha debido interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH, tratado de 1969), mediante diversas vías de interpretación, tales como la sistemática, evolutiva, pro persona, ya que dicho tratado no contempló ninguna cláusula especial referente a los derechos de estos pueblos. Es por ello, que la Corte IDH ha utilizado el *corpus juris* internacional en la materia (*supra*)⁸, a fin de dar una interpretación conforme a la CADH.

Sin perjuicio de las amplias temáticas abordadas por la Corte IDH, los mayores ejemplos de esta interpretación del Tribunal en la materia, consisten en lo referente al derecho a la propiedad colectiva y protección de los recursos naturales de los Pueblos Indígenas⁹, así como las garantías de algunos derechos económicos, sociales y culturales, a través del concepto de “vida digna”, temas de referencia a continuación.

I. Avances puntuales en el derecho a la propiedad colectiva

En el caso de la *Comunidad Mayagna* relacionado con la falta de demarcación, delimitación y titulación del territorio ancestral de la Comunidad, frente a afectaciones por concesión de explotación maderera a una empresa privada en su territorio, la Corte IDH por primera ocasión interpretó el artículo 21 de la CADH sobre “propiedad privada” desde una visión más amplia. Así, estableció que mediante una interpretación evolutiva de la Convención, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y de conformidad con el artículo 29.b de dicho tratado --que prohíbe una interpretación

8. Adicionalmente a las ya citadas, *inter alia*: ONU. Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas; ONU. Comité de Derechos Humanos; Comité para la Discriminación Racial; Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas; ONU, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas; Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la CIDH; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

9. Algunos fragmentos de este artículo han sido publicados en el artículo: Calderón Gamboa Jorge. *Pueblos Indígenas y Recursos Naturales en la Jurisprudencia de la Corte IDH*. En Libro: “Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Sistema Interamericano: Principios Básicos”. OEA. Secretaría de Asuntos Jurídicos. 2014. Washington DC.

restrictiva de los derechos--,"el artículo 21 protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal,"¹⁰.

Asimismo, la Corte señaló que los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural¹¹.

En este sentido, la Corte IDH se ha pronunciado respecto de diversos supuestos en que la propiedad tradicional se encuentra en conflicto respecto a situaciones de posesión, despojo o pérdida de la misma, señalando que: 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado¹²; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro¹³; 3) el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de las comunidades indígenas¹⁴; 4) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe¹⁵, y 5) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad¹⁶¹⁷.

10. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 148.

11. *Ibid.* párr. 146.

12. Cfr. *Caso de la Comunidad Mayagna*, párr. 151, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 128.

13. Cfr. *Caso de la Comunidad Mayagna*, *supra*, párr. 151, y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, *supra*, párr. 128.

14. Cfr. *Caso de la Comunidad Mayagna*, *supra*, párr. 164; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, párr. 215, y *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, párr. 194.

15. Cfr. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 133, y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, párr. 128.

16. Cfr. *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, *supra*, 215, párrs. 128.

17. Cfr. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de agosto de 2010. Serie C. 214, párr. 109. , 60, párr. 109.

Además, respecto de la relevancia en la protección del territorio tradicional y sus recursos naturales, la Corte IDH en el caso *Mayagna sumo Awas Tingni* señaló que los Estados deben garantizar la propiedad efectiva de los pueblos indígenas, y abstenerse de realizar actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de su territorio¹⁸. En el caso *Saramaka* estableció que los Estados deben garantizar el derecho de los pueblos indígenas de controlar efectivamente y ser propietarios de su territorio sin ningún tipo de interferencia externa de terceros¹⁹. En el caso *Sarayaku* dispuso que los Estados deben garantizar el derecho de los pueblos indígenas para el control y uso de su territorio y recursos naturales²⁰. En el caso *Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano* la Corte especificó que: 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro, y 3) el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de las comunidades indígenas²¹.

II. Avances en la protección de los recursos naturales

En particular, y respecto de la protección de los recursos naturales en territorio tradicional, en el caso de la *Comunidad Saramaka Vs. Suriname*, referente a la concesión a una empresa privada para llevar a cabo trabajos de explotación maderera y minería en el territorio de la Comunidad afrodescendiente, la Corte analizó a mayor profundidad lo que se refiere a recursos naturales y señaló que tales recursos son los necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo²².

El Tribunal estableció que el artículo 21 de la CADH no impide al Estado emitir concesiones para la exploración o extracción de recursos naturales, no obstante, para

18. *Comunidad Mayagna*, supra, 214, párr. 153 y 164.

19. *Caso del Pueblo Saramaka*, supra 59, párr. 115.

20. *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de junio de 2012 Serie C No. 245.*, párr. 146.

21. *Cfr. Caso Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano*, párr. 117. Ver también: *Caso de la Comunidad Moiwana*, párr. 209; *Caso de la Comunidad Mayagna*, párr. 151 y 153, y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, supra, párr. 109.

22. *Caso del Pueblo Saramaka*, supra, párr. 122.

que éstas no impliquen una denegación de la subsistencia del pueblo como tal y a fin de preservar, proteger y garantizar dicha relación especial de los miembros, el Estado debe cumplir con las siguientes salvaguardias²³: 1) consultar para obtener consentimiento; 2) compartir beneficios generados a partir de las concesiones emitidas; 3) realizar estudios de impacto ambiental y social, y 4) no afectar la sobrevivencia del pueblo. La Corte ha desarrollado el alcance de cada uno de sus aspectos en su jurisprudencia en los casos *Saramaka* y *Sarayaku*.

a) Derecho a ser consultado y obligación de obtener consentimiento

La consulta debe garantizar la participación efectiva de los integrantes de la comunidad y debe ser realizada: i) de buena fe y con el fin de llegar a un acuerdo; ii) conforme a las propias costumbres y tradiciones de la comunidad y métodos tradicionales para la toma de decisiones; iii) en las primeras etapas del proyecto en cuestión, y iv) previa entrega de toda la información relevante, inclusive los posibles riesgos²⁴. La Corte aclaró que es el pueblo y no el Estado quien debe decir sobre quién y quiénes representan a la comunidad en cada proceso de consulta de acuerdo a sus costumbres y tradiciones²⁵. Asimismo, mediante Sentencia de Interpretación, la Corte precisó al menos seis asuntos de consulta para el caso concreto²⁶.

Agregó que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, el Estado tiene la obligación de obtener el “consentimiento” libre, informado y previo de las comunidades, según sus costumbres y tradiciones²⁷. En relación a ello, la salvaguarda de la participación efectiva es un requisito adicional debido al impacto profundo que

23. *Ibid.* párr. 129 y 143.

24. *Ibid.* párr. 133.

25. *Caso del Pueblo Saramaka, supra*, párr. 18.

26. [1] el proceso de delimitación, demarcación y otorgamiento de título colectivo del territorio de los miembros del pueblo *Saramaka*; [2] el proceso mediante el cual se otorgue a los miembros del pueblo *Saramaka* el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad que ellos integran; [3] el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias a fin de reconocer, proteger, garantizar y dar efecto legal al derecho de los integrantes del pueblo *Saramaka* a ser titulares de derechos bajo forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado; [4] el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo *Saramaka* a ser efectivamente consultado, de conformidad con sus tradiciones y costumbres; [5] sobre los resultados de los estudios previos de impacto social y ambiental, y [6] en relación con cualquier restricción a los derechos de propiedad del pueblo *Saramaka*, particularmente respecto de planes de desarrollo o inversión dentro o que afecten el territorio. *Ibid.* párr. 16.

27. *Caso del Pueblo Saramaka, supra*, párr. 134.

dichos planes pueden tener sobre el derecho a la propiedad²⁸.

El caso del *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador (Sarayaku o Pueblo Sarayaku)*²⁹ de 2012, se refiere a al otorgamiento por parte del Estado de un permiso a una empresa petrolera privada para realizar actividades de exploración y explotación petrolera en territorio indígena, incluyendo la introducción de explosivos de alto poder en varios puntos del mismo, sin haber realizado el debido procedimiento de consulta y demás salvaguardias, creando con ello una situación de riesgo para la población, ya que durante un período le habría impedido buscar medios de subsistencia y limitado sus derechos de circulación y de expresar su cultura. El área total que sería afectada por el proyecto en el territorio *Sarayaku* comprendía bosque primario, sitios sagrados, zonas de cacería, pesca y recolección, plantas y árboles medicinales y lugares de ritos culturales. Al respecto, la Corte desarrolló mayores estándares sobre la obligación de garantizar el derecho a la consulta en relación con el derecho a la identidad cultural del Pueblo Indígena.

La Corte estableció que el reconocimiento del derecho a la consulta previa, libre e informada de las comunidades y pueblos indígenas y tribales está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural, los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática. Dicho derecho está reconocido en el Convenio 169 de la OIT³⁰, entre otros instrumentos internacionales y una práctica constante de los más altos tribunales de justicia de la región. El deber de consultar se genera cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas. Por tanto, el Estado debe incorporar los estándares nacionales e internacionales en la materia desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta, a modo de generar canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta y participación a través de sus instituciones representativas. Frente a ello, corresponde también al Estado llevar a cabo tareas de fiscalización y de control en su aplicación y desplegar, cuando sea pertinente, formas de tutela efectiva por medio de los órganos correspondientes³¹.

28. *Ibid.* párr. 138.

29. *Cfr. Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador.*

30. Ecuador ratificó el Convenio N° 169 de la OIT en abril de 1998, y ese mismo año se consagraron constitucionalmente los derechos colectivos de los pueblos indígenas y afro ecuatorianos, al entrar en vigor la Constitución Política del Ecuador de 1998. La Corte señaló que "era indudable que al menos desde mayo de 1999 el Estado tenía la obligación de garantizar el derecho a la consulta previa al Pueblo *Sarayaku*, en relación con su derecho a la propiedad comunal e identidad cultural, para asegurar que los actos de ejecución de la referida concesión no comprometieran su territorio ancestral o su supervivencia y subsistencia como pueblo indígena".

31. *Cfr. Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, supra*, párrs. 159 a 179.

Asimismo, especificó la Corte que respecto del *carácter previo* de la consulta “los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”. Lo anterior puede aplicar a medidas legislativas, respecto de las cuales deberán ser consultados previamente en todas las fases de producción normativa, y dichas consultas no deben ser restringidas a meras propuestas³².

Respecto de la *buenafeyfinalidad* de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento, se pretende concebir un verdadero instrumento de participación con miras a alcanzar un consenso entre las partes, y por tanto es incompatible cualquier medio de coerción o intentos de desintegración de las comunidades. El deber de consulta es un deber del Estado que no puede delegarse a una empresa privada o terceros, mucho menos en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta³³.

Para que la consulta sea *adecuada y accesible*, debe realizarse a través de procedimientos culturales adecuados, tomando en cuenta sus tradiciones y la naturaleza de la medida consultada. La adecuación también implica que la consulta tiene una dimensión temporal, que de nuevo depende de las circunstancias precisas de la medida propuesta, teniendo en cuenta el respeto a las formas indígenas de decisión³⁴.

Finalmente, la consulta debe ser *informada*, en el sentido de que los pueblos indígenas tengan conocimiento de los posibles riesgos del plan de desarrollo o inversión propuesto, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad. En ese sentido, la consulta previa requiere que el Estado acepte y brinde información e implica una comunicación constante entre las partes³⁵.

El Tribunal aclaró que es deber del Estado –y no de los pueblos indígenas– demostrar en el caso concreto, que todas las dimensiones del derecho a la consulta previa fueron efectivamente garantizadas³⁶. En específico, en el caso *Sarayaku* el Estado no cumplió con los estándares antes referidos, por lo que la Corte declaró que Ecuador violó el derecho a la consulta del Pueblo Indígena³⁷.

32. *Ibid.* párrs. 180 a 184.

33. *Ibid.* párrs. 185 a 200.

34. *Ibid.* párrs. 201 a 203.

35. *Ibid.* párrs. 208 a 2010.

36. *Ibid.* párr. 179.

37. *Ibid.* párr. 211.

Respecto de otras afectaciones derivadas de la falta de la consulta, en el caso *Sarayaku* la Corte IDH desarrolló pautas para esbozar el derecho a la identidad cultural³⁸. Al respecto, señaló que éste es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática. “Bajo el principio de no discriminación, el reconocimiento del derecho a la identidad cultural (o a la cultura) es ingrediente y vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas protegidos por la Convención y por los ordenamientos jurídicos internos”. En específico, la Corte sostuvo que la falta de consulta al Pueblo *Sarayaku* afectó su “identidad cultural”, dándole valor como derecho innominado en la CADH, por cuanto no cabe duda que la intervención y destrucción de su patrimonio cultural implicó una falta grave al respeto debido a su identidad social y cultural, a sus costumbres, tradiciones, cosmovisión y a su modo de vivir, produciendo naturalmente gran preocupación, tristeza y sufrimiento entre los mismos³⁹.

b) Compartir beneficios

El Estado deberá compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales de los territorios indígenas y que derivan de la explotación de las tierras y recursos naturales necesarios para la supervivencia de los pueblos⁴⁰, como una forma de justa indemnización exigida por el artículo 21 de la CADH⁴¹. La Corte especificó que la comunidad es quien deberá determinar y resolver respecto de quiénes son los beneficiarios de una compensación según sus costumbres y tradiciones y de acuerdo con lo ordenado por el Tribunal⁴².

38. Dos instrumentos internacionales tienen particular relevancia en el reconocimiento del derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas: el Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Varios instrumentos internacionales de UNESCO también desarrollan el contenido del derecho a la cultura y a la identidad cultural. Por su parte, tanto la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en casos en que se alegaba la violación de los artículos 17.2 y 17.3 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, como el Comité PIDESC y, en alguna medida, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en casos relativos a minorías, se han referido al derecho a la identidad cultural y la dimensión colectiva de la vida cultural de las comunidades y pueblos nativos, indígenas, tribales y minoritarios. (*Ibid.*, párr. 215 y 216).

39. *Sarayaku*, *supra* nota 30 párr. 220.

40. *Saramaka*, *supra* nota 1, *Ibid.* párr. 140.

41. *Ibid.* párr. 139.

42. *Saramaka*, *supra*, párrs. 26 y 27.

c) Elaboración de estudios de impacto ambiental y social (EIAS)

Las autoridades deberán realizar o supervisar los estudios necesarios para asegurar que los proyectos que se realicen afecten en la menor medida posible los derechos de los miembros de la Comunidad. En este sentido, el Estado deberá garantizar que no se emita ninguna concesión a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio de impacto social y ambiental⁴³. Así, la Corte también especificó que “los EIAS deben realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto⁴⁴, y deben respetar las tradiciones y cultura del pueblo. Uno de los factores que debiera tratar los EIAS es el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos que hayan sido propuestos. Este análisis permitiría concluir de una manera más certera si los efectos individuales y acumulados de actividades existentes y futuras pueden poner en peligro la supervivencia de los pueblos indígenas o tribales⁴⁵. La Corte notó que el nivel de impacto aceptable demostrado por los EIAS puede diferir en cada caso, no obstante el principal criterio consiste en que éste no niegue la capacidad de los miembros de la comunidad a sobrevivir como pueblo⁴⁶.

En específico, en el caso *Saramaka* la Corte concluyó que no sólo se había dejado a los integrantes del pueblo *Saramaka* un “legado de destrucción ambiental, privación de los recursos de subsistencia y problemas espirituales y sociales”, sino que además “no [había] recibido ningún beneficio de las operaciones madereras que se encuentran en su territorio⁴⁷. Asimismo, encontró que las concesiones madereras dañaron el ambiente y que el deterioro tuvo un impacto negativo sobre las tierras y los recursos naturales de la comunidad, sobre los cuales tiene un derecho a la propiedad comunal. El Estado no llevó a cabo ni supervisó estudios ambientales y sociales previos, ni puso en práctica garantías o mecanismos a fin de asegurar que estas concesiones madereras no causaran un daño mayor al territorio y la comunidad. Además, el Estado no permitió

43. *Saramaka*, *supra* nota 1 párr. 129.

44. Uno de los más completos y utilizados estándares para EIAS en el contexto de pueblos indígenas y tribales es conocido como *Akwé:Kon Voluntary Guidelines for the Conduct of Cultural, Environmental and Social Impact Assessments Regarding Developments Proposed to Take Place on, or which are Likely to Impact on, Sacred Sites and on Lands and Waters Traditionally Occupied or Used by Indigenous and Local Communities*, el cual puede ser encontrado en: <http://www.cbd.int/doc/publications/akwe-brochure-en.pdf>.

45. *Saramaka*, *supra* párr. 41.

46. *Ibid.* párr. 42.

47. Las estadísticas gubernamentales que se presentaron como prueba ante la Corte indicaban que se extrajo una gran cantidad de madera valiosa del territorio *Saramaka* y no se les pagó ningún tipo de indemnización por ello. *Saramaka*, *supra*, párr. 153.

la participación efectiva del pueblo y, a su vez, los miembros del pueblo no recibieron ningún beneficio de la extracción maderera en su territorio. Todo ello violó el derecho de propiedad reconocido en el artículo 21, en relación con el artículo 1.1 de la CADH⁴⁸.

En el caso *Sarayaku*, la Corte concluyó que el plan de impacto ambiental no se llevó a cabo de conformidad con lo dispuesto en su jurisprudencia ni con los estándares internacionales en la materia. Así, observó las obligaciones al respecto derivadas del artículo 7.3 del Convenio 169 de la OIT⁴⁹, y reiteró que los Estudios de Impacto Ambiental deben realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto; respetar las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas, y ser concluidos de manera previa al otorgamiento de la concesión. En el caso concreto, el plan de impacto ambiental: a) fue realizado sin la participación del Pueblo *Sarayaku*; b) fue realizado por una entidad privada subcontratada por la empresa petrolera, sin que conste que el mismo fue sometido a un control estricto posterior por parte de órganos estatales de fiscalización, y c) no tomó en cuenta la incidencia social, espiritual y cultural que las actividades de desarrollo previstas podían tener sobre el Pueblo *Sarayaku*⁵⁰.

III. Avances en el reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales, a través del concepto de “vida digna”

La Corte IDH ha desarrollado el concepto de “vida digna”, en interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana en casos de grupos en situación de vulnerabilidad y en relación con el artículo 1.1 (*deber de garantía*), así como del artículo 29 de la misma, dándole contenido a su interpretación a la luz de otros instrumentos nacionales e internacionales.

Así, la Corte ha señalado que “no son admisibles enfoques restrictivos al derecho a la vida. En esencia, este derecho comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se

48. *Saramaka*, *supra*, párr. 154.

49. Artículo 7.3 del Convenio 169 de la OIT “[l]os gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas”

50. *Sarayaku*, *supra*, párrs. 204 a 207.

generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna”⁵¹. En específico, el Estado debe generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. Asimismo, “el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria”⁵².

En los casos paraguayos de pueblos indígenas (*supra*), derivado de la falta de su territorio ancestral, los miembros de las comunidades se encontraban en una situación de extrema pobreza, con índices deplorables en sus condiciones de vida, tales como la falta de acceso al agua potable, alimentación, salud, vivienda, etc. Al respecto, la Corte desarrolló a mayor profundidad el concepto de *vida digna* a través de una interpretación evolutiva del derecho a la vida en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 de la CADH y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma, y de los artículos 10 (derecho a la salud); 11 (derecho a un medio ambiente sano⁵³); 12 (derecho a la alimentación); 13 (derecho a la educación) y 14 (derecho a los beneficios de la cultura) del Protocolo de San Salvador (DESC), y las disposiciones pertinentes del Convenio No. 169 de la OIT⁵⁴. La Corte también observó lo dispuesto por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas en su Observación General No. 14⁵⁵.

De esta manera, la Corte en el caso *Yakye Axa* observó que, en el supuesto de los pueblos indígenas, el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran, está directamente vinculado con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia⁵⁶. Por tanto, concluyó que la privación de su derecho a la propiedad comunitaria había afectado el derecho a una vida digna de los miembros de la Comunidad, ya que los había privado de la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales, así como del uso y disfrute de los recursos naturales necesarios para la obtención de agua limpia y para la práctica de la medicina

51. Cfr. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra*, párr. 161.

52. *Ibid.*, párr.162.

53. Artículo 11. *Derecho a un Medio Ambiente Sano* 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.

54. Cfr. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra*, párr. 163.

55. *Ibid.*, párr. 166, citando el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Artículo 12.

56. Cfr. U.N. Doc. E/C.12/1999/5. El derecho a una alimentación adecuada [art. 11], [20º período de sesiones, 1999], párr. 13, y U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 117. El derecho al agua [artículos 11 y 12 del PIDESC, [29º período de sesiones 2002], párr. 16.

tradicional de prevención y cura de enfermedades⁵⁷. En consecuencia, el Estado no había adoptado medidas frente a las condiciones que afectaron sus posibilidades de tener una vida digna en contravención con los artículos 4.1 y 1.1 de la CADH.

Posteriormente, en el caso *Sawhoyamaya* el Tribunal especificó que para encontrar responsabilidad del Estado por riesgo de vida, debía éste al momento de los hechos tener conocimiento de la existencia de una situación de riesgo real e inminente para la vida y no tomar las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo⁵⁸. En el caso *Xákmok Kásek*, en el que el Estado ya había prestado ciertas medidas de asistencia humanitaria a la comunidad, el Tribunal destacó que la asistencia estatal brindada en materia de acceso y calidad de agua, alimentación, servicios de salud y educación no había sido suficiente para superar las condiciones de especial vulnerabilidad en que se encontraba la Comunidad. Consideró también que esta situación estaba estrechamente vinculada a la falta de sus tierras. En efecto, la ausencia de posibilidades de autoabastecimiento y auto-sostenibilidad de los miembros de la Comunidad, de acuerdo a sus tradiciones ancestrales, los llevó a depender casi exclusivamente de las acciones estatales y verse obligados a vivir de una forma no solamente distinta a sus pautas culturales, sino en la miseria⁵⁹.

Por tanto, el concepto de *vida digna* en estos casos incluye, de manera intrínseca, garantizar a los pueblos indígenas de las condiciones favorables para utilizar y disfrutar de los recursos naturales en sus territorios, para así brindar las condiciones mínimas de vida y desarrollo, a la luz de los derechos económicos, sociales y culturales.

IV. Avances en el reconocimiento de las comunidades como colectivo ante el SIDH

En cuanto al reconocimiento colectivo por parte de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), cabe señalar que si bien la Corte venía exigiendo a los Estados el reconocimiento interno colectivo de los derechos de estos pueblos, la jurisprudencia del Tribunal interamericano en casos de pueblos indígenas y tribales había consistido en interpretar el concepto de persona establecido en los

57. Cfr. *Caso de la Comunidad Indígena Yákye Axa*, *supra*, párrs. 167, 168 y 176.

58. Cfr. *Caso de la Comunidad Indígena, Sawhoyamaya*, *supra*, párr. 155.

59. Cfr. *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, *supra*, párr. 215 y 216.

artículos 1.2 y 44 de la CADH, derivando que las violaciones a ésta exclusivamente se podían declarar en perjuicio de los “miembros o integrantes” de las comunidades indígenas (debidamente individualizados), y no así a la comunidad como colectivo. No obstante el carácter colectivo de las violaciones declaradas y las consecuentes medidas de reparación que la Corte otorgaba en beneficio de toda la comunidad⁶⁰. Al respecto, finalmente en el caso *Sarayaku* y en adelante, la Corte reconoció a los Pueblos Indígenas como sujetos colectivos de protección de la CADH, al considerar que “la normativa internacional relativa a estos reconoce derechos a los pueblos como sujetos colectivos del Derecho Internacional y no únicamente a sus miembros. Puesto que los pueblos y comunidades indígenas o tribales, cohesionados por sus particulares formas de vida e identidad, ejercen algunos derechos reconocidos por la Convención desde una dimensión colectiva”⁶¹.

Lo anterior, adquiere gran relevancia no sólo en el plano enunciativo, sino que en la protección de los recursos naturales, que en su mayoría tienen un carácter difuso y su titularidad se hace indispensable vincularla con el pueblo como sujeto colectivo. Asimismo, la jurisprudencia en materia de propiedad colectiva, identidad e integridad cultural y reparaciones adquiere sentido en el entendido que es la comunidad en la que recaen dichas afectaciones como parte lesionada.

V. Avances en las medidas de reparación integral con carácter colectivo

Las medidas de reparación integral que la Corte IDH ha otorgado en estos casos, han incluido una perspectiva colectiva de los derechos en juego y con un perfil étnico aplicado al caso, a la luz de un catálogo de al menos seis categorías de medidas aplicadas a pueblos indígenas: restitución territorial; satisfacción compensatoria; rehabilitación del territorio o comunidad; garantías de no repetición; compensación (con fondos de desarrollo); deber de investigar, tomando en cuenta la no discriminatorias y el acceso a la justicia. Bajo ese catálogo, la Corte ha ordenado: la demarcación, titulación, restitución y protección del territorio ancestral; la adopción de mecanismos para el reconocimiento de su personalidad jurídica, debida implementación de la consulta y

60. Cfr. Voto Concurrente del Juez Eduardo Vio Grossi, Caso *Xákmok Kásek*, *supra* nota 19. En el sentido de reconocer a las comunidades indígenas como sujetos colectivos protegidos por la CADH.

61. Cfr. Caso del Pueblo Indígena *Sarayaku*, *supra*, párr. 231.

demás salvaguardas para los Pueblos Indígenas. Creación de fondos de desarrollo y diversas medidas de infraestructura en favor de las comunidades, publicaciones del resumen de la sentencia y actos públicos en lenguas indígenas, becas de estudios, retiro de materiales peligrosos del territorio tradicional, entre otras medidas legislativas y administrativas para evitar la repetición de los hechos y en favor de la demás población indígena o capacitaciones para funcionarios en la materia⁶².

Estas medidas con perspectiva étnica han permitido a la Corte IDH reorientar situaciones de desventajas o discriminación estructurales en al menos los 9 países que han recibido sentencias, y orientado así a muchos otros países que han utilizado la jurisprudencia de la Corte IDH para interpretar sus propias decisiones⁶³.

VI. Aproximaciones de la Corte a la realidad indígena o tribal

En este apartado destacamos dos tipos de diligencias probatorias que han permitido al tribunal acercarse a las conflictividades particulares de los casos: Por un lado, las modalidades en la prueba documental o testimonial que se reciben ante la Corte IDH y las visitas o diligencias *in situ* en territorio indígena.

Sobre la prueba, el Tribunal ha escuchado en audiencia pública y mediante *affidávits*, no sólo testimonios de declarantes y peritos en materia legal, sino que de relatores especiales de la ONU, antropólogos, sociólogos, historiadores, líderes de las comunidades, chamanes, etc.

Para mostrar un ejemplo de ello, recordamos la emblemática declaración de la perito Rosalina Tuyuc, líder indígena maya, quien en el caso *Chitay Nech Vs. Guatemala* rindió peritaje sobre la persecución a los líderes indígenas durante el conflicto armado interno, y señaló ante el Tribunal que “la conexión energética con la tierra tiene una importancia fundamental en la cosmovisión maya”, por lo que el abandono de la comunidad no solo ha sido material para las familias que tuvieron que huir, sino que también significó una gran pérdida cultural y espiritual⁶⁴. Así, refirió que:

62. Caso del Pueblo Indígena Sarayaku, *supra* párr. 302.

63. Véase por ejemplo Corte Constitucional de Colombia, Sentencia 38713, párrs. 9 y ss.

64. Cfr. Caso *Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 145.

“Muchos de los hijos de campesinos, o de mayas su principal conexión es la Madre Tierra. [...] Para la cosmovisión de los pueblos mayas, principalmente está esa conexión con la tierra, con el aire, con el agua, con los bosques, y cuando uno está fuera de la comunidad prácticamente no tiene esa conexión energética, y por ello es que actualmente muchos de los miles y cientos de hijos huérfanos ya no saben por qué el movimiento de estas energías, por haber sido negado, inducido a estar fuera de su comunidad [...] y fuera de las costumbres ancestrales de los pueblos indígenas”.

Dichos testimonios han sido rendidos en diversos idiomas y lenguas indígenas, aunque no sean parte de los idiomas oficiales de la OEA. La prueba documental recibida también ha sido amplia para probar cuestiones de hecho que existen en las realidades sociales.

Respecto de las visitas, la Corte ha realizado ya seis diligencias *in situ* a territorio indígena a fin de comprender la situación del caso y recabar información de campo. Desde el caso *Aloeboetoe Vs. Suriname* (1993), *Sarayaku Vs. Ecuador* (2012), *Kaliña y Lokono Vs. Suriname* (2015), *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y Comunidad Garífuna de Punta Piedra Vs. Honduras* (2015)⁶⁵, y Caso Kuna *de Madungandí y Emberá de Bayano Panamá Vs. Honduras* (2015, en supervisión de cumplimiento).

Dichas prácticas han permitido al Tribunal comprender las realidades sociales y humanas de estos pueblos, lo cual se ha visto reflejado en la interpretación de la CADH y la resolución de los casos, en el sentido de comprender de mejor forma la cosmovisión indígena.

VII. Desafíos emergentes para la jurisprudencia de la Corte IDH

Algunos de los principales desafíos que se presentan en la materia, consisten en los estándares que el SIDH deberá generar respecto de la compatibilidad entre reservas naturales y áreas protegidas dentro de territorios tradicionales indígenas⁶⁶.

Asimismo, será importante definir el alcance del concepto de territorio ancestral

65. Ver comunicado del 53 Período extraordinario de sesiones en Honduras.

66. Ver Casos pendientes ante la Corte: *Comunidad Triunfo de la Cruz Vs. Honduras*; y *Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Suriname*.

que debe ser titulado, si este incluye la zona habitacional y de trabajo, o también otras áreas que corresponden parte de su *hábitat funcional*, y si también alcanzaría otras áreas más extensas de desplazamiento o desarrollo de su cultura. Cómo aplica lo anterior, respecto de territorios ocupados por pueblos nómadas o agricultores⁶⁷.

De especial importancia resultará establecer cuáles es el alcance de la garantía del uso y goce de la propiedad indígena frente a invasiones de terceros, a través de medidas como el saneamiento, lo cual se incluiría como un deber adicional a los ya reiterados sobre delimitación, demarcación y titulación⁶⁸. Cabe señalar que esta temática es común en la región, donde un gran porcentaje de tierras indígenas, ya reconocidas por el Estado o tituladas se encuentran en manos de terceros no indígenas⁶⁹. Pero también, resulta relevante cómo conciliar dichos derechos preferentes frente a otros campesinos que también puedan constituir grupos vulnerables, o dónde se disputen territorios tradicionales entre indígenas y pueblos tribales.

La Corte deberá definir y especificar también los límites a las salvaguardas para la explotación de recursos naturales en territorio indígena, así como definir el alcance entre los conceptos de consulta y consentimiento frente a proyectos de desarrollo, temas que ha anunciado en casos anteriores, así como los alcances y límites a la autonomía y autodeterminación indígena y/o tribal.

El SIDH deberá enfrentar también casos relacionados con la protección colectiva de conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas, como por ejemplo el uso de medicinas naturales, arte, tradiciones, etc.

Por otra parte, hasta el momento la jurisprudencia de la Corte no ha lidiado con un tema complejo como lo es la jurisdicción indígena en la aplicación de su autonomía, sus usos y costumbres que puedan ser contrarios a principios democráticos, de igualdad y no discriminación (género) o inclusive contrarios a los derechos civiles y políticos de los Estados.

Otros desafíos se presentan en el rol del Estado social frente a los pueblos nativos no contactados, al igual que respecto de los conflictos territoriales entre personas del mismo grupo indígena.

Resulta también relevante replantear en la jurisprudencia de la Corte la visión de los pueblos indígenas en relación con sus formas de vida ancestrales y de subsistencia, siendo que la movilidad de éstos a lo largo de los siglos pareciera exigir un reconocimiento

⁶⁷. Ver artículo 14.2 del Convenio 169 de la OIT.

⁶⁸. Ver Caso pendiente ante la Corte: Comunidad Garífuna de Punta Piedra Vs. Honduras y *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284.

⁶⁹. Ver por ejemplo Audiencia Pública en la CIDH sobre "Denuncias de violación de derechos humanos de pueblos indígenas en Costa Rica". 153 Período de Sesiones de la CIDH. Viernes, 31 de octubre de 2014. Ver también casos derivados de la titulación del Pueblo Mayagna en Nicaragua, Peticiones ante la CIDH.

también de sus formas de desarrollo moderno y evolución como pueblos que no pueden estar supeditados a las exigencias meramente del folclor indígena o basadas en estereotipos. Al respecto, también se deberán replantear algunas visiones paternalistas por parte de la Corte en el sentido que los Estados intervengan en la toma de decisiones o administración de los fondos de desarrollo indígenas ordenados por ese Tribunal Interamericano.

Además, existen también desafíos en el análisis de las políticas públicas para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales de estos pueblos, también respecto de las políticas transfronterizas o migratorias que los puedan afectar significativamente.

Finalmente, es relevante tomar en cuenta que la Corte IDH queda vinculada a sus propias medidas de reparación ordenadas, ya que le corresponde a ella la supervisión de su cumplimiento. Si bien muchas de las principales medidas en estos casos aún se encuentran pendiente de cumplimiento, otras se han efectivizado positivamente⁷⁰. Para ello, la Corte ha jugado un rol sumamente activo para llamar a las partes a audiencias privadas o públicas de supervisión de cumplimiento, emitir resoluciones e inclusive visitar los países y comunidades indígenas (*supra*). No obstante, el desafío en la adecuada implementación se juega también con que ésta sea pronta y efectiva. En este sentido, destacamos que es un reto de todo el SIDH y particularmente de toda la región, hacer que los fallos de la Corte, especialmente en materia de grupos en situación de vulnerabilidad, sean adoptados de manera inmediata.

VIII. Conclusión

Frente a la dimensión del impacto que la jurisprudencia de la Corte IDH en esta materia tiene para millones de personas y pueblos de la región, ésta ha garantizado una protección amplia para el reconocimiento colectivo de los derechos de los pueblos indígenas y tribales, a través de la adecuada interpretación del *corpus juris* internacional aplicable, el desarrollo de estándares relevantes en diversas temáticas y el otorgamiento de medidas de reparación integral con perspectiva étnica, lo cual ha posicionado al Tribunal Interamericano como uno de los principales órganos a nivel internacional en esta materia.

70. Ver las Resoluciones de Supervisión de Cumplimiento en los distintos casos indígenas aquí abordados.

Asimismo, cada vez son más los tribunales internos que han adoptado en su derecho interno los criterios emitidos por la Corte IDH vía interpretativa o por medio de la doctrina del control de convencionalidad⁷¹, alcanzando así un efecto multiplicador en beneficio de una mayor protección para estas poblaciones de la región.

La reciente práctica de la Corte IDH de realizar visitas *in loco* para este tipo de casos, es un elemento positivo que alerta la perspectiva que puede mantener un tribunal de derechos humanos al resolver realidades complejas. Es por ello que el SIDH y, particularmente la Corte IDH, cuentan con las bases necesarias para enfrentar las diferentes problemáticas y desafíos sociales y jurídicos emergentes en esta materia, en vista de un adecuado reconocimiento de la calidad colectiva de los pueblos indígenas y tribales, en armonía y ponderación con otros factores sociales que se presentan en la actualidad en la región interamericana.

71. Ver por ejemplo: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia 38713, párrs. 9 y ss. Mediante la cual siguiendo los precedentes del SIDH ha señalado que el Estado se encuentra obligado a proteger los territorios colectivos contra actos de terceros. Sobre el concepto de imprescriptibilidad del territorio indígena, ver por ejemplo: Argentina: Constitución de la Nación Argentina de 1994, artículo 75.17; Constitución de la Provincia del Chaco de 1994, artículo 37; Constitución de la Provincia del Chubut de 1994, artículo 34; Constitución de la Provincia de Salta de 1986, artículo 15.1; Ley N°. 4086 de 1966, Provincia de Salta; Constitución de la Provincia de Formosa de 1957, artículo 79; Ley 2727 de 1989, Provincia de Misiones. Bolivia: Nueva Constitución Política del Estado de 2008, artículo 394.III; Ley N°. 1715 de 1996, "Ley del Servicio Nacional de Reforma Agraria"; Brasil: Constitución Política de la República Federativa de Brasil de 1988, artículo 231.4; Chile: Ley 19.253 de 1993 "[e]stablece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la corporación nacional de desarrollo indígena" (reformada 25 de marzo de 2014). Colombia: Constitución Política de Colombia de 1991, artículos 63 y 329; Decreto 2164 de 1995. Costa Rica: Ley 6172 de 1977, "Ley indígena". Ecuador: Constitución del Ecuador de 2008, artículo 57.4. Honduras: Decreto N°. 82-2004, "Ley de propiedad" de 2004. Paraguay: Constitución Nacional del Paraguay de 1992, artículo 64. Perú: Decreto Legislativo N°. 295 de 1984, "Código Civil"; Decreto Ley N°. 22175 de 1978, "Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva". Venezuela: Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, artículo 119; Ley orgánica de pueblos y comunidades indígenas de 2005. Ver Citas: *Caso Pueblo Sarayaku*, supra, párr. 164.

Parte III

Impacto y diálogo: la interamericanización

Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Pablo Saavedra Alessandri

SUMARIO: I. El deber de respeto y garantía de los Derechos Humanos a la luz de la Convención Americana. II. Dimensiones de la reparación integral en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana. III. El impacto estructural de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. IV. Conclusión.

Quien mira a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo sucesivo e indistintamente “Corte” o “Corte Interamericana”) cuantitativamente, observará que es la Corte internacional con menos recursos económicos del mundo y que, además, el 53% de su presupuesto es financiado por cooperación internacional o aportes voluntarios¹; que el número de demandas que recibe por año no supera por lo general las dos decenas², y lo mismo ocurre en relación al número de sentencias que emite³; y que sus jueces sólo pueden reunirse colegiadamente alrededor de catorce semanas por año (6 de las cuales son financiadas por la cooperación internacional)⁴. En contraste,

1. Por concepto de ingresos ordinarios, la Corte recibió US\$2.661.000,00 provenientes del Fondo Regular de la OEA durante el año 2014. Por otra parte, por concepto de ingresos extraordinarios, la Corte recibió \$2.885.811,85 provenientes de aportes voluntarios de Estados o proyectos de cooperación.

2. La Comisión Interamericana sometió 16 casos en el año 2010, 23 casos en el año 2011, 12 casos en el año 2012, 11 casos en el año 2013 y 19 casos en el año 2014.

3. La Corte Interamericana emitió 9 decisiones en el 2010, 14 sentencias en el año 2011, 19 sentencias en el año 2012, 13 sentencias en el año 2013, y 13 sentencias en el año 2014, excluyendo de estas cifras las decisiones correspondientes a las solicitudes de interpretación.

4. En el año 2014, se celebraron 5 períodos ordinarios y 2 extraordinarios de sesiones. En el año 2013 se celebraron 5 períodos ordinarios y 3 períodos extraordinarios de sesiones. En el año 2012, se celebraron 4 períodos ordinarios de sesiones, y 2 extraordinarios, al igual que en los años 2011 y 2010.

quien mira la trascendencia e impacto del trabajo de la Corte podrá observar que ésta, a pesar de las cifras indicadas, con el pasar del tiempo se ha transformado en una de las instituciones más efectivas e influyentes en la promoción y protección de los derechos humanos en América, así como en la consolidación del Estado de Derecho. En este sentido, las decisiones de la Corte han ido construyendo un patrimonio jurídico propio y juegan hoy en día un rol fundamental en el rumbo y debate jurídico de nuestra América.

En sus treinta y cinco años de historia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado una rica jurisprudencia en una variada gama de temas, que se extienden desde desapariciones forzadas, detenciones ilegales y arbitrarias, ejecuciones extrajudiciales, tortura, pena de muerte, hasta, más recientemente, asuntos sobre violencia de género, justicia penal, debido proceso, libertad de expresión, migraciones, derechos de los pueblos indígenas, el derecho a la nacionalidad, la independencia del poder judicial, discriminación por orientación sexual, entre muchos otros. Las variadas temáticas sobre las cuales se ha referido la Corte en este caminar han permitido ir nutriendo el ordenamiento jurídico interamericano, otorgándole una interpretación al texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en lo sucesivo “la Convención Americana”) y de los demás tratados que forman parte del *corpus iuris* interamericano.

Quizás una de las contribuciones más importantes al derecho internacional de los derechos humanos por parte de la Corte ha sido el desarrollo del concepto e idea de la reparación integral. Una vez que se establece la responsabilidad internacional del Estado, a éste le surge la obligación de reparar. La jurisprudencia de la Corte ha llenado de contenido propio esta obligación de reparar. Una de las dimensiones que puede tener la obligación de reparar son las garantías de no repetición⁵, las cuales tienen un gran impacto en el andamiaje institucional de los Estados, toda vez que a través de éstas se ha procedido a la adopción de políticas públicas, modificaciones de naturaleza legislativa, cambio de prácticas estatales, entre otras.

A la luz de ello, en el presente texto se hará un breve repaso sobre algunos de los casos exitosos en los que las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han generado un impacto estructural sobre los Estados. Previamente, haremos una muy breve reseña de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos a la luz de la Convención Americana. De igual modo, haré algunas alusiones a las diferentes dimensiones que puede abarcar la reparación integral en la jurisprudencia de la Corte, con especial énfasis en las garantías de no repetición.

5. En la doctrina hay discusión sobre si las garantías de no repetición son una forma de reparación o tienen una autonomía propia y diferente a la reparación propiamente dicha. En el presente artículo no me haré cargo de esa discusión y las analizaré como las trata la Corte Interamericana, es decir, como una forma de reparación. *Vid.* LONDONO LÁZARO, M. (2014), *Las Garantías de No Repetición en la Jurisprudencia Interamericana*, México D.F.: Tirant Lo Blanch.

I. El deber de respeto y garantía de los derechos humanos a la luz de la convención americana

Los tratados de derechos humanos persiguen el establecimiento de un orden público común, y sus destinatarios son los individuos. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que “los tratados concernientes a esta materia están orientados, más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano”⁶. De este modo, los Estados al ratificar un tratado se “someten a un orden legal dentro del cual, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”⁷.

A la luz de lo establecido en las disposiciones generales de la Convención Americana, las obligaciones que derivan de ésta no se cumplen únicamente con no violar los derechos y libertades proclamados en ella (deber de respeto), sino que comprenden también una obligación de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción (deber de garantía). Ambas obligaciones se encuentran consagradas en el artículo 1.1 de la Convención Americana⁸.

En lo que respecta al deber de garantía de los derechos humanos, la Corte Interamericana ha señalado que:

Esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. 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 humanos⁹.

6. Corte IDH, “*Otros Tratados*” Objeto de la función Consultiva de la Corte [artículo 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos]. Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A, núm. 1, párrafo 24.

7. Corte IDH, *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* [artículos 74 y 75]. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A, núm. 2, párrafo 47.

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

9. Corte IDH. Caso *Velásquez Rodríguez*. Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4, párrafo 166.

Ahora bien, esta obligación de garantía exige que el goce de los derechos no sea sólo de manera retórica o formal, sino que debe ser efectivo. En este sentido, la Corte ha indicado que “la obligación de garantizar no se agota con la existencia de un orden normativo a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”¹⁰.

La Convención Americana, adicionalmente a la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos consagrada en su artículo 1.1, les impone a los Estados una obligación adicional y complementaria en su artículo 2¹¹, que es la de adoptar las medidas legislativas, o de cualquier otra índole, necesarias para hacer efectivos los derechos humanos¹². El propósito de esta norma es el de superar obstáculos de diversa naturaleza para asegurar la aplicación de todo el catálogo de derechos consagrado en la Convención Americana y así garantizar su adecuada protección en cualquier circunstancia. La Corte ha señalado que el deber general del Estado, establecido en el artículo 2 de la Convención, incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías¹³. Así, la Corte, en el caso “*La Última Tentación de Cristo*”, indicó que:

En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este

10. *Ibidem*, párr. 167. Al respecto, ver también FERRER MAC-GREGOR, E. *et al.* (2014), “Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos”, en Steiner, C. *et al.* (2014), *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Bogotá: Fundación Konrad Adenauer.

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

12. Al respecto, *vid.* MEDINA QUIROGA, C. (2003), *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia*, Santiago: Universidad de Chile; y FERRER MAC-GREGOR, E. *et al.* (2014), “Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno”, en Steiner, C. *et al.* (2014), *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Bogotá: Fundación Konrad Adenauer.

13. *Cfr.* Corte IDH. Caso *Durand y Ugarte*. Sentencia del 16 de agosto de 2000. Serie C, núm. 68, párrafo 137.

deber general del Estado parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2º. de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención¹⁴.

Estas dos disposiciones generales de la Convención Americana, como son, por un lado, la obligación de respetar y garantizar los derechos, y por el otro lado, la obligación de adoptar medidas, han jugado un papel fundamental en el desarrollo de la reparación integral, toda vez que han permitido darle un impulso, dinámica y contenido propio según las circunstancias de cada caso y, en especial, cuando se trata de garantías de no repetición.

II. Dimensiones de la reparación integral en la jurisprudencia de la corte interamericana

Previo al análisis del impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana debe mencionarse, aunque sea someramente, cómo ésta ha abordado el tema de la reparación a las violaciones de los derechos humanos contenidos en la Convención Americana.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que, desde los inicios de la adjudicación ante tribunales internacionales, se ha considerado como principio general del derecho internacional que el incumplimiento de una obligación internacional trae consigo la correlativa obligación de reparar el daño de forma adecuada¹⁵. En efecto, en el caso de *Chorzow Factory*, la Corte Permanente de Justicia Internacional dispuso que la reparación debe, en la medida de lo posible, eliminar todas las consecuencias del acto ilegal y restablecer la situación que, seguramente, habría existido en el supuesto de

14. Corte IDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (*Olmedo Bustos y otros*). Sentencia del 5 de febrero de 2001. Serie C, núm. 73, párrafo 87.

15. Corte Permanente de Justicia Internacional. Caso *Factory at Chorzow*. Jurisdicción, 26 de julio de 1927, p. 21.

que el acto no se hubiese cometido¹⁶. Este principio fue reiterado, e incluso cristalizado, en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, al establecer que “[e]l Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito”¹⁷. En el mismo orden de ideas, este principio de reparación ha sido reconocido tanto por la Corte Internacional de Justicia, como por tribunales de inversión extranjera y otras instancias jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales del derecho internacional¹⁸.

Como indiqué previamente, una de las contribuciones más importantes del desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana ha sido el concepto de *reparación integral* por violaciones de derechos humanos. La Convención Americana dispone en su artículo 63.1 que “la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

De la redacción de dicho artículo podemos observar que la Convención, al darle competencia a la Corte para ordenar a los Estados parámetros destinados a reparar “las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de derechos”, sumado a las disposiciones generales antes indicadas (deber de respeto y garantía, y obligación de adoptar medidas), abrió un camino para que el Tribunal dicte medidas que busquen, por un lado, atender las necesidades de las víctimas tanto en una dimensión individual como en una colectiva y, por el otro, atender el problema estructural que originó la violación, lo cual permite que en algunas oportunidades los efectos de la reparación tengan un carácter *erga omnes*, como sucede cuando adquieren una dimensión de garantía de no repetición.

Desde sus primeras sentencias la Corte Interamericana ha sido pionera en promover y asegurar una reparación integral a las víctimas de violaciones de derechos humanos, lo cual ha favorecido la adopción de medidas de naturaleza pecuniaria y no pecuniarias, para atender no sólo los daños ocurridos a las víctimas sino también las falencias estructurales que sirvieron como causas de dichas violaciones a los derechos humanos. Para efectos de comprender la gran amplitud de medidas ordenadas por

16. Corte Permanente de Justicia Internacional. Caso *Factory at Chorzow*. Fondo, 13 de septiembre de 1928, p. 47.

17. ONU, Asamblea General, *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, A/Res/56/83, 28 de enero de 2002, art. 31.

18. CRAWFORD, J. (2013), *State Responsibility, The General Part*, Cambridge: Cambridge University Press, p. 481.

la Corte IDH como reparaciones de carácter integral, una posible agrupación de las mismas sería la siguiente¹⁹:

1. **Restitución:** implica el restablecimiento hasta donde sea posible de la situación de protección a los derechos humanos que existía antes de que ocurriera la violación. En casos de graves violaciones a derechos humanos no es posible restituir plenamente la situación previa a la violación; por ello no debe entenderse en un sentido amplio. La restitución como forma de reparación contempla medidas tales como: el restablecimiento de la libertad de personas detenidas ilegalmente; la devolución de bienes confiscados ilegalmente; el regreso al lugar de residencia del cual la víctima fue desplazada; el reintegro al empleo; la anulación de antecedentes judiciales, administrativos, penales o policiales y la cancelación de los registros correspondientes, y la devolución, demarcación y titulación del territorio tradicional de las comunidades indígenas para proteger su propiedad comunal.
2. **Rehabilitación:** se refiere a aquellas medidas destinadas a brindar la atención médica y psicológica necesarias para atender las necesidades de salud física y psíquica de las víctimas, lo cual debe proporcionar el Estado responsable, de forma gratuita e inmediata, incluyendo la provisión de medicamentos.
3. **Satisfacción:** se encuentran dirigidas a reparar el daño inmaterial (los sufrimientos y las aflicciones causados por la violación, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas y cualquier alteración, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de las víctimas). Comprende actos u obras de alcance o repercusión pública, como la transmisión de un mensaje de reprobación oficial de las violaciones de los derechos humanos de que se trata, que pretenden el reconocimiento de lo sucedido, la recuperación de la memoria de las víctimas, el reconocimiento de su dignidad y el consuelo de sus deudos. Las medidas de satisfacción se pueden dividir a su vez en cinco grupos, según su naturaleza y afinidad, a saber:
 - a. acto público de reconocimiento²⁰;

19. Adicionalmente, *vid.* GARCÍA RAMÍREZ, S. *et. al.* (2014), *Reparaciones por Violación de Derechos Humanos*, México D.F.: Editorial Porrúa.

20. A través de este tipo de medida la Corte ordena al Estado responsable que realice un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional en relación con los hechos del caso y las violaciones declaradas, el cual debe contar con

- b. publicación o difusión de la Sentencia de la Corte IDH²¹;
- c. medidas de conmemoración de las víctimas o de los hechos²²;
- d. determinar el paradero de la víctima o identificar y entregar sus restos mortales²³, y
- e. otras medidas que tienen el carácter de satisfacción pero que no se encuentran contenidas en las categorías anteriores, tales como proporcionar a las víctimas becas de estudios o darles participación en un programa de alfabetización a través de instituciones estatales, brindarles asistencia vocacional o capacitación y actualización profesional mediante el otorgamiento de becas, abstenerse de ejecutar a las víctimas condenadas a pena de muerte, medidas socioeconómicas de reparación colectiva en casos donde se ocasionó un daño a los miembros de comunidades indígenas, entre otras.

4. **Obligación de investigar y sancionar:** se trata de la obligación que tienen los Estados de garantizar los derechos a la vida, a la integridad y a la libertad

la presencia de altas autoridades del Estado.

21. A través de este tipo de medida la Corte ordena al Estado responsable que publique en el Diario Oficial y en otro diario de amplia circulación nacional determinadas partes de la Sentencia o un resumen de ésta que prepara la propia Corte IDH. Adicionalmente, en algunos casos, la Corte ordena que la Sentencia se publique íntegramente en un sitio web oficial. Asimismo, en casos en los cuales las víctimas pertenecen a comunidades indígenas que tienen una lengua propia, la Corte también ha ordenado al Estado que traduzca las partes pertinentes de la Sentencia a esa determinada lengua(s) y las publique en un diario de amplia circulación en la zona donde residen las víctimas o sus familiares. En esos casos de víctimas pertenecientes a comunidades indígenas la Corte generalmente ordena de manera adicional que el Estado dé publicidad a la Sentencia a través de la transmisión del resumen de la Sentencia en una emisora radial de amplia cobertura en la zona donde residen las víctimas o sus familiares, tomando en cuenta que en ocasiones la principal forma de comunicación es la oral. Para ello, el Estado debe realizar la correspondiente interpretación a la lengua propia de esa comunidad.

22. La Corte IDH ordena a los Estados la ejecución de ciertas medidas que tienen el propósito de preservar públicamente la memoria y dignidad de las víctimas. Muchas de estas medidas a la vez permiten despertar la conciencia pública sobre los hechos violatorios sucedidos para evitar su repetición. Entre las medidas de conmemoración se encuentran: levantar un monumento o fijar una placa en el lugar donde ocurrieron los hechos o en otro lugar público socialmente significativo para las víctimas o sus familiares. El monumento o la placa deben ser apropiados para recordar los hechos y dignificar a las víctimas y, según lo pertinente, incluir los nombres de las víctimas; nombrar una calle, plaza, centro educativo u otro lugar –según el caso– en determinada ciudad en memoria de las víctimas con un nombre alusivo a éstas o a lo sucedido, y establecer una materia, curso o beca con el nombre de la víctima.

23. En casos en los cuales, por la naturaleza de la violación –por lo general desaparición forzada o ejecución extrajudicial–, los familiares de la víctima desconocen su paradero, la Corte IDH ordena al Estado que realice una búsqueda efectiva del paradero de la víctima en aras de cumplir con su obligación y de satisfacer el derecho de los familiares de conocer tal paradero, lo cual les permite a éstos aliviar la angustia y sufrimiento causados por la incertidumbre de no saber la suerte de su ser querido. En caso de que al realizar tal búsqueda el Estado encontrare los restos mortales de la víctima, deberá comprobar su filiación y entregarlos a sus familiares, cubriendo los gastos de traslado y los gastos fúnebres. El cumplimiento de esta obligación de determinar el paradero de la víctima la debe ejecutar el Estado como parte de su deber de investigar penalmente los hechos violatorios. Pero además los Estados deben adoptar todas aquellas otras medidas legislativas, administrativas o de cualquier otro carácter necesarias para dar cumplimiento a esta obligación. Es por ello que, en determinados casos, la Corte también ha ordenado a los Estados la adopción de otras medidas de tipo administrativo para cumplir con este fin, tales como: poner en funcionamiento una comisión nacional de búsqueda; crear una página web de búsqueda; y crear un sistema de información genética.

personales a través de la investigación efectiva de los hechos que afectaron tales derechos y, en su caso, sancionar a los responsables. Implica que el Estado deba remover todos los obstáculos, *de facto y de jure*, que impidan la debida investigación de los hechos, y utilizar todos los medios disponibles para hacer expedita dicha investigación y los procedimientos respectivos, a fin de evitar la repetición de hechos violatorios. El cumplimiento de esta obligación, a su vez, contribuye a la reparación de las víctimas y sus familiares.

5. **Indemnizaciones** compensatorias por daños materiales e inmateriales y reintegro de costas y gastos.
6. **Garantías de no repetición:** son medidas tendientes a que no vuelvan a ocurrir violaciones a los derechos humanos como las sucedidas en el caso. Estas medidas tienen un alcance o repercusión pública, y en muchas ocasiones resuelven problemas estructurales, viéndose beneficiadas no sólo las víctimas del caso sino también otros miembros y grupos de la sociedad. Las garantías de no repetición se pueden dividir, a su vez, en tres grupos, según su naturaleza y finalidad, a saber:
 - a. **Capacitación a funcionarios públicos y educación a la sociedad en derechos humanos.** Debido a que la gran mayoría de violaciones a derechos humanos son producidas por la actuación u omisión de funcionarios estatales (fuerzas armadas, policía, operadores de justicia, personal penitenciario, profesionales de la salud, etc.), resulta de vital importancia ordenar a los Estados que fortalezcan sus capacidades institucionales brindando capacitación especializada y permanente a sus funcionarios en materia de normas y principios de protección de derechos humanos. Estas capacitaciones buscan brindar a los funcionarios públicos nuevos conocimientos, desarrollar sus capacidades y prepararlos para desempeñar sus funciones en apego a los derechos humanos que están obligados a proteger y garantizar. El tipo de capacitación que la Corte ordena depende de la violación declarada en la Sentencia, de manera que el objeto de la capacitación puede ser, en general, la normativa internacional en materia de protección a los derechos, o puede tratarse de capacitaciones más específicas, tales como la protección de los derechos de los pacientes, protección especial a niños y jóvenes, estándares

internacionales sobre detención de personas, y derechos y garantías judiciales, entre otras.

b. Adopción de medidas de derecho interno. Se trata de medidas dirigidas a cambiar alguna situación estructural que tiene lugar en el Estado responsable. Corresponde al Estado cambiar esa situación ya sea mediante reformas de la normativa jurídica interna o mediante la adopción de otras medidas de carácter administrativo o judicial dirigidas a modificar un acto, acción u omisión interna que está causando la falta de cumplimiento del Estado de su obligación de proteger y garantizar los derechos humanos, no sólo en el caso concreto sino también a una generalidad de personas. Estas medidas están orientadas a evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir, asegurando que en el futuro el Estado cumpla con sus deberes de prevención y garantía de los derechos humanos y que adopte las medidas necesarias para hacer efectivo el ejercicio de tales derechos. En este ámbito la Corte ha ordenado a los Estados adecuar su legislación interna en materias tales como:

- legislación penal que tipifica conductas terroristas;
- censura previa (libertad de expresión);
- protección de la niñez;
- delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas;
- tipificación del delito de desaparición forzada de personas;
- facultades policiales de detención de personas sin orden judicial;
- derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior;
- crear un procedimiento expedito que permita obtener la declaración de ausencia y presunción de muerte por desaparición forzada;
- acceso a un recurso efectivo ante un tribunal competente para la protección de violaciones de sus derechos humanos;
- modificar la regulación del código penal del delito de asesinato en lo relativo a la peligrosidad del agente;
- establecer un procedimiento que garantice que toda persona condenada a muerte tenga derecho a solicitar indulto o conmutación de la pena;
- establecer un recurso judicial sencillo que permita controlar las decisiones del máximo órgano electoral que afecten derechos

- humanos;
- reformar la ley electoral;
- regular el procedimiento y los requisitos conducentes a adquirir la nacionalidad;
- modificar las normas internas que regulan el delito de desacato de manera incompatible con los estándares internacionales en materia de libertad de pensamiento y de expresión;
- adecuar el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar;
- reformar la legislación penal a efectos de compatibilizarla con los estándares internacionales en materia de desaparición forzada de personas;
- crear un mecanismo eficaz de reclamación de tierras ancestrales de los miembros de los pueblos indígenas, y
- garantizar el derecho de acceso a la información bajo el control del Estado.

Como hemos podido observar, la reparación integral va más allá de la reparación clásica del daño (material e inmaterial) a través de una indemnización económica, ya que mira el daño producido y el impacto que éste produce y proyecta, tanto en una dimensión individual como colectiva, haciendo que la reparación se oriente no sólo desde una óptica económica del ser humano, sino también mirando a éste desde una perspectiva más amplia e inmersa en un mundo de interacción social. También la reparación integral cumple, cuando corresponde, una función de prevención en cuanto busca extirpar el hecho generador del daño o crear los mecanismos necesarios para que éste no vuelva a originarse.

III. El impacto estructural de las sentencias de la corte interamericana de derechos humanos

De este modo, la Corte Interamericana al conocer de un caso puede, cuando los hechos generadores de la violación así lo ameritan, ordenar al Estado que repare la violación a través de reformas de carácter legislativo, adopción de políticas públicas o cambio

de prácticas en los casos donde la norma jurídica o ausencia de la misma, la política pública implementada o práctica existente, fueron las que sirvieron de cimiento para que se generara la violación. Esto último es lo que denomino falencia estructural.

La reparación que conlleva un cambio normativo, la adopción de políticas públicas o un cambio de práctica, busca que la falencia estructural que permitió o sirvió para que se generara la violación sea transformada o desarticulada de manera tal que evite que hechos de la misma naturaleza vuelvan a ocurrir y, de ese modo, pueda garantizarse efectivamente el goce de los derechos y libertades protegidos en la Convención.

En el presente apartado haré un breve repaso sobre algunos casos exitosos en los que la Corte Interamericana de Derechos Humanos le ordenó a un Estado como reparación ya sea un cambio normativo, de política pública o de práctica, y las respuestas del Estado al respecto. Es así como podremos observar brevemente en qué consistía la falencia estructural, lo señalado por la Corte al respecto, la reparación ordenada, la forma como el Estado la implementó con el fin de cumplir lo ordenado y el cambio e impacto que esto implicó.

1. La modificación constitucional derivada del caso “La Última Tentación de Cristo” en Chile

El caso *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile* se refería a la censura cinematográfica de la película “La Última Tentación de Cristo” como consecuencia de una decisión judicial amparada en la Constitución Política de Chile de 1980²⁴.

La Constitución Política de Chile, en su artículo 19 número 12, reconocía el derecho a la libertad de expresión y, a su vez, consagraba un sistema de censura cinematográfica²⁵. Conforme a la legislación chilena, el órgano encargado de determinar la procedencia de la censura cinematográfica era el Consejo de Calificación Cinematográfica. En 1996 dicho Consejo revisó una decisión que previamente había adoptado en 1988, donde se había prohibido la exhibición de la película aludida, y autorizó su exhibición para mayores de 18 años. Un grupo de ciudadanos, en nombre propio, de la Iglesia Católica

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.

25. En efecto, la referida disposición preveía que “La ley establecerá un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica y fijará las normas generales que regirán la expresión pública de otras actividades artísticas”. *Vid. Texto de la Constitución Política de la República de Chile*, 24 de octubre de 1980, artículo 19 número 12, disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=17039&idVersion=1980-10-24>

y Jesucristo, interpusieron un recurso de protección ante los tribunales internos (Corte de Apelaciones) para que se prohibiera la exhibición de la película, toda vez que se sintieron agraviados al haberse permitido la exhibición de la misma. El recurso fue acogido, en noviembre de 1996; la Corte de Apelaciones de Santiago dejó sin efectos dicha resolución del órgano administrativo, decisión que fue luego confirmada por la Corte Suprema de Justicia de Chile²⁶.

Es pertinente tener en cuenta alguno de los argumentos de la Corte de Apelaciones que avalaron la censura. Así, en su razonamiento, afirmó que [l]a Constitución busca proteger al hombre, a sus instituciones y a sus creencias pues estos son los elementos más centrales de la convivencia y la pertenencia de los seres humanos en un mundo pluralista [...] Nadie duda que la grandeza de una nación se puede medir por el cuidado que ella otorga a los valores que le permitieron ser y crecer. Si estos se descuidan [o] se dejan manosear, como se manosea y deforma la imagen de Cristo, la nación peligra pues los valores en que se sustenta se ignoran. Cuidar la necesidad de información o de expresión tiene una estrechísima relación con la veracidad de los hechos y por eso deja de ser información o expresión la deformación histórica de un hecho o de una persona. Por esto es que los sentenciadores creen que el derecho de emitir opinión es el derecho a calificar una realidad pero nunca el deformarla haciéndola pasar por otra²⁷.

En el año 2001, la Corte Interamericana dictó sentencia en dicho caso, declarando la responsabilidad internacional del Estado de Chile por haber incumplido con la obligación establecida en el artículo 2 de la Convención Americana y violado el artículo 13 (derecho a la libertad de expresión) de la misma Convención, al haber mantenido y aplicado la censura cinematográfica prevista en el ordenamiento jurídico chileno, y dispuso que “el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película ‘La Última Tentación de Cristo’”²⁸. La Corte, además, señaló que:

las normas de derecho interno chileno que regulan la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica todavía no han sido adaptadas a lo dispuesto por la Convención Americana en el sentido de que no puede haber censura previa [...] En consecuencia, Chile debe

26. Chile era parte de la Convención Americana desde 1990.

27. Corte de Apelaciones de Santiago, *Decisión al recurso de protección interpuesto por los señores Sergio García Valdés, Vicente Torres Irrázabal, Francisco Javier Donoso Barriga, Matías Pérez Cruz, Jorge Reyes Zapata, Cristian Heerwagen Guzmán y Joel González Castillo, en nombre de Jesucristo, la Iglesia Católica y por sí mismos*, sentencia de 20 de enero de 1997, citada en: Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile, párr. 78.

28. Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile, resolutive 4.

adoptar las medidas apropiadas para reformar [...] su ordenamiento jurídico interno de manera acorde al respeto y el goce del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión²⁹.

El 10 de junio de 2001, el Congreso Nacional chileno aprobó el proyecto de reforma constitucional destinado a consagrar el derecho a la libre creación artística y la eliminación de la censura cinematográfica, sustituyéndola por un sistema de calificación cinematográfica que sería regulado por ley³⁰. En el mismo orden de ideas, se adoptó la Ley 19.846 sobre Calificación de la Producción Cinematográfica, la cual estableció un sistema para la calificación de la producción cinematográfica de acuerdo a la edad³¹. Incluso previó que las películas que hubieran sido previamente rechazadas “dejarán de estarlo y para su exhibición o comercialización deberán someterse a la calificación del Consejo”³². Más aún, es relevante tener en cuenta que, en el debate parlamentario ante la Cámara de Diputados y el Senado chilenos, se refirió a la necesidad del cumplimiento de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³³.

En cuanto a la película “La Última Tentación de Cristo”, se observa que fue recalificada por el recién creado Consejo de Calificación y quedó comprendida dentro de la categoría correspondiente a mayores de 18 años, y fue exhibida al público desde el año 2003³⁴. Con base en todos los elementos anteriores, la Corte Interamericana declaró en el 2003 que el Estado de Chile había dado pleno cumplimiento a la referida sentencia³⁵. De igual modo, otras películas que habían sido censuradas pudieron ser exhibidas.

Se puede identificar que en el presente caso la falencia estructural que generó la

29. Corte IDH. Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) Vs. Chile, párr. 98.

30. En efecto, el texto constitucional previó desde ese momento que “[l]a ley regulará un sistema de calificación para la exhibición de la producción cinematográfica”, y eliminó toda referencia a su censura. *Reforma Constitucional que elimina la censura cinematográfica sustituyéndola por un sistema de calificación y que consagra el derecho a la libre creación artística*, 25 de agosto de 2001, artículo 19 número 12, disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=188827&idVersion=2001-08-25>.

31. *Ley sobre Calificación de la Producción Cinematográfica*, 4 de enero de 2003, disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=206396>

32. *Ley sobre Calificación de la Producción Cinematográfica*, disposición transitoria 1.

33. Al respecto, durante el debate y aprobación de dicha ley se hizo en numerosas ocasiones referencia a la necesidad de dar cumplimiento a la sentencia del caso. Vid. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley No. 19.846 sobre calificación de la producción cinematográfica*, pp. 117, 120, 379, 384 y 396, disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=206396>.

34. Corte IDH. Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) Vs. Chile. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de Noviembre de 2003, visto 20.

35. Corte IDH. Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) Vs. Chile. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, resolutive 1.

violación de derechos humanos y, consecuentemente, la responsabilidad internacional de Chile, se encontraba prevista en su Constitución Política y en la ley, la cual tenía una norma manifiestamente incompatible con la Convención Americana, como era la censura cinematográfica. Si bien los tribunales chilenos tuvieron la posibilidad de enmendar esta situación de manifiesta incompatibilidad entre el ordenamiento jurídico nacional e internacional, no lo hicieron, sino más bien lo avalaron, lo que llevó a una consolidación del incumplimiento de las obligaciones internacionales por parte de Chile. La Corte Interamericana identificó dicha falencia normativa y ordenó su adaptación a las normas del derecho internacional de los derechos humanos en su sentencia del caso de *La Última Tentación de Cristo*, y le ordenó, como parte de sus reparaciones, la reforma de su Constitución y leyes secundarias. En efecto, Chile procedió a eliminar la censura cinematográfica constitucionalmente contemplada, y cambió su régimen por el de calificación cinematográfica, permitiendo garantizar efectivamente el derecho a la libertad de expresión, y corrigiendo la falencia estructural que aquejaba a la sociedad en su conjunto.

Este caso quizás se ha transformado en uno de los casos más emblemáticos en cuanto a garantías de no repetición, ya que la Corte le ordenó a Chile reformar nada más y nada menos que su Constitución Política, lo que en otros tiempos podría haber parecido una intromisión indebida en asuntos propios de la soberanía estatal, como lo es una enmienda constitucional. Sin embargo, la sentencia de la Corte fue bien recibida y sirvió como una nueva herramienta para impulsar el cambio que deseaban las fuerzas democráticas sobre el particular y que por diversos motivos no había prosperado.

2. La creación de un procedimiento administrativo para garantizar el acceso a la información pública y educación de funcionarios públicos en Chile a raíz del caso *Claude Reyes*

El caso de *Claude Reyes Vs. Chile* se refirió a la negativa parcial del Comité de Inversión Extranjera de brindar la información requerida por tres ciudadanos sobre la empresa forestal Trillium y el Proyecto Río Condor, el cual era un proyecto de deforestación que se llevaría a cabo en el Sur de Chile y que, según los requirentes de la información, “p[odía] ser perjudicial para el medio ambiente e impedir el desarrollo sostenible de Chile”³⁶.

36. Corte IDH. Caso *Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C, No. 151, párr.3.

Contra dicha negativa del órgano administrativo de entregar la información requerida, los afectados ejercieron un recurso de protección impugnando dicho acto y argumentando, entre otros, que se afectaba el control social sobre los órganos del Estado al no permitirse el acceso a información en asuntos de interés público. El recurso fue rechazado por la Corte de Apelaciones de Chile.

Debe señalarse que el Comité de Inversión Extranjera referido mantuvo como práctica “no entregar información relativa a los estados financieros y a los nombres de los socios de una compañía inversora, y consideraba que era de ‘carácter reservado la información referida a terceros’”³⁷. En el mismo orden de ideas, mediante Resolución Exenta No. 113 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción se estableció que “tendrán el carácter [de] secretos o reservados los actos, documentos y antecedentes en atención a que su conocimiento o difusión podría afectar el interés público”³⁸.

La Corte Interamericana dictó sentencia en el año 2006 y determinó que Chile había violado el derecho al acceso a la información toda vez que la información que no fue entregada por el Estado era de interés público, ya que por el impacto ambiental que podía tener generó gran discusión pública, y que el Estado debía encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en su gestión, lo que permitiría el control democrático de sus gestiones, de forma tal que los ciudadanos puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Asimismo, la Corte señaló que el derecho de acceso a la información debe guiarse por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda la información bajo el poder del Estado es accesible. De igual modo, indicó que el Estado puede poner restricciones al acceso a determinada información siempre y cuando cumpla con los requisitos de necesidad en una sociedad democrática, de modo que se encuentren orientadas a satisfacer un interés público imperativo; de proporcionalidad, en la medida que se restrinja lo menos posible el ejercicio del derecho protegido; y debe ser razonable en cuanto sea un medio conducente a alcanzar el objetivo que se busca en relación a la injerencia en el goce del otro derecho³⁹.

Además, la Corte determinó que Chile violó las garantías judiciales y el derecho a la protección judicial, en tanto que el Comité de Inversiones Extranjeras no adoptó una decisión escrita debidamente fundamentada que justificara la negación parcial de

37. Corte IDH. Caso *Claude Reyes y otros Vs. Chile*, párr. 57.21.

38. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, *Resolución Exenta No. 113*, 24 de marzo de 2003, art. 1, citada en Corte IDH. Caso *Claude Reyes y otros Vs. Chile*, párr. 57.22.

39. *Cfr.* Caso *Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, *supra* nota 3, párrs. 91 a 93

suministro de la información solicitada por las víctimas⁴⁰, y en tanto que el recurso de protección ejercido no resultó un recurso judicial efectivo para atender a la denegatoria de información⁴¹.

En atención a lo anterior, la Corte le ordenó a Chile:

adoptar las medidas necesarias para garantizar los derechos protegidos en la Convención [...] ello implica que la normativa que regule restricciones al acceso a la información bajo el control del Estado debe cumplir con los parámetros convencionales y sólo pueden realizarse restricciones por las razones permitidas por la Convención [...] lo cual es también aplicable a las decisiones que adopten los órganos internos en dicha materia⁴².

Por las razones antedichas, la Corte ordenó, entre sus medidas de reparación, que “Chile debe adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección al derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, dentro de las cuales debe garantizar la efectividad de un procedimiento administrativo adecuado para la tramitación y resolución de las solicitudes de información, que fije plazos para resolver y entregar la información”⁴³. En el mismo orden de ideas, ordenó la “capacitación a los órganos, autoridades y agentes públicos encargados de atender las solicitudes de acceso a información bajo control del Estado sobre la normativa que rige este derecho, que incorpore los parámetros convencionales”, ya que las pruebas aportadas en el expediente “coinciden en afirmar que los funcionarios públicos no responden efectivamente a solicitudes de información”⁴⁴. La Corte observó que no era suficiente la transformación institucional si ésta no estaba acompañada de un cambio cultural, y para esto último era necesaria la capacitación de los funcionarios públicos.

En agosto de 2008, se promulgó y publicó la Ley No. 20.285 sobre “Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado”, tomando en consideración la sentencia de la Corte Interamericana al caso *Claude Reyes*⁴⁵, donde se “regula el principio de transparencia de la función pública, el

40. Corte IDH. Caso *Claude Reyes y otros Vs. Chile*, párr. 122.

41. Corte IDH. Caso *Claude Reyes y otros Vs. Chile*, párrs. 137 a 139.

42. Corte IDH. Caso *Claude Reyes y otros Vs. Chile*, párr. 101.

43. Corte IDH. Caso *Claude Reyes y otros Vs. Chile*, párr. 163.

44. Corte IDH. Caso *Claude Reyes y otros Vs. Chile*, párrs. 164 y 165.

45. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley No. 20.285 sobre acceso a la información pública*, pp. 166,

derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información”⁴⁶, y prevé que “los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado”⁴⁷. Asimismo, la referida ley creó y estableció las facultades del Consejo para la Transparencia, institución que tiene por objeto “promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y garantizar el derecho de acceso a la información”⁴⁸. Teniendo esto en cuenta, la Corte concluyó que el Estado “cumplió con la obligación de adoptar [...] las medidas necesarias para garantizar el derecho de acceso a la información bajo el control del Estado”⁴⁹.

En cuanto a la medida de capacitación a funcionarios públicos con relación al acceso a la información, la Corte consideró acreditado que “la capacitación en materia de acceso a la información pública se ha venido desarrollando en forma regular desde el dictado de la Sentencia [y que] existe una planificación de actividades, incluyendo la correspondiente asignación presupuestaria aprobada, para continuar con dichas tareas en el futuro”, por lo cual consideró que Chile dio cumplimiento a su obligación de capacitación dispuesta en la sentencia⁵⁰. En efecto, la Corte observó acciones de capacitación llevadas a cabo por la Agencia para la Probidad y la Transparencia creada en Chile en 2008, diversos seminarios brindados a los funcionarios públicos, la incorporación en el presupuesto nacional del año 2008 de recursos para iniciar un Plan Quinquenal de Capacitación en Probidad y Transparencia, y la elaboración de un Manual de Transparencia y Probidad de la Administración del Estado, entre otras⁵¹.

Como se ha podido observar en el presente caso, la falencia estructural se encontraba, por un lado, en la falta de un mecanismo que regulara efectivamente el

175, 275, 277, 343, 344, 350, 351, 353 y 384, disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=276363>.

46. *Ley sobre Acceso a la Información Pública*, 20 de agosto de 2008, art. 1, disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=276363>.

47. *Ley sobre Acceso a la Información Pública*, art. 5.

48. *Ley sobre Acceso a la Información Pública*, art. 32.

49. Corte IDH. Caso *Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 2008, párr. 14.

50. Corte IDH. Caso *Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, párrs. 20 y 21.

51. Corte IDH. Caso *Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, párr. 15.

acceso a la información pública en manos del Estado y de un recurso efectivo que resolviera las solicitudes de información y, por el otro lado, en que había una cultura o práctica del servicio público de reserva de la información que le era requerida. Al igual que el caso previamente analizado, los tribunales de justicia tuvieron la posibilidad de enmendar la situación y no lo hicieron, sino más bien la ampararon consolidando de este modo el incumplimiento de Chile a sus obligaciones internacionales. Como consecuencia de esto, la garantía de no repetición de la Corte se orientó a la creación de un mecanismo o procedimiento claro que canalizara y resolviera las solicitudes de información. Esto necesariamente debía ir acompañado de un cambio cultural en los funcionarios públicos a través de programas de capacitación.

Es interesante destacar que el Estado fue más allá de lo ordenado por la Corte de crear solamente un procedimiento que regulara el acceso a la información, sino que además creó un órgano de protección y promoción del derecho al acceso a la información, como fue el Consejo de la Transparencia. Estas medidas han tenido un gran impacto en el fortalecimiento de la vida democrática de Chile y en la corrección de las mencionadas falencias estructurales, ya que han permitido que se articule un sistema que permite un mayor control social de la gestión pública a través del empoderamiento efectivo de los ciudadanos de su derecho al acceso a la información y, por otro lado, que la transparencia y publicidad de la gestión pública primen sobre la reserva de la misma.

3. La expulsión del ordenamiento jurídico de las leyes de autoamnistía en Perú a raíz de la sentencia al caso *Barrios Altos*

El caso *Barrios Altos Vs. Perú* se refiere a la ejecución extrajudicial de 15 personas y a la violación de la integridad personal de otras 4 por parte de 6 miembros del Ejército peruano que actuaban en el “escuadrón de eliminación” llamado “Grupo Colina”, durante el gobierno del ex-Presidente Alberto Fujimori. En particular, en el presente artículo se hará referencia especial a la aplicación de las leyes de autoamnistía vigentes a esa fecha en Perú como obstáculos al acceso a la justicia de las víctimas de los hechos y su incompatibilidad con la Convención Americana⁵².

En este sentido, se debe señalar que el 15 de junio de 1995 entró en vigor la Ley

52. Corte IDH. Caso *Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 2.

No. 26.479 que exoneraba de responsabilidad a los militares, policías, y también a civiles, que hubieran cometido, entre 1980 y 1995, violaciones a derechos humanos o participado en esas violaciones, la cual concedió una amnistía “a todos los integrantes de las fuerzas de seguridad y civiles que fueran objeto de denuncias, investigaciones, procedimientos o condenas, o que estuvieran cumpliendo sentencias en prisión, por violaciones a derechos humanos”. Visto que una jueza decidió desaplicar dicha ley de amnistía a los procesos penales en su juzgado, entre ellos el correspondiente a **Barrios Altos**, porque violaba garantías constitucionales y obligaciones internacionales del Perú, el Congreso decidió emitir la Ley No. 26.492 en 1995, con el fin de interferir en las actuaciones judiciales del caso bajo estudio, e incluso amplió el alcance de la amnistía, declarando que no era revisable en sede judicial su contenido, y que la amnistía se aplicaba incluso en los casos en los que no hubieran sido denunciadas las violaciones a derechos humanos incurridas. Ante estos hechos, el tribunal de alzada que conoció de la decisión mediante la cual se desaplicó la primera ley de amnistía revocó dicha decisión, y ordenó el archivo de la investigación correspondiente al caso **Barrios Altos**⁵³. En este sentido, la Sala de la Corte Superior decidió el archivo definitivo del proceso en el caso “Barrios Altos”, resolviendo que la Ley de Amnistía no era antagónica con la Constitución ni con los tratados internacionales de derechos humanos; que los jueces no podían decidir no aplicar leyes adoptadas por el Congreso porque ello iría contra el principio de separación de poderes; y ordenó que la jueza fuera investigada por el órgano judicial de control interno por haber interpretado las normas incorrectamente⁵⁴. Perú era parte de la Convención desde 1978.

En el año 2001, la Corte Interamericana emitió sentencia de fondo en el caso bajo estudio, declarando, entre otros, la responsabilidad internacional del Perú por violación del derecho a la vida, del derecho a la integridad personal, de las garantías judiciales y de la protección judicial previstas en la Convención Americana en perjuicio de las víctimas del caso. En este sentido, la Corte señaló que:

[L]as leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez [...] impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos [...] y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso.

53. Corte IDH. Caso *Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo, párr. 2.

54. Cfr. Caso *Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo, *supra* nota 16, párr. 2.n.

[...] Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este 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 correspondiente⁵⁵.

Teniendo en cuenta lo anterior, se declaró que las leyes de amnistía No. 26.479 y 26.492 “son incompatibles con la Convención [...] y en consecuencia, carecen de efectos jurídicos”⁵⁶. La Corte, posteriormente, en la decisión correspondiente a la interpretación de la sentencia de fondo de la Corte, dispuso que “[l]a promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte en la Convención constituye *per se* una violación [y por lo tanto, dadas las violaciones perpetradas por las leyes de amnistía referidas] lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso Barrios Altos tiene efectos generales”⁵⁷, es decir, lo señalado por la Corte tenía efectos *erga omnes*.

La Corte consideró cumplido lo correspondiente al efecto general de ineficacia de las leyes de amnistía en el año 2005⁵⁸. En efecto, las sentencias correspondientes al caso de *Barrios Altos* tuvieron un impacto directo en los distintos operadores de justicia peruanos. En dicho año, el Fiscal de la Nación emitió una resolución mediante la cual dispuso solicitar a la Sala o Juzgado correspondiente “la ejecución de las sentencias supranacionales”, y poner dicha resolución en conocimiento del Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República, Fiscales Supremos, Presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar y Fiscales Superiores Decanos a nivel nacional⁵⁹.

Esto llevó al reinicio de investigaciones, de procesos penales, e incluso de condenas contra los perpetradores de las violaciones a derechos humanos cometidas durante el conflicto peruano entre 1980 y 2000. Se debe destacar la condena a 25 años de prisión al expresidente Alberto Fujimori, “en su condición de autor mediato de los

55. Corte IDH. Caso *Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo, párrs. 42 y 43.

56. Corte IDH. Caso *Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo, resolutive 4.

57. Corte IDH. Caso *Barrios Altos Vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C, No. 83, párr. 18.

58. Corte IDH. Caso *Barrios Altos Vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de septiembre de 2005, resolutive 1.

59. Corte IDH. Caso *Barrios Altos Vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de septiembre de 2005, considerando 15.

delitos de homicidio calificado bajo la circunstancia agravante de ‘alevosía en agravio de las víctimas mortales’ y ‘lesiones graves en agravio de cuatro víctimas’ del presente caso”⁶⁰.

En el mismo orden de ideas, en el caso *La Cantuta Vs. Perú*, conocido por la Corte Interamericana poco después del caso *Barrios Altos* y en donde se siguió la misma línea jurisprudencial, la Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia Militar declaró “NULA en todos sus extremos, la Ejecutoria Suprema de dieciséis de junio de mil novecientos noventa y cinco, que resolvió aplicar el beneficio de Amnistía [...] y que los presentes autos vuelvan al estado procesal anterior a la aplicación del beneficio de amnistía”, al haber quedado sin efectos jurídicos la aplicación de beneficio de amnistía”, donde se constató que la incompatibilidad de dichas leyes con la Convención “se ha visto concretada en general en el Perú” desde la emisión de la sentencia al caso *Barrios Altos*⁶¹. El Presidente Alberto Fujimori también fue sentenciado a pena privativa de libertad como consecuencia de los hechos de *La Cantuta*. En el caso de *Tarazona Vs. Perú*, la Corte también constató que en el año 2003 se “desarchivó” una causa penal con base en la aplicación de la sentencia de la Corte al caso de *Barrios Altos*⁶².

Se observa, pues, que la falencia estructural en este caso consistía en que el Estado, a través de la emisión de las leyes de autoamnistía, renunciaba expresamente al ejercicio de su potestad punitiva en casos de violaciones de derechos humanos, lo que traía aparejada la imposibilidad de las víctimas de acceder a la justicia, generando, en consecuencia, su total indefensión. De este modo, el propio Estado deliberadamente se transformó en el creador y propiciador de la impunidad de violaciones a los derechos humanos. Como consecuencia de ello, la Corte señaló enfáticamente que las leyes de autoamnistía no podían tener efecto alguno y que no podían seguir siendo un obstáculo para las investigaciones. De este modo, la sentencia de la Corte desarticuló la impunidad estructural, y todo lo que conlleva consigo, y dio paso a una nueva realidad que permitió que se reabrieran o iniciaran cientos de investigaciones, las víctimas tuvieran acceso a la justicia, los responsables de violaciones de derechos humanos pudieran ser efectivamente juzgados y se conociera la verdad de lo ocurrido.

Esta sentencia de la Corte es quizás una de las más emblemáticas en cuanto al combate a la impunidad y la perpetuidad de la misma en el tiempo, y sobre los deberes y límites que tienen los Estados respecto a la investigación de casos de graves violaciones

60. Corte IDH. Caso *Barrios Altos Vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de diciembre de 2009, considerando 10.

61. Corte IDH. Caso *La Cantuta Vs. Perú*, párr. 187.

62. Corte IDH. Caso *Tarazona Arrieta y Otros Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2014. Serie C, No. 286, párr. 64.

de derechos humanos. Es interesante traer a colación como esta sentencia de la Corte en el caso *Barrios Alto* fue utilizada posteriormente por la Corte Suprema de Argentina para dejar sin efecto las denominadas leyes de amnistía de ese país.

La Corte Suprema Argentina, conociendo un recurso de hecho en el caso *Simón, Julio Héctor y otros*, dejó sin efecto las denominadas leyes de obediencia debida y de punto final a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Ésta, en su razonamiento, indicó que el legislador, en el momento de aprobar las leyes de obediencia debida y de punto final, buscó amnistiar los graves hechos delictivos ocurridos durante el régimen militar, como una manera de preservar la paz social, frente al conflicto de intereses que enfrentaba la sociedad Argentina. Es así que indicó que, en ese entonces, “la armonía socio-política era valorada por el legislador como un bien jurídico sustancialmente más valioso que la continuidad de la persecución penal de los beneficiarios de la ley”⁶³.

Asimismo, la Corte Suprema de Argentina indicó:

...que desde entonces hasta el presente, el derecho argentino ha sufrido modificaciones fundamentales que imponen la revisión de lo resuelto en esa ocasión. Así, la progresiva evolución del derecho internacional de los derechos humanos... ya no autoriza al Estado a tomar ponderaciones de esas características, cuya consecuencia sea la renuncia a la persecución penal de delitos de lesa humanidad, en pos de una convivencia social pacífica en el olvido de hechos de esa naturaleza. ...El Estado argentino ha asumido frente al derecho internacional y en especial, frente al orden jurídico interamericano, una serie de deberes, de jerarquía constitucional, que se han ido consolidando y precisando en cuanto a sus alcances y contenido en una evolución claramente limitativa de las potestades de derecho interno de condonar u omitir la persecución de hechos que conlleven crímenes de lesa humanidad.

Continuó diciendo que “tal como ha sido reconocido por esta Corte en diferentes oportunidades, la jurisprudencia de la Corte Interamericana..., constituye una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” y, en consecuencia, “las... dudas con respecto al alcance concreto del deber del Estado argentino con relación a las leyes

63. Véase Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, 14 de junio de 2005, Recurso de hecho en la causa Simón, Julio Héctor y Otros/Privación Ilegítima de Libertad. Causa, núm. 17.778.

de punto final y obediencia debida han quedado establecidas a partir de la decisión de la Corte Interamericana en el Caso Barrios Altos...”, ya que “la traslación de (sus) conclusiones al caso argentino resulta imperativa...”⁶⁴. La sentencia en comento, además, señaló que:

desde ese punto de vista, a fin de dar cumplimiento a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la supresión de las leyes de punto final y de obediencia debida resulta impostergable y ha de producirse de tal forma que no pueda derivarse de aquéllas obstáculo normativo alguno para la persecución de hechos como los que constituyen la presente causa.

He querido a traer a colación este caso resuelto por la Corte Suprema Argentina en relación a las leyes de amnistía de ese país, respecto al cual la Corte Interamericana no ha conocido caso alguno sobre esa materia, para mostrar cómo el contenido y alcance de su jurisprudencia tienen un impacto directo en jurisdicciones diferentes de las cuales sobre las que se pronunció a través de lo que se ha denominado Diálogo Jurisprudencial⁶⁵. En este caso, la jurisprudencia interamericana fue uno de los principales insumos o herramientas que tuvo en cuenta la Corte Suprema de Justicia de Argentina para poner límites al ejercicio de la potestad soberana del Estado en cuanto a la investigación de graves violaciones de derechos humanos y, de ese modo, levantar el manto de impunidad en que se encontraban muchas violaciones de los mismos.

4. La creación de un procedimiento administrativo para la delimitación de tierras indígenas en Nicaragua a raíz del caso *Awas Tingni*

El caso de la comunidad indígena *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua* consistió en la concesión que otorgó el Estado nicaragüense a la compañía Sol del Caribe (SOLCARSA) con el objeto de realizar, en las tierras de la comunidad indígena Awas Tingni, trabajos de construcción de carreteras y explotación de madera, sin su consentimiento. Esta situación tenía como origen la inexistencia de procedimiento o mecanismo efectivo para delimitar, demarcar y titular la tierra indígena⁶⁶. En efecto,

64. *Ídem*.

65. Al respecto, ver AYALA CORAO, C. (2012), *Del Diálogo Jurisprudencial al Control de Convencionalidad*, pp. 68 a 102; y DULITZKY, A. (1997), “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado”, en Abregu, M. et. al. (1997), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales, pp. 66 a 73.

66. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, No. 79, párr. 127.

desde 1990 no se habían titulado tierras a comunidades indígenas en Nicaragua⁶⁷.

En su sentencia de agosto de 2001, la Corte Interamericana determinó que “el Estado no dispone de un procedimiento específico para la titulación de la tierra comunal indígena”⁶⁸, por lo cual declaró internacionalmente responsable a Nicaragua por la violación del derecho a la protección judicial⁶⁹. Aunado a lo anterior, la Corte indicó que dicha falta de delimitación, demarcación y titulación del territorio de la comunidad constituye una violación al derecho de propiedad comunal de la misma, “en cuanto no saben con certeza hasta dónde se extiende geográficamente su derecho de propiedad comunal y, consecuentemente, desconocen hasta dónde pueden usar y gozar libremente de los respectivos bienes”⁷⁰. Fue esta la primera vez que la Corte Interamericana abordó el tema de la propiedad comunal indígena y la importancia de la misma para sus integrantes.

Teniendo esto en cuenta, la Corte ordenó que “el Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de éstas”⁷¹.

Poco después de un año desde la notificación de la sentencia de la Corte Interamericana al Estado de Nicaragua, el 13 de diciembre de 2002, se inició la discusión parlamentaria para la regulación de la propiedad comunal de los pueblos indígenas de la costa atlántica de Nicaragua, haciendo referencia, entre otras comunidades, a la de Mayagna Awas Tingni. Dicha discusión pretendió “regular el Régimen de Propiedad Comunal, el mismo que ha caracterizado a las Comunidades Indígenas de la Costa Atlántica desde tiempos inmemorables”⁷². A raíz de ello, el 23 de enero de 2003 se publicó la Ley No. 445 sobre el “Régimen de Propiedad Comunal de los Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica de Nicaragua y de los Ríos Bocay, Coco, Indio y Maíz”, que dispone entre sus objetivos:

1. Garantizar a los pueblos indígenas y comunidades étnicas el pleno

67. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, párr. 126.

68. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, párr. 124.

69. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, párr. 138.

70. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, párr. 153.

71. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, párr. 164.

72. Asamblea Nacional de Nicaragua, *Debates Parlamentarios, Ley Orgánica que Regula el Régimen de Propiedad Comunal de las Comunidades Indígenas de la Costa Atlántica y Bosawas*, 13 de diciembre de 2002, disponible en: <http://www.asamblea.gob.ni/trabajo-legislativo/diario-de-debates/>.

reconocimiento de los derechos de propiedad comunal, uso, administración, manejo de las tierras tradicionales y sus recursos naturales, mediante la demarcación y titulación de las mismas.

[...]

3. Determinar los procedimientos legales necesarios para dicho reconocimiento, tomando en cuenta la plena participación de los pueblos indígenas y comunidades étnicas, a través de sus autoridades tradicionales.

[...]

5. Establecer las normas y procedimientos para el proceso de demarcación y titulación sobre el derecho de propiedad comunal objeto de esta Ley.
6. Definir el orden institucional que regirá el proceso de titulación de las tierras comunales de cada uno de los diferentes pueblos indígenas y comunidades étnicas objeto de esta Ley⁷³.

Además, en el texto de dicha ley se crea la Comisión Nacional de Demarcación y Titulación, entre cuyas funciones se encuentra dictaminar, resolver y dirigir el proceso de demarcación y titulación⁷⁴, y se prevé el procedimiento “de demarcación y titulación” de las tierras comunales⁷⁵. Con base en ello, la Corte consideró cumplido el punto resolutorio de la sentencia referida a la creación de un mecanismo para la delimitación, demarcación y titulación de las tierras comunales⁷⁶. Mecanismo al cual pudo acogerse la comunidad *Mayagna Awas Tingni*⁷⁷.

En este sentido, con la ley No. 445 se corrigió la falencia estructural referida por la Corte en su sentencia, correspondiente a la falta de mecanismos para la demarcación, delimitación y titulación de las tierras comunales de las comunidades indígenas en Nicaragua. En efecto, a raíz de dicha ley, según los datos oficiales, más de 300 comunidades indígenas se han acogido a la misma para solicitar la titulación de sus

73. *Ley de Régimen de Propiedad Comunal de los Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica de Nicaragua y de los Ríos Bocay, Coco, Indio y Maíz*, publicado en la Gaceta No. 16 del 23 de enero de 2003, artículo 2, disponible en: <http://www.iadb.org/Research/Legislacionindigena/leyn/docs/Nica-Nica-Ley-445-03-Propiedad-Comunal-PPIL.doc>.

74. *Ley de Régimen de Propiedad Comunal de los Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica de Nicaragua y de los Ríos Bocay, Coco, Indio y Maíz*, artículos 41 y 43.

75. *Ley de Régimen de Propiedad Comunal de los Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica de Nicaragua y de los Ríos Bocay, Coco, Indio y Maíz*, artículos 45 a 65.

76. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 07 mayo de 2008, párr. 15.

77. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 07 mayo de 2008, párr. 15.

tierras⁷⁸, de las cuales más de 200 ya tienen tituladas sus tierras o a esperas sólo de saneamiento, la cual es la última etapa del procedimiento previsto en dicha ley⁷⁹.

5. Los avances en la tipificación penal de los delitos de calumnia e injuria en Argentina a raíz del cumplimiento de la sentencia del caso *Kimel*

La Corte Interamericana conoció del caso *Kimel Vs. Argentina*, en donde se discutió la imposición de una condena penal a un periodista por el delito de injurias, en primer lugar, y luego, en segunda instancia, por el delito de calumnia, debido a la publicación de un libro en el cual critica la actuación de un juez que tuvo bajo su conocimiento el caso conocido como la matanza de San Patricio o la de los sacerdotes palotinos. En efecto, en el derecho penal argentino, el delito de injurias estaba tipificado como “[e]l que deshonrar o desacreditar a otro, será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos noventa mil o prisión de un mes a un año”; mientras que el delito de calumnia estaba tipificado de tal forma que “[l]a calumnia o falsa imputación de un delito que dé lugar a la acción pública, será reprimida con prisión de uno a tres años”⁸⁰.

En este caso, el Estado reconoció su responsabilidad internacional en cuanto “la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias que impidan que se afecte la libertad de expresión, importa el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas contempladas en el artículo 2 de la Convención Americana”, por lo cual la Corte determinó que “la tipificación penal correspondiente contraviene los artículos 9 y 13.1 de la Convención”, referidos al derecho al principio de legalidad y a la libertad de expresión⁸¹. La Corte Interamericana estableció que el señor Kimel realizó una reconstrucción de la investigación judicial de la masacre y, a partir de ella, emitió un juicio de valor crítico sobre el desempeño del Poder Judicial durante la última dictadura militar en Argentina y del juez que conoció la causa sobre la muerte de los sacerdotes palotinos, lo que no podía ser objeto de persecución penal, pues trataba de cuestiones de interés público.

⁷⁸. Consejo Regional Autónomo Costa Caribe Norte, Comisión Nacional de Demarcación y Titulación, *Territorios en Proceso de Titulación*, disponible en: <http://www.craan.gob.ni/index.php/cona/84-cona/112-proceso>.

⁷⁹. Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 3 de abril de 2009, párr. 14.

⁸⁰. Corte IDH. Caso *Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C, No. 177, párrs. 64 y 65.

⁸¹. Corte IDH. Caso *Kimel Vs. Argentina*, párrs. 66 y 67.

Construcción de un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina

Teniendo eso en cuenta, la Corte ordenó al Estado “que adecue en un plazo razonable su derecho interno a la Convención, de tal forma que las imprecisiones reconocidas por el Estado [...] se corrijan para satisfacer los requerimientos de seguridad jurídica y, consecuentemente, no afecten el ejercicio de la libertad de expresión”⁸².

Poco más de un año después de la notificación de la sentencia de la Corte, el 26 de noviembre de 2009, se promulgó la Ley 26.551, mediante la cual se modificó la tipificación penal de los delitos de calumnia e injuria. Así, el delito de injuria quedó tipificado como:

El que intencionalmente deshonrar o desacreditar a una persona física determinada será reprimido con multa de pesos mil quinientos (\$ 1.500.-) a pesos veinte mil (\$ 20.000.-). En ningún caso configurarán delito de injurias las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas. Tampoco configurarán delito de injurias los calificativos lesivos del honor cuando guardasen relación con un asunto de interés público⁸³.

Por su parte, la calumnia quedó tipificada de la siguiente forma:

La calumnia o falsa imputación a una persona física determinada de la comisión de un delito concreto y circunstanciado que dé lugar a la acción pública, será reprimida con multa de pesos tres mil (\$ 3.000.-) a pesos treinta mil (\$ 30.000.-). En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas⁸⁴.

Se observa de las nuevas tipificaciones de los delitos de calumnia e injuria (1) que fueron excluidas de dicha sanción las expresiones que se refieran a asuntos de interés público, y (2) que asigna como penas sanciones de naturaleza económica. Teniendo esto en cuenta, la Corte advirtió que dicha modificación legislativa “efectivamente modifica la tipificación y sanción de los delitos de calumnia e injuria de forma que no incluyan ‘expresiones que no sean asertivas’, y asigna como penas, por la comisión de

82. Corte IDH. Caso *Kimel Vs. Argentina*, párr. 128.

83. Ley 26.551, *Modificación al Código Penal de Argentina*, 26 de noviembre de 2009, artículo 2, disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160774/norma.htm>.

84. Ley 26.551, *Modificación al Código Penal de Argentina*, 26 de noviembre de 2009, artículo 1.

dichos delitos, multas económicas”⁸⁵.

Entonces, el Estado de Argentina acogió la decisión de la Corte Interamericana para proceder a la modificación de las normas que penalizaban el debate sobre cuestiones de interés público con la injuria y la calumnia. Así, la orden de la Corte Interamericana coadyuvó a la reparación de la falencia estructural en Argentina, que consistía en la tipificación inconvencional de los delitos de calumnia e injuria al hacer extensivos estos tipos penales cuando se trataban cuestiones de interés público, con los efectos lesivos que esto tenía para el debate democrático y de control social sobre los actos de los funcionarios públicos.

6. La tendencia abolicionista de la pena de muerte en Guatemala, a raíz de la sentencia al caso *Raxcacó Reyes*

El caso de *Raxcacó Reyes Vs. Guatemala* trata del secuestro de un menor de edad por casi 24 horas, el cual, producto de un operativo policial, fue liberado y sus secuestradores capturados. Los tribunales internos le impusieron al autor directo del secuestro la pena de muerte.

En la fecha en que Guatemala depositó el instrumento de ratificación de la Convención Americana, el 25 de mayo de 1978, se encontraba vigente el Decreto Legislativo No. 17/73, Código Penal, cuyo artículo 201 consagraba la pena de muerte como sanción para el delito de plagio o secuestro cuando, con motivo o en ocasión del mismo, falleciera la persona secuestrada. La misma conducta típica sin resultado de muerte era sancionada con pena privativa de la libertad de ocho a quince años⁸⁶.

Con posterioridad a la ratificación de la Convención Americana, el delito de plagio o secuestro fue objeto de tres reformas legales. La segunda reforma se introdujo mediante Decreto Legislativo No. 14/95 y sancionaba a todo culpable del delito de secuestro con pena de muerte, no importando si el secuestrado había fallecido o no. Además, se indicó en la reforma que había aplicación automática de la pena y que quedaban excluidas todas las causales de atenuación de la misma.

El señor Raxcacó, afectado con la imposición de la pena de muerte en primera instancia, usó todos los medios de impugnación del ordenamiento jurídico,

85. Corte IDH. Caso *Kimel Vs. Argentina*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de mayo de 2010, párr. 33.

86. Corte IDH. Caso *Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*, párr. 43.

argumentando, entre otros, que la sanción era contraria a la Convención Americana, toda vez que ampliaba el catálogo de delitos sancionados con pena de muerte que se encontraba vigente al momento de la ratificación de la Convención Americana.

El tribunal de apelación, ante el recurso de apelación ejercido por el señor Raxcacó, señaló que era “notorio que el delito de Plagio o Secuestro ya tenía contemplada dicha pena, cuando falleciera la víctima [para la fecha de ratificación de la Convención]”⁸⁷. En términos similares se pronunció la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, que dispuso que, desde la ratificación de la Convención, “no se ha modificado el tipo penal en su estructura, ya que continúa individualizando las mismas conductas que prohibía con anterioridad a ellas”⁸⁸. En el mismo sentido se pronunció la Corte de Constitucionalidad de Guatemala⁸⁹.

La Corte Interamericana dictó sentencia en septiembre de 2005 e indicó que (1) la modificación de la legislación para aumentar el catálogo de delitos a los cuales les era aplicable la pena de muerte era contrario a la Convención Americana⁹⁰; (2) la imposición de la pena de muerte por cualquier tipo de plagio no atendía a la categoría de “delitos más graves”, a la cual deben necesariamente pertenecer los delitos a los cuales se les imponga dicha pena⁹¹; y (3) la prohibición de imponer la pena de muerte obligatoria, pues “trataba a los acusados ‘no como seres humanos individuales y únicos, sino como miembros indiferenciados y sin rostro de una masa que será sometida a la aplicación ciega de la pena de muerte’”⁹². La Corte, además, reafirmó en este caso la condena a Guatemala por la inexistencia de un recurso efectivo de indulto o gracia⁹³.

En este sentido la Corte indicó que:

aún cuando no se ha ejecutado al señor Raxcacó Reyes, se ha incumplido el artículo 2 de la Convención. La sola existencia del artículo 201 del Código Penal guatemalteco, que sanciona con pena de muerte obligatoria cualquier forma de plagio o secuestro y amplía el número de delitos sancionados con dicha pena, es *per se* violatoria de esa

87. Corte IDH. Caso *Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*, párr. 43.

88. Corte IDH. Caso *Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*, párr. 43.

89. Corte IDH. Caso *Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*, párr. 43.

90. Corte IDH. Caso *Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, No. 133, párr.66.

91. Corte IDH. Caso *Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*, párr. 71.

92. Corte IDH. Caso *Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*, párr. 80.

93. Corte IDH. Caso *Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*, párr. 85.

disposición convencional⁹⁴. Este criterio es conforme con la Opinión Consultiva OC-14/94 de la Corte, de acuerdo con la cual “en el caso de las leyes de aplicación inmediata, [...] la violación de los derechos humanos, individual o colectiva, se produce por el solo hecho de su expedición”⁹⁵.

Por dichas razones, la Corte le ordenó a Guatemala:

[L]a modificación [...] del artículo 201 del Código Penal [guatemalteco] de manera que se estructuren tipos penales diversos y específicos para determinar las diferentes formas de plagio o secuestro, en función de sus características, la gravedad de los hechos y las circunstancias del delito, con la correspondiente previsión de punibilidades diferentes, proporcionales a aquéllas, así como la atribución al juzgador de la potestad de individualizar las penas en forma consecuente con los datos del hecho y el autor, dentro de los extremos máximo y mínimo que deberá consagrar cada conminación penal. Esta modificación, en ningún caso, ampliará el catálogo de delitos sancionados con la pena capital con anterioridad a la ratificación de la Convención Americana. Mientras esto ocurra, el Estado deberá abstenerse de aplicar la pena de muerte y ejecutar a los condenados por el delito de plagio o secuestro exclusivamente⁹⁶.

Mientras no se realicen las modificaciones señaladas en el punto resolutivo anterior, el Estado deberá abstenerse de aplicar la pena de muerte y ejecutar a los condenados por el delito de plagio o secuestro, en los términos del párrafo 132 de la [...] Sentencia.

Es pertinente señalar que la Corte Interamericana no ha emitido resolución mediante la cual declare que el Estado ha cumplido alguna de las medidas de

94. Cfr. Caso *Lori Berenson Mejía*. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C, No. 119, párr. 221; Caso *Hilaire, Constantine y Benjamín y otros*, *supra* nota 40, párrs. 114 y 116; Caso *Cantoral Benavides*. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C, No. 69, párr. 176; y Caso *Suárez Rosero*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C, No. 35, párr. 98.

95. Cfr. Caso *Hilaire, Constantine y Benjamín y otros*, *supra* nota 40, párr. 116, y *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención* (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A, No. 14, párr. 43.

96. Corte IDH. Caso *Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*, párr. 132.

reparación referidas⁹⁷. No obstante, el impacto de dicha sentencia ha sido visible dentro de la jurisdicción guatemalteca. En efecto, desde el año 2006 el Estado de Guatemala no ha dictado condenas que tengan contemplada la pena de muerte, e incluso ha revocado las últimas sentencias de condena, conmutando las penas de muerte por penas de prisión máximas. En efecto, se ha afirmado que:

En marzo del presente año, la última condena a muerte fue revocada por la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia. Esto marca un hito en la lucha contra la pena de muerte y es consecuencia de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁹⁸.

De esta forma, el impacto de la sentencia de la Corte Interamericana debe ser valorado no a la luz del cumplimiento de la sentencia correspondiente, sino a la luz del efecto irradiador que tuvo la sentencia en otros casos similares. Fueron los abogados de estas otras personas, especialmente defensores públicos, quienes, utilizando la sentencia en comento y lo ordenado por la Corte Interamericana, recurrieron a los tribunales internos para que se revocaran las sentencias donde se condenaba a pena de muerte y se impusieran penas privativas de libertad. Este planteamiento tuvo plena acogida en los tribunales guatemaltecos, y en todos los casos donde se había aplicado la pena de muerte se impuso pena privativa de libertad.

7. Supresión de la jurisdicción militar en México para el juzgamiento de civiles

Un último tema a desarrollar es el correspondiente a la *Jurisdicción Militar* en México, al cual la Corte hizo referencia en los casos *Radilla Pacheco, Fernández Ortega y Otros, Rosendo Cantú y Otros, y Cabrera García y Montiel Flores*.

⁹⁷. Vid. Corte IDH. Caso *Fermín Ramírez Vs. Guatemala*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de septiembre de 2006; Corte IDH. Caso *Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 marzo de 2008; Corte IDH. Caso *Fermín Ramírez Vs. Guatemala*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 marzo de 2008; Corte IDH. Caso *Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 09 mayo de 2008; y Corte IDH. Caso *Fermín Ramírez Vs. Guatemala*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 09 mayo de 2008.

⁹⁸. RODRÍGUEZ BARILLAS, A. (2012), "Pena de Muerte en Guatemala: La Lucha por su Abolición", en Estada Duarte, G. (2012), *El Corredor de la Muerte Vacío: Argumentos para la Defensa de la Vida y la Abolición de la Pena de Muerte*, *El Observador Judicial*, No. 89, Año 12, p. 22. Ver también BARRIENTOS PELLECCER, C. (2012), "Conmutación de la Pena de Muerte en Guatemala", en Estada Duarte, G. (2012), *El Corredor de la Muerte Vacío: Argumentos para la Defensa de la Vida y la Abolición de la Pena de Muerte*, *El Observador Judicial*, p. 20; disponibles en: <http://biblioteca.oj.gob.gt/digitales/43312.pdf>.

En el caso *Radilla Pacheco*, la Corte Interamericana debió conocer de la “presunta desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco, que habría tenido lugar desde el 25 de agosto de 1974, a manos de efectivos del Ejército en el Estado de Guerrero, México”⁹⁹. En particular, el asunto relevante a los efectos del presente artículo se refiere a la competencia de la jurisdicción militar para conocer de aquellos delitos que califican como violaciones de derechos humanos en perjuicio de civiles, perpetrados por funcionarios militares¹⁰⁰.

Dicha competencia se encontraba prevista, entre otros, en el artículo 57 del Código de Justicia Militar mexicano, el cual preveía que “[s]on delitos contra la disciplina militar: [...] II. los del orden común o federal, cuando en su comisión haya concurrido cualquiera de las circunstancias que seguida se expresan: a) [q]ue fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo [...]”¹⁰¹. En efecto, según fue señalado en un peritaje durante la audiencia pública ante la Corte, “[se sale del] ámbito estricto [y] cerrado [...] de la disciplina militar [...]’, además de que ‘[n]o solamente es más amplio respecto del sujeto activo, sino que es más amplio porque no considera al sujeto pasivo [...]’”¹⁰².

En este caso, con base en la reiterada jurisprudencia de la Corte en casos relacionados con Perú, Chile, Colombia y Guatemala, la Corte afirmó que:

reiteradamente ha establecido que la jurisdicción penal militar en los Estados democráticos, en tiempos de paz, ha tendido a reducirse e incluso a desaparecer, por lo cual, en caso de que un Estado la conserve, su utilización debe ser mínima, según sea estrictamente necesario, y debe encontrarse inspirada en los principios y garantías que rigen el derecho penal moderno. En un Estado democrático de derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares. Por ello, el Tribunal ha señalado anteriormente que en el fuero militar sólo se debe juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas

99. Corte IDH. Caso *Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C, No. 209, párr. 2.

100. Corte IDH. Caso *Radilla Pacheco Vs. México*, párr. 271.

101. Corte IDH. Caso *Radilla Pacheco Vs. México*, párr. 271.

102. Corte IDH. Caso *Radilla Pacheco Vs. México*, párr. 276.

que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar¹⁰³.

Aunado a ello, la Corte invocó su jurisprudencia previa para afirmar que, “tomando en cuenta la naturaleza del crimen y el bien jurídico lesionado, la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos sino que el procesamiento de los responsables corresponde siempre a la justicia ordinaria”, añadiendo finalmente que cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia¹⁰⁴. Con base en lo anterior, la Corte concluye que “si los actos delictivos cometidos por una persona que ostente la calidad de militar en activo no afectan los bienes jurídicos de la esfera castrense, dicha persona debe ser siempre juzgada por tribunales ordinarios. En este sentido, frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar”¹⁰⁵.

A la luz de dichos estándares, la Corte declaró la responsabilidad internacional del Estado, ya que la detención y desaparición de la víctima Radilla Pacheco “no guardan relación con la disciplina castrense”, añadiendo que “en un Estado de Derecho, la comisión de actos tales como la desaparición forzada de personas en contra de civiles por parte de elementos de la fuerza militar nunca puede ser considerada como un medio legítimo y aceptable para el cumplimiento de la misión castrense. Es claro que tales conductas son abiertamente contrarias a los deberes de respeto y protección de los derechos humanos y, por lo tanto, están excluidas de la competencia de la jurisdicción militar”¹⁰⁶. Frente a lo anterior, visto que el artículo 57 referido del Código de Justicia Militar “opera como una regla y no como una excepción, característica indispensable de la jurisdicción militar para ser conforme a los estándares establecidos por esta Corte”¹⁰⁷, el tribunal declaró su incompatibilidad con la Convención Americana¹⁰⁸, y ordenó “que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los

103. Corte IDH. Caso *Radilla Pacheco Vs. México*, párr. 272.

104. Corte IDH. Caso *Radilla Pacheco Vs. México*, párr. 273.

105. Corte IDH. Caso *Radilla Pacheco Vs. México*, párr. 274.

106. Corte IDH. Caso *Radilla Pacheco Vs. México*, párr. 277.

107. Corte IDH. Caso *Radilla Pacheco Vs. México*, párr. 287.

108. Corte IDH. Caso *Radilla Pacheco Vs. México*, párr. 289.

principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal¹⁰⁹ y que “debe adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar [el artículo 57 del Código de Justicia Militar] con los estándares internacionales de la materia y de la Convención”¹¹⁰.

La *ratio* antes descrita fue reiterada en los casos *Fernández Ortega y Otros y Rosendo Cantú y Otros*, donde se declaró la responsabilidad internacional del Estado por la intervención de la jurisdicción militar en la investigación sobre los hechos de violencia sexual perpetrados por personal militar en contra de las señoras Fernández Ortega y Rosendo Cantú. En dicha sentencia, ratificó la incompatibilidad del artículo 57 del Código de Justicia Militar con la Convención Americana¹¹¹, y además señaló que “cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin”¹¹². Como consecuencia de ello, la Corte, en adición a la modificación legislativa correspondiente, determinó que “corresponde a las autoridades judiciales, con base en el control de convencionalidad, disponer inmediatamente y de oficio el conocimiento de los hechos por el fuero penal ordinario”¹¹³.

El último de los casos a estudiar es el correspondiente a *Cabrera García y Montiel Flores*, de cuyos hechos se desprende que funcionarios militares en ejercicio cometieron actos de tortura en perjuicio de las víctimas, por lo cual la investigación penal fue encabezada por fiscales militares¹¹⁴. En dicha sentencia, concluyen que la jurisdicción militar no es competente para investigar, juzgar y sancionar a autores de cualquier tipo de violación de derechos humanos, recalcando que dicha conclusión se aplica “no solo a casos de tortura, desaparición forzada y violación sexual, sino a todas las violaciones de derechos humanos”¹¹⁵. Reiterando la jurisprudencia de los casos antes citados, la Corte ordenó la modificación legislativa del artículo 57 del Código de Justicia

109. Corte IDH. Caso *Radilla Pacheco Vs. México*, párr. 340.

110. Corte IDH. Caso *Radilla Pacheco Vs. México*, párr. 342.

111. Corte IDH. Caso *Fernández Ortega y otros Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C, No. 215, párrs. 177 y 179; y Corte IDH. Caso *Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C, No. 216, párrs. 161 y 163.

112. Corte IDH. Caso *Fernández Ortega y otros. Vs. México*, párr. 236.

113. Corte IDH. Caso *Fernández Ortega y otros. Vs. México*, párr. 237.

114. Corte IDH. Caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C, No. 220, párr. 194.

115. Corte IDH. Caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*, párr. 198.

Militar, al igual que el desarrollo de una práctica judicial dirigida al cumplimiento de los estándares desarrollados a la luz de la Convención Americana.

Con base en la jurisprudencia de la Corte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación inició la incorporación de dichos criterios en su jurisprudencia constitucional. El 30 de agosto de 2012, la Suprema Corte dictó sentencia al amparo en revisión 134/2012, donde se desaplicó el artículo 57 del Código de Justicia Militar en contra del recurrente, pues “la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para juzgar y sancionar a la autora de violaciones de derechos humanos de los civiles víctimas de tales ilícitos”, en aplicación del control de convencionalidad¹¹⁶. En el mismo orden de ideas, la Suprema Corte se refirió a las limitaciones a la jurisdicción militar en varias otras oportunidades¹¹⁷, consolidando de esta forma los estándares desarrollados por la Corte Interamericana en su jurisprudencia.

Finalmente, y a raíz de las decisiones de la Corte Interamericana, se observa que el 13 de junio de 2014 se modificó el artículo 57 del Código de Justicia Militar, identificando como delitos sobre los cuales tiene competencia dicha jurisdicción:

II. Los del orden común o federal, siempre y cuando no tenga la condición de civil el sujeto pasivo que resiente sobre su persona la afectación producida por la conducta delictiva o la persona titular del bien jurídico tutelado o puesto en peligro por la acción u omisión prevista en ley penal como delito, en los siguientes supuestos: a) Que fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo [...]¹¹⁸.

Se observa de esta forma cómo, a raíz de las sentencias de la Corte Interamericana, el Estado mexicano, en primer lugar mediante sus tribunales, y sucesivamente mediante sus órganos parlamentarios, procedió a adaptar los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su ordenamiento jurídico interno, de tal forma que la jurisdicción penal militar se encuentra ahora limitada a aquellos delitos cometidos por funcionarios militares en ejercicio de su función militar, en los términos desarrollados por la misma Corte.

116. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 134/2012, decisión de 30 de agosto de 2012, disponible en: <http://fueromilitar.scjn.gob.mx/Resoluciones/P12001340.pdf>.

117. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 63/2012, decisión de 3 de septiembre de 2012, disponible en: http://fueromilitar.scjn.gob.mx/Resoluciones/AmparoRevisión_63_2012.pdf; y Amparo en Revisión 252/2012, decisión de 11 de septiembre de 2012, disponible en: http://fueromilitar.scjn.gob.mx/Resoluciones/AmparoRevisión_252_2012.pdf

118. Código de Justicia Militar del 13 de junio de 2014, artículo 57, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/4_130614.pdf.

IV. Conclusión

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha jugado y está jugando un protagonismo importante en la evolución del derecho interamericano de derechos humanos. Este rol protagónico se ha visto reflejado tanto en sus aportes jurisprudenciales al dotar de contenido y alcance a los derechos convencionales, como en las transformaciones institucionales o de prácticas emprendidas a través de las reparaciones integrales ordenadas, en especial en su dimensión de garantías de no repetición.

Es interesante observar cómo las garantías de no repetición ordenadas por la Corte Interamericana como tribunal internacional no han encontrado una respuesta antagónica amparada en que se trataba de una intromisión en la soberanía estatal, sino, por el contrario, se han convertido en una herramienta efectiva para ayudar al Estado a desarticular una fuente generadora de violaciones de derechos humanos (casos de la censura cinematográfica, caso de las leyes de amnistías, delitos de injuria y calumnia como mecanismo para sancionar el debate sobre cuestiones de interés público, jurisdicción militar para juzgar a civiles) o llenar vacíos o déficits institucionales a través de la creación de una institucionalidad (casos de acceso a la información y propiedad indígena).

Además, de la mano, la evolución de la necesidad de corregir dichas falencias estructurales perjudiciales a los derechos humanos ha favorecido que los tribunales nacionales de los Estados voluntariamente, sin necesidad de someterse a la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, se acojan a los estándares desarrollados por la Corte, como ocurrió en el caso de las leyes de amnistía de ese país. Es así como se evidencia un impacto estructural indirecto, en el sentido que la jurisprudencia de la Corte Interamericana favoreciera que un tribunal nacional corrigiera falencias estructurales dentro de su jurisdicción. Esto ha ayudado, por un lado, a una mejor protección de los derechos humanos, y, por el otro, a la consolidación o profundización del Estado de Derecho.

El impacto de las decisiones interamericanas: notas sobre la producción académica y una propuesta de investigación en torno al “empoderamiento institucional”¹

Oscar Parra Vera²

Sumario: 1. Visiones instrumentales y constructivistas sobre los efectos de las decisiones interamericanas. 2. El potencial de los enfoques constructivistas: el ejemplo del “empoderamiento institucional estratégico”. 3. Alcances y límites del “empoderamiento institucional”: investigaciones pendientes

En este breve artículo desarrollo una exploración preliminar sobre una parte de la producción académica en relación con los tipos de efectos y el impacto de las decisiones de la Comisión y la Corte Interamericanas (en adelante “CIDH” y “Corte IDH”). Dichos efectos se han alcanzado a través de la acción o inacción de actores locales tanto institucionales como de la sociedad civil. Asimismo, dicha bibliografía

1. Una versión anterior de este trabajo ha sido publicada en Bogdandy, Armin von, Héctor Fix-Fierro y Mariela Morales Antoniazzi (Coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina, Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM e Instituto Max Plank de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, México, 2014. De la misma manera, este escrito es el resultado de presentaciones efectuadas en el *Coloquio Ibero-Americano* que organiza el Max-Planck-Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Octubre 16 de 2013) y en el marco de las *Annual Meeting of the Law and Society Association* llevadas a cabo en Honolulu (7 de junio de 2012) y San Francisco (2 de junio de 2011). Agradezco los comentarios críticos de las y los participantes en dichos eventos, en particular, a Armin Von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi, Laura Clérico, Rodolfo Arango, Alexandra Huneus y Judith Schonsteiner. Asimismo agradezco la asistencia investigativa por parte de Sofía Miglioli, Catalina Herrera y Nathalie Abreu para la realización de este artículo.

2. Fue Abogado coordinador en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las opiniones del autor son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan necesariamente el parecer de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ni de su Secretaría. Correo electrónico: oscar.parra-vera@st-hildas.ox.ac.uk

ha visibilizado la importancia de entender el carácter polivalente, no monolítico, del Estado en orden a contar con una visión más integral sobre los diferentes alcances que puede tener el Sistema Interamericano en distintas instituciones de un mismo Estado. En esta exploración preliminar, en primer lugar, establezco diferencias entre visiones “instrumentales” y enfoques “constructivistas” sobre los efectos de las decisiones interamericanas. En segundo lugar, y con el objetivo de ejemplificar el potencial de los enfoques constructivistas, esbozo una posible línea de investigación sobre un efecto indirecto de las decisiones interamericanas en la consolidación de formas de “empoderamiento” institucional de agencias estatales que enfrentan dificultades para impulsar políticas de derechos humanos, particularmente por resistencias dentro del mismo estado. Se trata de instituciones estatales que utilizan las decisiones interamericanas para empoderamiento institucional en clave progresista, generalmente en un marco de pugna con otras instituciones estatales o dentro de una misma rama del poder público. El análisis de algunos éxitos y fracasos en estas formas de “empoderamiento institucional” es una variable que podría tener relevancia para entender, por ejemplo, por qué los efectos del Sistema Interamericano en algunos países son más directos y materiales mientras que en otros son más indirectos y simbólicos.

I. Visiones instrumentales y constructivistas sobre los efectos de las decisiones interamericanas

Tal como lo ha señalado Von Bogdandy, la actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido un decisivo protagonismo para la concreción y evolución de un “Derecho común latinoamericano”, así como para visibilizar sus potencialidades y retos.³ La Corte IDH tiene un rol en este proceso no sólo por la inserción de su jurisprudencia en la consolidación de un constitucionalismo global⁴ sino por los efectos que sus decisiones tienen en escenarios institucionales y en procesos socio-políticos.

3. Von Bogdandy, Armin, “*Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*: Una aclaración conceptual desde una perspectiva europea”, en González Pérez, Luis Raúl y Valadés, Diego (coords.), *El Constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.

4. Sobre los debates en torno al constitucionalismo global y los procesos de gobernanza global, ver Dunoff, Jeffrey L y Trachtman, Joel P., “Understanding the demand for International Constitutionalization” en Dunoff, Jeffrey Ly Trachtman, Joel P (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, New York, Cambridge University Press, 2009, pp.3-35. Ver asimismo, Góngora Mera, Manuel Eduardo, *Inter-American Judicial Constitutionalism. On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*, San José, IIDH, 2011.

A este tipo de efectos y a la implementación y cumplimiento de las decisiones interamericanas se han referido diversas publicaciones en las últimas décadas.⁵ El presente texto se incorpora en un segmento de esta literatura: los estudios sociojurídicos sobre la legitimidad y el impacto de las decisiones interamericanas. A diferencia de las indagaciones focalizadas en la recepción jurisprudencial de las sentencias internacionales y sus efectos jurídicos / dogmáticos en el derecho interno⁶, esta línea de trabajo se apoya en herramientas analíticas propias de la sociología del derecho y la ciencia política para evaluar los efectos de dichas decisiones en realidades sociales e institucionales y en los actores que se desenvuelven en el *campo jurídico*⁷ del Sistema Interamericano.⁸

5. Una muestra de literatura reciente la constituyen estas dos obras: Ministerio Público Fiscal de Buenos Aires, *Diálogos: el impacto del Sistema Interamericano en el ordenamiento interno de los Estados*, Buenos Aires, Eudeba, 2013 y Corzo Sosa, Edgar, Carmona Tinoco, Jorge Ulises y Saavedra Alessandri, Pablo, *El Impacto de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Tirant Lo Blanch, UNAM, 2013.

6. Un valioso ejemplo de este enfoque lo constituye Silva García, Fernando, *Derechos Humanos: Efectos de las Sentencias Internacionales*, Porrúa, 2007 y varios de los textos reunidos en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: In memoriam Jorge Carpizo generador incansable de diálogos*, México, Tirant Lo Blanch, 2013. Ver asimismo, Medellín, Ximena, "The normative impact of the Inter-American Court of Human Rights on Latin-American national prosecution for mass atrocities", *Israel Law Review*, Israel, 2013, No. 43, Vol. 3, pp. 405-430 y Contesse, Jorge, "¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos", disponible en http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf

7. Aludo a la noción de campo jurídico en la teoría de Pierre Bourdieu. Ver Bourdieu, Pierre y Teubner, Gunther, *La Fuerza del Derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre / Uniandes / Pensar, 2000. Para Bourdieu el "campo jurídico" es uno de los "campos sociales". En los campos sociales existen "actores", "privilegios" y diversos tipos de "capital". En el campo jurídico los actores se disputan privilegios sobre la definición y alcance del derecho. Los diversos actores luchan a partir del capital "social", "económico", "intelectual" que poseen, entre otros tipos de capital que les permita posicionarse en el campo.

8. Estos enfoques se enmarcan en el análisis de los tribunales internacionales y el derecho internacional desde la sociología del derecho y la ciencia política. Dos referentes clásicos en esta materia son: Helfer, Laurence R. y Slaughter, Anne-Marie, "Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication", *Yale Law Journal*, New Haven, No. 2, Vol. 107, , November 1997, y Sikkink, Kathryn; Risse, Thomas y Ropp, Stephen (eds.), *The Power of Human Rights: International Norms and Domestic Change*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999 (cuya actualización y reevaluación ha surgido recientemente: Risse, Thomas; Ropp, Stephen y Sikkink, Kathryn (eds.), *The Persistent Power of Human Rights. From Commitment to Compliance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013). Entre otros trabajos relevantes recientes resalto Piovesan, Flávia, "IUS constitutionale commune latinoamericano en derechos humanos e impacto del sistema interamericano : rasgos, potencialidades y desafíos", en Von Bogdany, Armin, Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *IUS constitutionale commune en derechos humanos en América Latina*, México, Porrúa, 2013; Shaffer, Gregory C. (ed.), *Transnational Legal Ordering and State Change*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013 y los textos reunidos por Romano Cesare, Alter Karen y Shany Yuval (eds.), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford University Press, 2013. Ver en particular, el mapa teórico que estos autores desarrollan en el capítulo introductorio: "Mapping International Courts and Tribunals, the Issues and Players", pp. 3-26, así como el capítulo de Huneuus, Alexandra, "Compliance with Judgments and Decisions", el cual se concentra en precisar un estado del arte sobre estudios en torno al sentido, alcance y medición del cumplimiento de decisiones internacionales. Un marco teórico reciente para evaluar la legitimidad de los tribunales internacionales puede verse en Von Bogdandy, Armin y Venzke, Ingo, "¿En nombre de quién? Un estudio sobre la autoridad pública de los tribunales internacionales y su justificación democrática", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, op. cit., nota 6 y Follesdal, Andreas, "The legitimacy deficits of the human rights judiciary: Elements and implications of a normative theory", *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 4, 2013, pp. 339-360. Asimismo, ver Christoffersen, Jonas y Rask Madsen, Mikael (eds.), *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford University Press, 2012.

En este enfoque resultan de particular relevancia algunos marcos teóricos generales de la sociología del derecho respecto a la relación entre cortes y cambio social. Al respecto, autores como César Rodríguez Garavito, reconstruyendo diversos elementos del debate estadounidense en esta materia, propone diferenciar cuatro tipos de efectos de las sentencias. En primer lugar, los efectos directos que impactan en quienes litigan los casos, sus beneficiarios o sus destinatarios. En segundo lugar se encuentran los efectos indirectos que se derivan de un fallo sin estar expresamente consagrados en las órdenes emitidas y que pueden afectar tanto a los actores que participan en el fallo como a aquellos que no lo hicieron. En tercer lugar, los efectos instrumentales, que se relacionan con los cambios materiales en la conducta de los actores, mientras que, en cuarto lugar, los efectos simbólicos se concentran en el impacto de las sentencias en transformaciones culturales e ideológicas respecto a los asuntos discutidos en el caso⁹.

Además de estos elementos, al identificar los impactos de cierto tipo de intervenciones judiciales, se ha señalado que la implementación e impacto del litigio depende de muy diversas variables, tales como: i) el tipo de población beneficiaria, ii) los actores involucrados en el sistema institucional objeto del litigio, iii) el tipo de normas que reconocen los derechos en juego, iv) el tipo de proceso de implementación ordenado por la Corte, v) si se adoptan cronogramas precisos para el cumplimiento, vi) si el tribunal o autoridades locales internas son más o menos activas en la supervisión, vii) el tipo de aliados -en otras ramas del poder público o en movimientos sociales- que tiene la Corte IDH para impulsar el diálogo y el cumplimiento, y viii) el contexto social¹⁰.

En otros autores es posible encontrar variables relacionadas con el impacto sociojurídico del derecho internacional en el derecho interno, que complementan o pueden entenderse como insertas en los criterios anteriormente expuestos. Por ejemplo, Shaffer resalta el rol que pueden jugar actores “intermediarios” (como las

9. Rodríguez Garavito resalta que dichos efectos pueden interrelacionarse entre sí, de tal forma que sea posible aludir a efectos instrumentales directos e indirectos o efectos simbólicos directos e indirectos. Ver Rodríguez Garavito, César, “Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America”, *Texas Law Review*, Vol 89 [7], 2011. Ver asimismo, Rodríguez Garavito, César y Rodríguez Franco, Diana, *Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Dejusticia, 2010. En este libro se alude a seis efectos de la sentencia “estructural” emitida por la Corte Constitucional en esta materia: efecto desbloqueador, efecto deliberativo, efecto creador, efecto de políticas públicas, efecto coordinador y efecto social. El influyente trabajo de César Rodríguez sobre el activismo judicial estructural en derechos sociales es útil para un análisis del Sistema Interamericano teniendo en cuenta algunas similitudes entre el litigio estructural y las reparaciones que se ordenan en las decisiones interamericanas. Sobre estas similitudes, ver Abramovich, Víctor, “Remedios de alcance colectivo y obstáculos en la ejecución de decisiones en el Sistema Interamericano”, 2010, http://www.escc-net.org/usr_doc/Abramovich_-_Remedios_en_SIDH_%28borrador%29.pdf. y “Autonomía y subsidiaridad. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos frente a los sistemas de justicia nacionales”, en Rodríguez Garavito, César (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2011.

10. Adapto estos criterios a partir del análisis específico efectuado en relación con el impacto del litigio en salud. Ver al respecto, Yamin, Alicia Ely, “Power, Suffering, and Courts: Reflections on Promoting Health Rights through Judicialization”, en Yamin, Alicia Ely y Gløppen, Siri (eds.), *Litigating Health Rights*, Harvard University Press, 2011.

élites gubernamentales o de la sociedad civil) entre el derecho internacional y el derecho interno. Asimismo, el cambio estatal derivado del derecho internacional, los cambios en los límites entre el Estado, el mercado y otras formas de orden social, los cambios en la arquitectura y distribución de autoridad entre instituciones del Estado, y, en general, los cambios en marcos normativos y en mecanismos de rendición de cuentas asociados a ellos. Además, Gingsburg y Shaffer resaltan el rol que puede tener la afinidad de las decisiones transnacionales con los intereses de élites domésticas y otros actores en el contexto de luchas políticas dentro del Estado.¹¹

Teniendo en cuenta estos elementos, en la aproximación preliminar que desarrollo en este artículo, me interesa resaltar el aporte que puede tener el diferenciar entre perspectivas instrumentales y perspectivas constructivistas sobre el impacto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Desde una **perspectiva instrumental**, algunos estudios o ciertos segmentos de los mismos evalúan la relación causa-efecto entre las decisiones interamericanas y las medidas específicas cumplidas por los Estados. Se imputan a la intervención del Sistema Interamericano los resultados de ciertas políticas, tales como algunas sanciones por vía penal o la legislación, reglamentos y demás medidas orientadas a cumplir órdenes de la Comisión y la Corte. Algunos ejemplos se relacionan con la derogación del delito de desacato en Argentina¹², una reforma constitucional en Chile relacionada con un caso sobre censura¹³, el impulso de órganos sobre acceso a la información en Chile¹⁴, derogación de los delitos de calumnias e injurias en Argentina¹⁵ o la no aplicación de leyes de autoamnistía en Perú y Chile¹⁶. Además, en este tipo de enfoques adquiere relevancia determinar los alcances de los procedimientos de supervisión de cumplimiento¹⁷, una

11. SHAFFER, Gregory, "Transnational Legal Process and State Change: Opportunities and Constraints", *Legal Studies Research Paper Series*, Research Paper No. 10-28, University of Minnesota Law School, 2010 y GINGSBURG, Tom y SHAFFER, Gregory, "How Does International Law Work? What Empirical Research Shows", *Legal Studies Research Paper Series*, Research Paper No. 09-54, University of Minnesota Law School, 2010.

12. CIDH, Informe N° 22/94, Caso 11.012, Argentina, Solución Amistosa, 20 de septiembre de 1994.

13. 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, núm. 73.

14. Corte I.D.H., Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.

15. Corte IDH, Caso Kimel vs. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de mayo de 2008, serie C, núm. 177 y Resolución de 5 de febrero de 2013 en relación con este caso.

16. Corte IDH, Caso Barrios Altos vs. Perú, Fondo, Sentencia de 14 de marzo de 2001, serie C, núm. 75; caso La Cantuta vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, serie C, núm. 162 y caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154.

17. Schneider, Jan, "Implementation of Judgments: Should Supervision be Unlinked from the General Assembly of the Organization of American States?", *Inter-American and European Human Rights Journal* Vol. 5, núm. 1-2, 2013.

valoración cuantitativa de las etapas procesales ante los órganos del Sistema,¹⁸ si el cumplimiento de decisiones ha sido alto, intermedio, bajo o nulo¹⁹, así como una valoración cuantitativa de efectos, como el número de sanciones determinado por un caso específico.²⁰

Por otra parte, desde una **visión constructivista**, otros trabajos resaltan efectos que no se reflejan necesariamente en cambios sociales deseados sino en la redefinición de las disputas entre grupos sociales, en particular, el empoderamiento de ciertos grupos de víctimas o agencias estatales (efectos indirectos)²¹ o en el cambio de ideas, percepciones e imaginarios sociales respecto al tema objeto de litigio (efectos simbólicos)²². Se destaca al respecto el efecto desbloqueador que logra el Sistema Interamericano para enfrentar aparatos estatales y burocracias que bloquean la democracia y el cumplimiento de los derechos²³. Asimismo, el efecto deliberativo de

18. The University of Texas School of Law-Human Rights Clinic, *Maximizando la Justicia, Minimizando la Demora. Acelerando los Procedimientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Diciembre 2011.

19. Basch, Fernando, Leonardo Filippini, Ana Laya, Mariano Nino, Felicitas Rossi y Schreiber, Bárbara, "La efectividad del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Un enfoque cuantitativo sobre su funcionamiento y sobre el cumplimiento de sus decisiones", en *Sur. International Journal on Human Rights*, no. 12, 2011; González-Salzberg, Damián A., "La implementación de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Argentina: un análisis de los vaivenes jurisprudenciales de la Corte Suprema de la Nación", en *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, 2010. Ver asimismo, Baluarte, David C. y De Vos, Christian, "From Judgment to Justice: Implementing International and Regional Human Rights Decisions", Open Society Foundations, 2010. Para una revisión del proceso de supervisión de cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH y algunas propuestas para impulsar modelos estratégicos de implementación, ver Baluarte, David C., "Strategizing for Compliance: The Evolution of a Compliance Phase of Inter-American Court Litigation and the Strategic Imperative for Victim's Representatives", *American University International Law Review*, Vol. 27, Issue 2, 2012, pp. 263-321.

20. Los trabajos de Huneus involucran tanto perspectivas cuantitativas como cualitativas. Para efectos de lo que quiero ejemplificar con impactos cuantitativos, Huneus evalúa "prosecutorial outcomes" de la Corte IDH y precisa que las decisiones de este tribunal -al momento de la finalización de su investigación- han generado "39 convictions since reparation ruling". En ese sentido, en términos cuantitativos, la Corte IDH ha logrado más resultados en términos de condenas penales que lo alcanzado por la Corte Penal Internacional, a pesar de la diferencia abismal entre el presupuesto de ambos órganos. Ver Huneus, Alexandra, "International Criminal Law by Other Means: The Quasi-Criminal Jurisdiction of the Human Rights Courts", *American Journal of International Law*, Vol. 107, núm. 1, January 2013, pp. 1-44.

21. Cavallaro, James L. y Brewer, Stephanie Erin, "Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: the Case of the Inter-American Court", "Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: the Case of the Inter-American Court". *American Journal of International Law*, 4, [102], 2008, pp. 768-827.. Asimismo, Beristain reseña el testimonio de Carlos Marecos, líder Sawhoyamaya, quien señaló que "uno de los motivos, digamos, de que llegase el caso a la Corte es que vimos que aún nos quedaban fuerzas para luchar". En este libro se explica la forma como el litigio del caso *Sawhoyamaya*, con independencia de sus resultados materiales, fortaleció lazos entre los líderes más jóvenes -que conocían más del español- y los líderes más ancianos. Asimismo, el litigio permitió reconstruir lazos comunitarios -usos y costumbres- a pesar de la extrema vulnerabilidad. El efecto indirecto se relaciona con este fortalecimiento interno de la comunidad gracias al litigio. Ver asimismo Dulitzky, Ariel E., "The Inter-American Human Rights System Fifty Years Later: Time For Changes", Special Edition, *Revue québécoise de droit international*, núm.127, 2011.

22. Sobre el concepto de "efecto simbólico", ver Rodríguez Garavito, César y Rodríguez Franco, Diana, op. cit., nota 9, p. 25 y García Villegas, Mauricio, La Eficacia Simbólica del Derecho. Exámen de Situaciones Colombianas, Bogotá, Uniandes, 1993. Ver asimismo el conjunto de testimonios de víctimas, agentes del Estado y funcionarios de la Comisión y la Corte Interamericana en casos ante el Sistema Interamericano recopilados en Beristain, Carlos Martín, Diálogos sobre la reparación. Qué reparar en los casos de violaciones de derechos humanos, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2009. Muchos de los entrevistados precisaron los efectos del litigio en nuevas percepciones sobre ciertos problemas o un conjunto de imaginarios e ideas que cada actor proyectada en torno a lo que implicaban los casos.

23. Tiscornia, Sofía, *Activismo de los derechos humanos y burocracias estatales. El caso Walter Bulacio, Buenos Aires, Del*

las decisiones interamericanas para impulsar mayor deliberación, participación social y rendición de cuentas respecto a los alcances y la implementación de ciertas políticas públicas²⁴.

Algunos de estos estudios evidencian que, al analizar los efectos de estas decisiones en las instituciones estatales, es necesario superar una visión del Estado como un actor unitario. En efecto, una visión tradicional del Estado le entiende como una forma monolítica, que algunas posturas asumen como diseñada para la dominación. Enfoques como el de Michael Mann rompen con esta concepción al reconocer que, si bien el Estado sigue siendo un espacio de unificación social, esta unificación es polimorfa²⁵, es decir, que el Estado centraliza de forma distinta numerosas redes de poder político. En este marco el poder no es solo ejercido en forma vertical, sino que algunas resistencias desde abajo o antisistémicas se proyectan en dicha unificación. Un enfoque de esta naturaleza permite reivindicar, por ejemplo, el papel de funcionarios o agencias estatales que, a pesar de encontrarse dentro del sistema, su actitud pretende ser crítica y transformadora.

Considero que las visiones constructivistas tienen un especial valor metodológico para visibilizar el enorme conjunto de impactos indirectos / no previstos que pueden alcanzar las decisiones interamericanas. A pesar de situaciones que, desde un punto de vista instrumental podrían estar asociadas a fuertes fallas en el cumplimiento de algunas decisiones -por ejemplo, la impunidad respecto a una grave violación de derechos humanos declarada por la Corte-, las visiones constructivistas se concentran en visibilizar la riqueza y complejidad de los procesos institucionales y sociales que acompañan tanto el litigio como la implementación de los fallos. Al apreciar en esta forma el impacto de la actuación de la Comisión y la Corte es posible abrir el escenario de análisis más allá de las partes en un caso e involucrar al conjunto de actores que,

Puerto, 2008. Un análisis de cómo se insertaron diversas decisiones interamericanas en procesos políticos impulsados en Perú respecto a lucha contra la impunidad puede verse en Sandoval, Clara, "The Challenge of Impunity in Peru: The Significance of the Inter-American Court of Human Rights", Essex Human Rights Review, 1 (5), 2008, pp. 97-118.

24. En este punto cabe resaltar el proceso de implementación de la sentencia emitida por la Corte Interamericana en el caso González y otras ("Campo Algodonero") respecto al asesinato de mujeres en Ciudad Juárez, teniendo en cuenta las órdenes emitidas por el Tribunal, que exigían acciones tanto en los niveles local como federal así como en el ámbito judicial y legislativo. En términos de rendición de cuentas, cabe resaltar que la "Comisión Especial para conocer y dar seguimiento a los casos de feminicidio registrados en México (CEF) de la LXI Legislatura de la Cámara de Diputados", conformada por algunas diputadas de dicho país, impulsó un seguimiento de las acciones emprendidas por diversas agencias estatales para la implementación de la sentencia. Ver <http://www.proceso.com.mx/?p=290240> y el informe emitido por dicha Comisión en 2010. Ver asimismo Corte IDH, Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de mayo de 2013.

25. Mann explica que "[e]n química se llama polimorfa aquella sustancia que cristaliza de dos o más formas distintas, que generalmente pertenecen a diferentes sistemas. El término se adapta a las formas en que cristaliza el Estado, como centro -diferente en cada caso- de numerosas redes de poder". Mann, Michael, "Una teoría del estado moderno", en Ídem., Las fuentes del poder social II: El desarrollo de las clases y los Estados nacionales 1760-1914, Madrid, Alianza Editorial, 1997, pp. 110.

dentro del campo jurídico interamericano, están luchando por posicionar sus intereses y capitales en torno a las políticas públicas de derechos humanos.

Para explicar en forma un poco más concreta el potencial que le otorgo a las visiones constructivistas, a continuación me referiré en forma muy preliminar a un ejemplo de efecto indirecto de ciertas decisiones interamericanas, relacionado con lo que denomino experiencias de “empoderamiento institucional”. Cierta tipo de uso del Sistema Interamericano por parte de actores estatales se relaciona con formas de “empoderamiento institucional”, particularmente en aquellos casos donde la invocación del derecho interamericano tiene un rol importante para enfrentar una correlación de fuerzas adversa para que una determinada agencia estatal pueda cumplir un mejor papel en la defensa institucional de Derechos humanos.²⁶

Este tipo de uso viene siendo documentado en la valoración general de la intervención del Sistema Interamericano para fortalecer las democracias de la región. Así por ejemplo, tal como lo señala Bernardes, cuando las estructuras nacionales no permiten que ciertos temas lleguen a la esfera pública, o si llegan, que se conviertan en políticas públicas oficiales -sea porque atienden a grupos sociales invisibilizados o porque desafían a grandes intereses económicos- en esos momentos las esferas públicas transnacionales pueden ser determinantes. Bernardes analiza algunos ejemplos que permiten afirmar que algunos temas que no encuentran lugar en la agenda política nacional se pueden plantear en estos espacios transnacionales, y más tarde, en una nueva configuración de poder, se los puede volver a incluir en la política doméstica.²⁷

El enfoque es constructivista -y no instrumentalista- en el sentido de que no se parte de la efectividad de la situación de “empoderamiento institucional” -si la respectiva agencia estatal logró el objetivo propuesto-. De hecho, algunos casos se caracterizan

26. Un aspecto para investigaciones posteriores lo constituye el determinar si este tipo de “empoderamiento institucional” puede explicarse en marcos teóricos como el propuesto por Ermanno Vitale respecto al concepto de “resistencia constitucional”. Vitale, Ermanno, *Defenderse del poder*. Por una resistencia constitucional, Madrid, Trotta, 2012. Si bien Vitale no trabaja su enfoque desde la “resistencia” desde las instituciones, su visión del “contrapoder” desde el Estado es una perspectiva relevante sobre la complejidad del funcionamiento del poder político en la actualidad. Por su parte, Arango señala que “la resistencia constitucional, a diferencia de la civil que involucra un desafío a la legalidad, consiste en hacer uso de los mecanismos que la misma Constitución otorga a los ciudadanos para garantizar la precedencia de sus derechos fundamentales sobre otros bienes públicos, intereses generales u objetivos sociales. Arango afirma que las sentencias que protegieron a los deudores de vivienda y ordenaron la expedición de una nueva legislación para el financiamiento de la vivienda a largo plazo; la sentencia que declaró la inconstitucional de una reforma legal al régimen tributario por desconocer el derecho al mínimo vital de la población más pobre; la sentencia de tutela que protegió a la población desplazada o la que aseguró el derecho al mínimo vital de los recicladores “son una buena muestra de cómo se ejerce la resistencia constitucional por vía de la jurisdicción sin con ello subvertir el orden jurídico ni desconocer el principio de separación del poder público y el principio democrático”. Ver, Arango, Rodolfo, “Los derechos sociales en Iberoamérica: estado de la cuestión y perspectivas hacia futuro”, Cuadernos Electrónicos, No. 5, Federación Iberoamericana del Ombudsman, 2009, http://www.portalfio.org/inicio/archivos/cuadernos_electronicos/numero_5/1_%20Los%20derechos%20sociales%20en%20Iberoam%C3%A9rica.pdf

27. Bernardes, Marcia, “Sistema Interamericano de Derechos Humanos como Esfera Pública Transnacional: Aspectos Jurídicos y Políticos de Implementación de las Decisiones Internacionales”, Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos, núm. 15, 2011, pp. 137-159.

por su efecto moderado para transformar realmente una política pública específica. La idea de “empoderamiento institucional” busca resaltar la redefinición de la estrategia de un actor estatal a partir del impulso de la intervención del Sistema Interamericano y la implementación de sus decisiones.²⁸ Interesa analizar cómo ello constituye un efecto indirecto importante de las decisiones o de la intervención interamericana en tanto escenario de actores locales en controversia.

II. El potencial de los enfoques constructivistas: el ejemplo del “empoderamiento institucional estratégico”²⁹

Durante las primeras décadas de funcionamiento del Sistema Interamericano, muchos de los Estados que le conforman fueron acusados de actuar, en alguna medida, como “enemigos” del mismo. En efecto, durante cierta época se pensaba que no se lograría el número de ratificaciones de la Convención Americana que le permitiera a la Corte IDH iniciar su funcionamiento. Luego de 1979, cuando la Corte comienza sus labores, el temor era que no llegara ningún caso contencioso ante dicho tribunal o que, en el evento de que la Comisión remitiera un determinado caso, el Estado respectivo se negara a comparecer ante el tribunal, desconociera su jurisdicción o se negara a cumplir con sus órdenes.

Si bien sigue existiendo una relación tensa entre los Estados y los órganos de protección, la situación ha cambiado notablemente en las últimas décadas. Autores como Abramovich han visibilizado la utilización del Sistema Interamericano por parte de algunos Estados o por organismos públicos con competencia en derechos humanos “para iluminar ciertas cuestiones e impulsar agendas nacionales o regionales”. Abramovich destaca que en algunos casos “cuando los Gobiernos tienen políticas claras en esta materia, un caso en el SIDH suele ser considerado como una oportunidad

28. En este tipo de enfoque resulta de especial valor el análisis de los órganos institucionales que tienen relación con la implementación de las decisiones interamericanas. Para un análisis de argumentos a favor y en contra de concentrar en una determinada agencia estatal la responsabilidad de cumplir con las decisiones internacionales, y la necesidad de fortalecer la implementación de las decisiones interamericanas a partir de la intervención de diversos actores estatales -no sólo del poder ejecutivo- ver Abregú, Martín y Espinoza, Olga, “La eficacia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la aplicación de sus decisiones por los Estados Parte”, en Abramovich, Víctor; Bovino, Alberto y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires, Del Puerto, 2007, pp. 191-214.

29. En algunos apartados de esta sección retomo parcialmente una aproximación a ciertos debates sobre la jurisprudencia de la Corte, ver Parra Vera, Oscar, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires, Año 13, núm. 1, 2012, pp. 5-51.

de incidencia política, por las áreas interesadas del mismo Gobierno, para superar resistencias en el propio Estado o en otros sectores sociales”³⁰.

A continuación analizo algunos posibles casos de “empoderamiento institucional”, donde algunos funcionarios e instituciones han involucrado las decisiones interamericanas en escenarios de confrontación con otros poderes públicos. Tal como lo mencioné previamente, se trata de una valoración del Estado como terreno en disputa entre instituciones, a veces entre distintas ramas del poder público o en ocasiones al interior de un poder público específico. Esta aproximación es muy preliminar dado que no se hace una calificación detallada sobre el contexto político específico de cada litigio. Sin perjuicio de lo anterior, se hace mención a cierta información que permite valorar los alcances de la actuación conjunta internacional / local para enfrentar una coyuntura adversa y salvaguardar objetivos relacionados con la defensa de derechos humanos. Son ejemplos de lo que autores como Huneeus denominan “compliance partnerships”³¹, donde la interacción entre lo interamericano y lo local tiene como objetivo consolidar una agenda común para impulsar una mejor implementación tanto de políticas de derechos humanos como de decisiones interamericanas. Interesantes ejemplos de este tipo de interacciones dinámicas puede verse en las sentencias emitidas por la Corte Constitucional de Colombia en la que se consideró procedente la acción de tutela para exigir el cumplimiento de ordenes emitidas por la Corte Interamericana.³²

30. Abramovich, Víctor, “Remedios de alcance colectivo y obstáculos en la ejecución de decisiones en el Sistema Interamericano”, 2010, http://www.es.cr-net.org/usr_doc/Abramovich_-_Remedios_en_SIDH_%28borrador%29.pdf. Abramovich menciona como ejemplos i) algunos procesos de solución amistosa ante la Comisión Interamericana que motivaron cambios en la legislación y en políticas nacionales, ii) las solicitudes de Opiniones Consultivas por parte del Estado mexicano respecto a la asistencia consular en procesos que implican la aplicación de la pena de muerte y respecto a derechos de los migrantes en situación irregular, iii) la solicitud de Opinión Consultiva sobre la práctica estatal de nombrar jueces ad hoc en litigios ante la Corte, la cual fue presentada conjuntamente con algunas organizaciones sociales, y iv) el número de funcionarios públicos, jueces, defensores, fiscales, operadores judiciales que han acudido ante la Comisión y la Corte buscando protección cautelar de urgencia.

31. Huneeus, Alexandra, “Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court’s Struggle to Enforce Human Rights”, *Cornell International Law Journal*, 2011, 44:3. Sobre este tipo de alianzas que deberían surgir entre altas cortes y la Corte IDH, ver Dulitzky, Ariel, “Quién controla a quién? O el control de Convencionalidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. O de la subsidiariedad a la supremacía convencional”, *Inédito*.

32. Ver la tutela emitida en relación con el caso 19 Comerciantes, respecto a erigir un monumento en memoria de las víctimas y, mediante una ceremonia pública, colocar una placa con los nombres de éstas. Ver, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-653 de 2012. Asimismo, en la sentencia T-367 de 2010, la Corte Constitucional de Colombia declaró procedente la tutela interpuesta por obstáculos relacionados con la implementación del caso Masacres de Ituango Vs. Colombia. El Alto Tribunal colombiano ordenó a la Agencia Presidencial para la Acción Social “informar a través de radio, prensa y televisión, con cubrimiento nacional y local, incluida la radio comunitaria, por lo menos una vez al mes en todos los medios y durante el término de seis meses, en horarios y espacios de alta audiencia, a la población afectada por las Masacres de Ituango de las medidas de reparación ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para las personas individualizadas en dicho fallo y del procedimiento a seguir para acceder a ellas”. De otra parte se conminó al Ministerio de Relaciones Exteriores a “ejercer una función de coordinación efectiva en la que se ilustre de manera adecuada y oportuna a las diferentes entidades del Estado responsables de la atención de la población desplazada por la violencia, de la necesidad de cumplir con los fallos judiciales de los organismos internacionales [...]”.

Cabe resaltar que el análisis de algunos ejemplos de esta interacción estratégica entre instituciones se inserta en literatura reciente que valora, desde una perspectiva sociojurídica o desde propuestas de reajuste institucional impulsadas desde las mismas cortes³³, la relación entre la Corte Interamericana y las Altas Cortes locales en orden a explicar los factores que generan alianzas y/o situaciones de confrontación.³⁴

2.1. Medidas cautelares para magistrados de la Corte Suprema de Justicia de Colombia

Un ejemplo interesante en esta materia puede verse en la solicitud de medidas cautelares por parte de miembros de un poder público en el marco de la persecución de otro poder público o en el contexto de choques interinstitucionales. En este punto cabe reseñar la emisión de medidas cautelares por parte de la Comisión Interamericana para proteger algunos magistrados de la Corte Suprema de Justicia de Colombia que alegaban, entre diversas amenazas, la persecución por parte del Gobierno de ese entonces. Como antecedente para entender este ejemplo, cabe anotar que a partir de 2006 se inició en Colombia una estrategia sistemática dirigida a la investigación de los delitos cometidos por el paramilitarismo y, en particular, de las alianzas de dichos grupos ilegales con empresarios, políticos y miembros de las fuerzas armadas. Estas investigaciones generaron un proceso muy difundido públicamente y denominado “parapolítica”, en torno al cual se han detenido y sancionado penalmente a más de cuarenta congresistas de Colombia.³⁵ Gran parte de los congresistas eran miembros de la coalición de apoyo al gobierno de ese momento. Por tal razón, las decisiones sobre “parapolítica” generaron un fuerte conflicto entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial.

33. European Court of Human Rights, *Dialogue between judges 2012. How can we ensure greater involvement of national courts in the Convention system?*, Strasbourg, ECHR / Council of Europe, 2012; Spielman, Dean, “Keynote speech”, Conference: *Judgments of the European Court of Human Rights. Effects and Implementation*, 20 September 2013, y Arden, Mary (Rt Hon Lady Justice), “Peaceful or Problematic? The Relationship between National Supreme Courts and Supranational Courts in Europe”, *Yearbook of European Law*, 2010. Estos documentos discuten las propuestas recientes para fortalecer la comunicación el diálogo entre las altas cortes y el Tribunal Europeo, incluyendo los debates sobre la posibilidad de que Altas Cortes soliciten opiniones consultivas en ciertas circunstancias.

34. Huneus, Alexandra, “Courts Resisting Courts”, Op. Cit.; Uprimny, Rodrigo y Saffon, María Paula, “El desafío judicial de la implementación interna y de la sostenibilidad jurídica y política del sistema interamericano de Derechos Humanos”, Res pública argentina. Buenos Aires nº 1 (ene./abr. 2008) p. 31-45; Shany, Yuval, “Categorizing vertical and horizontal jurisdictional interactions”, en Ídem., *Regulating Jurisdictional Relations between National and International Courts*, New York, Oxford University Press, 2007, pp. 27-77 (donde se analizan, entre otros los casos sobre Notificación Consultar que involucran a la Corte Internacional de Justicia y la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos). Ver asimismo, Shai Dothan, “Judicial Tactics in the European Court of Human Rights” [Public Law & Legal Theory Working Papers, Chicago Journal of International Law, Vol. 12, No. 1, 2011.

35. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia y ICTJ, *Procesos contra Aforados Constitucionales - Parapolítica*. Compilación de autos y sentencias. Diciembre de 2007 a septiembre de 2010, Bogotá, ICTJ / ASDI, 2010.

En el marco de este choque, algunos magistrados de la Corte Suprema de Justicia hicieron uso del Sistema Interamericano para reclamar protección y garantías en el ejercicio de su labor, teniendo en cuenta que el Presidente había efectuado diversas acusaciones de corrupción y parcialidad contra la Corte. Uno de los aspectos que generó mayor choque entre el Gobierno y el Poder Judicial se relacionaba con los presuntos seguimientos e interceptaciones ilegales contra miembros de la oposición y magistrados y la acusación penal que el Presidente adelantó contra uno de los magistrados por el delito de injuria. Algunos de los beneficiarios de las medidas habían sido objeto de hostigamientos. Las presuntas víctimas denunciaron que en las interceptaciones ilegales e intervenciones de las comunicaciones de las presuntas víctimas, habrían participado, incluso, miembros de la escolta de protección asignada por el propio Estado, quienes también habrían filtrado información sobre sus movimientos a los organismos de inteligencia.³⁶

En este contexto la Comisión Interamericana emitió medidas cautelares en favor de cuatro magistrados de la Corte Suprema y un magistrado auxiliar de dicho órgano. Algunos de los beneficiarios tenían relación directa con las investigaciones de dicho tribunal respecto a la “parapolítica”³⁷. La Comisión consideró que dichos funcionarios se encontraban seriamente amenazados tras los seguimientos e interceptaciones ilegales. Las medidas involucraron la solicitud al Estado respecto a la protección de dichos magistrados y sus familiares, así como la investigación de los hechos originadores del riesgo³⁸.

A pesar de que el Sistema Interamericano ha otorgado protección cautelar y tutelar a diversos funcionarios públicos y líderes políticos, la solicitud de protección por parte de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia constituye un hecho de importancia en el contexto de los conflictos interinstitucionales que se presentan en Colombia como consecuencia de algunos esfuerzos por implementar adecuadamente las obligaciones en derechos humanos. De allí la importancia que algunos magistrados de la Corte Suprema otorgaron a una denuncia internacional interamericana. En el momento en el que el choque con el Poder Ejecutivo ofrecía mayor complejidad, el Sistema Interamericano ofreció una oportunidad para visibilizar, a nivel nacional

36. Una descripción detallada de estos hechos puede verse en Grupo Interdisciplinario por los Derechos Humanos, Justicia: Tras la Mordaza. Apuntes y Casos sobre los ataques a la Independencia del Poder Judicial en Colombia, Medellín, 2009.

37. La Comisión emitió medidas cautelares en favor de los magistrados Cesar Julio Valencia, Yesid Ramírez, Sigifredo Espinosa, la magistrada María del Rosario González y el magistrado auxiliar Iván Velásquez. <http://www.rcnradio.com/note/53909> y <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/articulo-231745-corte-interamericana-ordena-proteccion-magistrado-espinosa>. Ver asimismo, “Gobierno no ha cumplido con medidas de protección, dicen magistrados”, 28 de Octubre del 2010; “Medidas cautelares a favor de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia”.

38. Medidas Cautelares MC 119/09, MC 157/09, MC 243/210. Disponibles en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp>

e internacional, la magnitud de la intimidación que sufrían los magistrados. Sin perjuicio de que es necesario indagar empíricamente con mayor detalle sobre los efectos de estas medidas cautelares emitidas por la Comisión, es posible señalar algunos impactos indirectos y simbólicos relacionados con la visibilización de la gravedad del problema por el carácter intimidatorio de este tipo de amenazas. En efecto, los hostigamientos contra la cúpula del Poder Judicial podían involucrar un mensaje inhibitorio / intimidatorio respecto a los esfuerzos de funcionarios judiciales por impulsar con debida diligencia estos procesos de especial complejidad. El apoyo internacional constituía un importante soporte para poder continuar en forma diligente con el impulso de procesos penales como el de la “parapolítica” y podía contribuir a cambiar la percepción sobre la gravedad del problema o el “enquadre” que algunos medios de comunicación venían haciendo de este tipo de conflicto interinstitucional.³⁹

Una línea de investigación a futuro puede comparar este ejemplo colombiano con la protección de la Comisión Interamericana a favor de jueces en otros países que enfrentan este tipo de intimidaciones, como se evidencia en las medidas cautelares adoptadas para proteger a los jueces que intervinieron en el juicio y condena del exdictador guatemalteco Efraín Ríos Montt.⁴⁰

2.2. Tensiones entre la Sala Criminal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala y la Corte de Constitucionalidad de dicho país. La intervención de la Corte Interamericana

Decisiones de la Comisión y la Corte han documentado terribles atrocidades cometidas durante el conflicto armado que padeció Guatemala hasta los acuerdos de paz firmados en 1996. En una primera época el Estado mantuvo una actitud confrontativa

39. Sobre el concepto de encuadre como herramienta cualitativa en el análisis de medios, ver Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, *Cortes y Cambio Social...* Op. Cit., p. 106 y ss. En el ejemplo analizado, cabe resaltar que algunos medios señalaron que era “histórico” que quien fuera cobijado por la protección cautelar por parte de la Comisión Interamericana fuera un magistrado de la Corte Suprema de Justicia. Ver <http://www.wradio.com.co/noticias/actualidad/cidh-concede-medidas-cautelares-a-magistrado-de-la-corte-suprema-de-justicia/20090518/nota/813578.aspx>

40. El 28 de junio de 2013 la CIDH otorgó medidas de protección a favor de las juezas Yassmin Barrios Aguilar, Patricia Bustamante García y del juez Pablo Xitumul de Paz, debido a numerosos actos de hostigamiento y amenazas que han recibido por su participación en el juzgamiento de los ex generales Efraín Ríos Montt y Mauricio Rodríguez Sánchez. Ver CEJIL, “Comisión Interamericana de Derechos Humanos requiere al Estado de Guatemala que proteja a Jueces que juzgaron a Ríos Montt”, 2 de julio de 2013, disponible en <http://cejil.org/comunicados/comision-interamericana-de-derechos-humanos-requiere-al-estado-de-guatemala-proteger-a-j> En el comunicado de cierre del 147 Período de Sesiones, el 5 de abril de 2013, la CIDH resaltó “la importancia de que el Estado de Guatemala ofrezca garantías de seguridad para que las y los operadores de justicia puedan continuar con sus labores en condiciones de independencia e imparcialidad a fin de que el Estado continúe avanzando en el esclarecimiento de la verdad y sanción a los responsables de las graves violaciones cometidas durante el conflicto armado”.

con la Comisión Interamericana, en orden a impedir al máximo tanto *visitas in loco* como informes sobre casos y la situación general del país. En algunos Gobiernos se ha tenido algún nivel de apertura ante los órganos interamericanos, reconociendo la responsabilidad del Estado en algunas graves violaciones y ofreciendo algunas medidas de reparación que actualmente se relacionan con un “Programa Nacional de Resarcimiento” por las atrocidades del pasado.

El Estado creó en los años noventa una “Comisión Presidencial coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos – COPREDEH”. Copredeh ha impulsado soluciones amistosas en muchos de los casos más sensibles ante los órganos interamericanos. Sin embargo, tal como lo analizaron en su momento Mersky y Roth-Arriaza⁴¹, las acciones de Copredeh “a menudo no concordaban con el de otros integrantes del gabinete”. Además, se trataba de una “comisión presidencial” cuya “estructura resulta[ba] débil en relación con otras instituciones” como el Ministerio de Relaciones Exteriores que, al momento en que estas autoras desarrollaron su análisis, estaba “muy dispuesto a defender al Estado a cualquier precio y a negar cualquier tipo de responsabilidad”. Mersky y Roth-Arriaza resaltaban que “quienes se oponían dentro de[l gobierno Portillo -2000-2004] a cualquier tipo de responsabilidad por las violaciones cometidas en el pasado, finalmente crearon un “gabinete de seguridad y derechos humanos” bajo la dirección del vicepresidente, como un centro de poder alternativo a la Copredeh”. Según dichas autoras, esta “pugna interna explica[ba] algunas incoherencias en las posturas públicas del gobierno y, en cierta medida, evidencia[ba] la fragilidad incluso de algunos de los importantes avances logrados”⁴².

A continuación analizo cómo la intervención interamericana adquirió en su momento un rol importante en las estrategias que tuvieron Copredeh y la Sala Criminal de la Corte Suprema, órganos que estaban tratando de impulsar la lucha contra la impunidad en este escenario de pugnas internas entre agencias estatales⁴³.

41. MERSKY, Marcie y ROTH-ARRIAZA, Naomi, “Guatemala”, en Due Process of Law Foundation, *Victimas sin mordaza, el impacto del Sistema Interamericano en la justicia transicional en Latinoamérica: los casos de Argentina, Guatemala, El Salvador y Perú*, México D.F., DPLF / Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2007, pp. 17-51.

42. Un ejemplo expuesto por Mersky y Roth, op. cit., pp. 30-31, se relaciona con un video sobre la Masacre de Las Dos Erres, transmitido por televisión en el marco de una solución amistosa impulsada por las víctimas y por Copredeh. Luego de la transmisión del video, en el que las víctimas acusaban al Ejército como responsable de la masacre, presuntamente se solicitó la renuncia de los directivos de Copredeh y el Congreso de Guatemala, “bajo el control de los partidarios” de uno de los acusados por dicha masacre, “repudió el video y pidió la disolución de la Copredeh”.

43. En su momento, Mersky y Roth-Arriaza analizaban esta estrategia como una continuación de esfuerzos anteriores de Copredeh dirigidos a “utilizar el Sistema Interamericano de justicia para ejercer presión sobre el sistema jurídico”, razón por la cual, “a partir del gobierno de Portillo [se] logró que representantes del Ministerio Público y de la Corte Suprema participaran en reuniones con la CIDH celebradas en Washington, y los invitó a presentar información directa sobre sus iniciativas cuando los comisionados visitaron Guatemala” [Mersky y Roth-Arriaza 2007: 43]. La gestión actual de Copredeh es diferente y constituye un aspecto que no se analizará en este artículo.

Como antecedente para entender este ejemplo, cabe anotar que la Corte ha señalado que Guatemala enfrenta un patrón estructural de impunidad que ha dificultado el cumplimiento del deber de investigar⁴⁴. Por ello, en la implementación de algunas de sus decisiones, la Corte ha realizado un análisis más detallado del marco institucional en el que se insertan sus órdenes, tratando de precisar con más claridad el tipo de acción estatal idóneo para impulsar las investigaciones.

Así por ejemplo, al evaluar el cumplimiento de una Sentencia proferida cinco años atrás respecto a la desaparición forzada del niño Marco Antonio Molina Theissen, la Corte emitió órdenes dirigidas a una investigación con debida diligencia según los estándares de la jurisprudencia y avanzó en precisar el tipo de compromiso institucional necesario para el impulso de las investigaciones⁴⁵. En particular, el Tribunal estableció órdenes directas a diversas instituciones de Guatemala, de tal forma que acompañaran la producción de información por parte del Gobierno. En efecto, la Corte ordenó la designación de funcionarios de enlace en el Poder Judicial y en Inteligencia Militar, para que dichos funcionarios informaran detalladamente la forma como se enfrentan los obstáculos para superar los problemas en las investigaciones. Se ordenó al Estado que:

- designe un funcionario de la Comisión Nacional para el Seguimiento y Apoyo al Fortalecimiento de la Justicia (CNSAFJ), quien, junto con la Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en Materia de Derechos Humanos (COPREDEH), deberá presentar un informe que establezca: i) el presupuesto que tiene el Estado para impulsar los casos de violaciones de derechos humanos durante el conflicto armado; ii) si dicho presupuesto es suficiente para cubrir las necesidades investigativas, en especial las del presente caso, y iii) de ser insuficiente dicho presupuesto, las medidas necesarias para incrementarlo;
- designe un funcionario de la CNSAFJ, quien establecerá un cronograma y una metodología de trabajo con las Altas Cortes dirigido a impulsar los casos de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos;
- designe un funcionario de enlace en la inteligencia militar del Ejército, a quien el Ministerio Público y el juzgado que estén a cargo de las investigaciones internas del presente caso, así como la CNSAFJ, la COPREDEH y las víctimas de este caso o sus representantes, puedan dirigirse en búsqueda de información para descubrir a los responsables o hallar los restos del joven Molina Theissen.

⁴⁴. Corte IDH, Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala, Resolución de supervisión de cumplimiento, 27 de enero de 2009.

⁴⁵. Corte IDH, Caso Molina Theissen Vs. Guatemala, Resolución de supervisión de cumplimiento, 16 de noviembre de 2009.

Este funcionario presentará, [...], conjuntamente con la COPREDEH, un informe sobre la metodología y el cronograma dirigido a impulsar la colaboración del estamento militar en el impulso de las investigaciones.

Una de las órdenes más relevantes emitidas por la Corte fue la de solicitar información sobre “el número de acciones disciplinarias, administrativas o penales emprendidas” contra funcionarios que se niegan a colaborar en el cumplimiento de dichas órdenes. Asimismo, la Corte precisó claramente que la labor de los órganos estatales mencionados “no se puede limitar al envío de oficios transcribiendo estas órdenes, sino que estos funcionarios, que deberán contar con todo el apoyo del Estado, deberán crear las condiciones para que la información remitida” sea “precisa, completa, confiable y aprovechable o útil, es decir, brinde parámetros cualitativos y cuantitativos para hacer seguimiento al cumplimiento de estas órdenes”. Como se observa, las decisiones de la Corte precisan un margen de acción para que Copredeb pueda interlocutar con otras agencias de las cuáles depende la implementación de las órdenes del Tribunal. Autoras como Huneeus (2011), cuyo trabajo es pionero en focalizar el análisis de cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana desagregándolo según el órgano estatal al que va dirigida la orden emitida por la Corte, resaltan la importancia de estas estrategias basadas en la identificación con mayor detalle de los actores locales para interlocutar, en orden a construir una mejor alianza entre la Corte Interamericana y los jueces y fiscales internos dirigida al cumplimiento de los fallos internacionales.

Otro ejemplo relevante se relaciona con la implementación de las sentencias de fondo y reparaciones emitidas el 25 de noviembre de 2000 y el 22 de febrero de 2002 respecto a la desaparición forzada de Efraín Bámaca Velásquez. En dichos fallos se ordenó la investigación de lo ocurrido. Casi una década después de estas órdenes, las investigaciones no habían avanzado.

En consecuencia, en 2009⁴⁶, el Tribunal adoptó órdenes con mayor detalle sobre los ajustes institucionales pertinentes para impulsar la obligación de investigar. La Corte solicitó información sobre “el número y las características de los actos procesales que se estén impulsando para investigar los patrones sistemáticos y la responsabilidad de las cadenas de mando militar respectivas”. La Corte añadió que dichos actos debían partir de la precisión de códigos y unidades institucionales así como de la respectiva línea de mando. Asimismo, el Tribunal ordenó y solicitó información detallada en torno al presupuesto asignado para impulsar la investigación así como el programa de

46. Corte IDH, Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala, Resolución de supervisión de cumplimiento, 27 de enero de 2009.

protección de jueces, operadores judiciales y testigos, precisando que corresponde al Estado identificar de oficio el riesgo que se cierne sobre cualquier interesado o partícipe en la investigación, así como manejar en forma diligente cualquier inquietud al respecto alegada por las partes en el proceso.

Este enfoque de la Corte tuvo impacto en el impulso del caso. En un primer momento, el 11 de diciembre de 2009, la Sala Criminal de la Corte Suprema de Justicia declaró que era necesario anular un sobreseimiento emitido en dicho caso e “iniciar un nuevo procesamiento” de los responsables. Sin embargo, como consecuencia de la orden de reabrir la investigación, un militar retirado presentó un recurso de amparo ante la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, alegando que al existir un sobreseimiento a su favor el proceso no se podía reabrir y no podía ser sometido a una nueva persecución penal. La Corte de Constitucionalidad aceptó dicho recurso señalando que la Corte Interamericana no había declarado la fraudulencia de lo actuado en el proceso y que se podían vulnerar derechos del acusado. Se ordenó entonces la revisión de la decisión de reabrir la investigación. Si los magistrados no lo hacían, podían ser sancionados, razón por la cual anularon la decisión de reapertura de investigación.

Copredeh (la mencionada Comisión Presidencial para el tema de derechos humanos) solicitó a la Corte un pronunciamiento específico sobre esta controversia entre la Sala Criminal y la Corte de Constitucionalidad. De hecho, la Sala Criminal también solicitó la intervención de la Corte, aunque posteriormente anuló el acto en el que solicitó dicha intervención. Al resolver lo pertinente, la Corte Interamericana recordó que ya había señalado, diez años atrás, que el fiscal del caso “recibió presiones, atentados y amenazas” y que respecto de los recursos internos se ejercieron “acciones directas de agentes del Estado de alto nivel tendientes a impedir que tuvieran resultados positivos”. Además, la Corte Interamericana dio dos pasos importantes para fortalecer la legitimidad de sus órdenes en este caso.

En primer lugar, la Corte consideró que no sólo su jurisprudencia constante, sino también diversas prácticas en la región, relacionadas con la implementación judicial de sus órdenes, permiten inferir que no son necesarias órdenes específicas y desagregadas para que las autoridades internas implementen efectivamente investigaciones judiciales y adopten las medidas necesarias para superar los obstáculos que generan impunidad. Para ello, la Corte resaltó prácticas del derecho internacional en el derecho interno en Perú (relacionadas con los alcances de la anulación de las leyes de amnistía), Bolivia y Colombia sobre la improcedencia de oponer la garantía de prescripción para impedir investigaciones ordenadas por la Corte Interamericana respecto a graves violaciones de derechos humanos.

En segundo lugar, el Tribunal hizo un juicio de ponderación respecto a las garantías penales que se invocan para impedir la vigencia plena de la orden de investigar emitida por la Corte, frente a los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos como el relacionado con el caso *Bámaca*. El Tribunal consideró que la impunidad en la que pueden quedar estas conductas por la falta de investigación, genera una afectación bastante alta a los derechos de las víctimas. La intensidad de esta afectación no sólo autoriza sino que exige una excepcional limitación a la garantía de *ne bis in idem*, a fin de permitir la reapertura de esas investigaciones cuando la decisión que se alega como cosa juzgada surge como consecuencia del incumplimiento protuberante de los deberes de investigar y sancionar seriamente esas graves violaciones. En estos eventos, la preponderancia de los derechos de las víctimas sobre la seguridad jurídica y el *ne bis in idem* es aún más evidente, dado que las víctimas no sólo fueron lesionadas por un comportamiento atroz sino que, además, deben soportar la indiferencia del Estado, que incumple manifiestamente con su obligación de esclarecer esos actos, sancionar a los responsables y reparar a los afectados⁴⁷. Por ello, al analizar los recursos judiciales que puedan interponer los imputados por graves violaciones de derechos humanos, el Tribunal resaltó que las autoridades judiciales están obligadas a determinar si la desviación en el uso de una garantía penal puede generar una restricción desproporcionada de los derechos de las víctimas, donde una clara violación del derecho de acceso a la justicia, desdibuja la garantía procesal penal de cosa juzgada.

En este punto la Corte también utilizó como fundamento las decisiones de Altas Cortes de la región en las que se había aceptado restringir algunas garantías penales de los procesados cuando claramente éstas constituían un obstáculo desproporcionado para la debida diligencia en la lucha contra la impunidad. La Corte hizo alusión a casos de Altas Cortes de Perú y Colombia. Se consideró entonces que, tanto de la jurisprudencia de la Corte como de algunas decisiones en el derecho comparado, es posible concluir que en las eventuales tensiones entre el derecho de acceso a la justicia de las víctimas y las garantías judiciales del imputado, existe una prevalencia *prima facie* de los derechos de las víctimas en casos de graves violaciones de derechos humanos y más aún cuando existe un contexto de impunidad.

A partir de todo lo anterior, la Corte concluyó que no fueron aportados elementos que demostraran que las decisiones adoptadas por la Corte de Constitucionalidad y la Corte Suprema de Justicia –respecto al cierre del caso- hayan sido realizadas de

⁴⁷. En este punto la Corte Interamericana siguió a la Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-004 de 20 de enero de 2003.

conformidad con lo establecido por las Sentencias y Resoluciones de la Corte en el caso *Bámaca*. Se señaló que en este tipo de casos la prevalencia de un sobreseimiento por encima de los derechos de las víctimas genera que el proceso continúe con manifiestas violaciones del acceso a la justicia, proyectando la impunidad en el tiempo y haciendo ilusorio lo ordenado por la Corte⁴⁸.

El respaldo de la Corte Interamericana a la Sala Criminal de la Corte Suprema es un importante precedente para el impulso de los procesos penales relacionados con las atrocidades del pasado. Sin perjuicio de ello, durante el actual Gobierno han surgido diversos debates sobre la implementación de los fallos interamericanos. En particular, la Cancillería ha hecho manifestaciones en las que se rechaza enérgicamente la jurisdicción de la Corte y se rechazan las órdenes emitidas en materia de reparaciones.⁴⁹

A pesar de la complejidad del contexto político-institucional, lo que me interesa resaltar es que una visión cuantitativa / instrumental sobre el porcentaje en que se ha cumplido lo ordenado por la Corte generaría una conclusión limitada, exclusivamente focalizada en la inexistencia de sanciones respecto a los graves hechos ocurridos. Por el contrario, desde una perspectiva cualitativa y constructivista, el surgimiento de mesas de trabajo y otros diseños institucionales locales para impulsar el cumplimiento de los fallos de la Corte, constituye un punto de partida muy relevante en el fortalecimiento estatal destinado a la defensa de la Convención Americana. En este sentido, el caso *Bámaca* es un ejemplo de cómo la Corte Interamericana profundiza en un análisis del conflicto entre instituciones que impulsan el cumplimiento de sus órdenes y órganos que ofrecen obstáculos para ello. De otra parte, para enfrentar este tipo de obstáculos y apoyar políticas institucionales que impulsan la implementación de las reparaciones ordenadas, la Corte fortalece su papel como tribunal interamericano a través de un mayor diálogo con experiencias notables de implementación del derecho internacional en el ámbito local en la región, lo cual ofrece mayor legitimidad a la intervención internacional.

48. Corte IDH, Caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Supervisión de cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 18 de noviembre 2010.

49. En enero de 2013 la cancillería publicó un Acuerdo Gubernativo en el que no admite las indemnizaciones ordenadas por la Corte ni su jurisdicción antes de 1987. Ver, Andres, Asier, "Estado busca frenar pagos a víctimas por sentencias de la CIDH", 3 de enero de 2013, disponible en <http://www.elperiodico.com.gt/es/20130103/pais/222830/>

2.3. Tensiones poder legislativo-poder judicial-poder ejecutivo en relación con la implementación del caso Gelman

Otro ejemplo de tensiones entre diversos poderes públicos y donde las decisiones interamericanas generan una redefinición de la correlación de fuerzas respectiva y una redefinición de las discusiones colectivas en el ámbito público lo constituye la implementación del caso *Gelman Vs. Uruguay*, relacionado con desapariciones forzadas y sustracción de menores⁵⁰. En su Sentencia la Corte tuvo que referirse a los alcances de la mencionada “Operación Cóndor”, con especial énfasis en operaciones clandestinas que incluyeron en muchos casos la sustracción, supresión o sustitución de identidad y apropiación ilícita de niños y niñas, para lo cual mujeres embarazadas eran detenidas en el marco de las referidas operaciones y mantenidas vivas. En numerosos casos, como en el de una de las víctimas, los niños y niñas recién nacidos o nacidos en cautiverio eran entregados a familias de militares o policías o de terceros, luego de que sus padres fueran desaparecidos o ejecutados. Para los efectos de este artículo, solo resalto el complejo debate sobre la compatibilidad con la Convención Americana de una “Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado”, aprobada en 1986, y que concedía una amnistía que impedía las investigaciones.

Dicha Ley de Caducidad contó, en dos oportunidades, con el respaldo de la mayoría de la ciudadanía por medio de mecanismos de democracia directa (un referéndum de 1989 y una propuesta de anular la ley sometida a plebiscito en el año 2009). Al respecto, la Corte Interamericana reiteró su jurisprudencia respecto a que son inadmisibles las disposiciones de amnistía que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos. En relación con el apoyo de dicha ley a través de un referendo y un plebiscito, el Tribunal agregó que el hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional. La Corte Interamericana indicó además que la legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, por lo que la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales

50. Corte I.D.H., Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

también debe primar un “control de convencionalidad”, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial.

En similar sentido, la Suprema Corte de Justicia de Uruguay había declarado inconstitucional dicha ley cinco días antes de la realización de un plebiscito en el que la población tenía que decidir sobre la derogación de la ley. Si bien una mayoría de los votantes optó por la derogación de la ley, no se logró una votación superior al 50%, lo cual era necesario para la reforma constitucional correspondiente. Esta situación generó un choque entre lo decidido en dicho referendo y lo señalado por la Suprema Corte.

La decisión de la Corte Interamericana citó y concordó con la Corte Suprema. A partir de la decisión interamericana surgieron diversos debates en el órgano legislativo entre aquellos congresistas que defendían el estricto cumplimiento de las obligaciones internacionales en derechos humanos y aquellos que consideraban que no se podía desconocer los resultados de los plebiscitos realizados en 1989 y en 2009. Esta controversia es de particular relevancia, teniendo en cuenta el lugar que tiene la figura del plebiscito en la democracia uruguaya. Fue precisamente a través de un plebiscito, en 1980, que la población rechazó la constitución propuesta por los militares en el poder e inició el camino hacia la transición.⁵¹ Sin embargo, en el referendo realizado en 1989, donde una mayoría apoyó la Ley de Caducidad, se ha alegado un importante nivel de presión por parte de las fuerzas militares que habían abandonado el poder pero que seguían teniendo un poder intimidatorio⁵².

Asimismo, entre las múltiples interpretaciones respecto al plebiscito celebrado en 2009 se encuentran voces críticas respecto a que éste involucre una clara manifestación de “soberanía popular” a favor de la Ley de Caducidad, dado que la votación mayoritaria

51. Errandonea, Jorge, “Justicia Transicional en Uruguay”, en Revista IIDH, San José, IIDH, 2008, No. 47.

52. Barahona de Brito, A. “Truth, Justice, Memory, and Democratization in the Southern Cone”, en Barahona De Brito, A., González Enriquez, C. y Aguilar, P., *The Politics of Memory. Transitional Justice in Democratizing Societies*, Oxford University Press, 2001. Sobre la intimidación militar al momento de la aprobación de la ley de Caducidad, en 1986, ver lo manifestado por el dirigente del Frente Amplio, Luis Puig, en los debates de la aprobación de la ley que en 2011 declaró la imprescriptibilidad de los crímenes. Cfr. López San Miguel, Mercedes, “El Frente Amplio lucha contra la impunidad”. Página 12, 27 de octubre de 2011, disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/elmundo/4-179888-2011-10-27.html> [último acceso 10 de noviembre de 2011]. Asimismo, ver la entrevista con Oscar López Goldaracena en 2007, cuando iniciaba la recolección de firmas dirigida a impulsar la nulidad de la ley mediante plebiscito. Cfr. Amorín C. (2007), “Con Oscar López Goldaracena. Iniciativa por la Nulidad de la Ley de Caducidad. Arrancar la cultura de la impunidad de la identidad nacional”. Rel UITA, 3 de septiembre de 2007, disponible en http://www.rel-uita.org/internacional/ddhh/con_oscar_lopez.htm [último acceso 29 de abril de 2012].

se concentró en la derogación de la misma⁵³. Sin perjuicio de ello, Roberto Gargarella⁵⁴ critica que los reiterados pronunciamientos mayoritarios no tuvieron importancia para la Corte Interamericana a la hora de evaluar la validez de la norma. También critica la pretensión de independizar la discusión del sentido, significado y alcance de los derechos, de los procesos de toma de decisiones basados en el uso de la regla mayoritaria. Gargarella agrega que la idea de que existen aspectos que no pueden ser decididos por parte de las mayorías en instancias democráticas se enfrenta a la dificultad de lo que Jeremy Waldron define como *el hecho del desacuerdo*: entre los miembros de una sociedad existen profundos desacuerdos en relación a cuáles son los derechos irrenunciables, incondicionales e inviolables. En este contexto, es inevitable utilizar el recurso de la regla mayoritaria para zanjar ese desacuerdo. Pero si la Corte IDH se niega a avanzar en tal sentido, es porque en su razonamiento podría encontrarse presente la idea de que las decisiones de las mayorías son irrazonables y por consiguiente las cuestiones de derechos deben ser de competencia exclusiva del Poder Judicial.⁵⁵

Volviendo a lo ocurrido con posterioridad a la emisión del fallo, a la postre, fue aprobada una ley que restableció la pretensión punitiva del Estado y declaró como crímenes de lesa humanidad los delitos ocurridos durante la dictadura, lo cual garantizaba su imprescriptibilidad. En la exposición de motivos de esta ley, presentada por los congresistas que hacían parte del partido político “Frente Amplio”, se invocaron como razones centrales los tratados de derechos humanos y la sentencia emitida por la Corte Interamericana⁵⁶. Por otra parte, en el acto de reconocimiento de responsabilidad

53. Sin negar la enorme cantidad de posturas al respecto, resalto la posición de la Congresista Constanza Moreira, adscrita al Frente Amplio, quien ha defendido la reciente ley sobre imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad al responder a las críticas según las cuales el poder legislativo estaría desconociendo lo decidido por la ciudadanía. Moreira señaló que “hay tantas mentiras repetidas con apariencia de verdad. La primera, la más repetida, es la de que “violentamos” la voluntad popular al impulsar esta ley en el Parlamento. Y que desconocemos dos plebiscitos. Error: uno fue un plebiscito y el otro una derogación. En la derogación, la voluntad popular se expresó: 58% de los uruguayos prefirieron mantener la ley. El otro, fue un plebiscito para anularla, veinte años después: 48% dijo que quería anularla. No alcanzó. Nos faltó un 2% para llegar a lo que la Constitución quiere. Pero esa es la voluntad popular: la que no alcanzó. No la otra, la del 52% que se mantuvo en silencio y del que no sabemos si quería mantener la ley, si se abstuvo, o si prefirió simplemente no votar. Eso no lo sabemos, no lo sabremos nunca. Y el silencio no es nunca expresión de voluntad soberana. Porque la voluntad soberana, desde la revolución francesa hasta nuestros días, es activa”.

54. Gargarella, Roberto, Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman, disponible en http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf, 2013.

55. Finalmente, el autor critica el que, para la Corte, la única manera en que un Estado puede responder a la comisión de graves violaciones a derechos humanos sea a través del castigo, lo cual no derivaría necesariamente de la letra de la Convención. Agregó que, asumiendo que dentro de una comunidad, ninguna autoridad resulta superior a la voluntad deliberada de sus propios miembros, ésta debiera tener la capacidad para decidir sobre los principios con los que va a organizar sus instituciones fundamentales, en particular, decidir de qué forma quiere premiar o reprochar determinadas conductas.

56. La exposición de motivos del proyecto presentado por el Frente Amplio señaló que “tiene como propósito adaptar la legislación nacional a estándares internacionales de protección de los derechos humanos, en particular a los contenidos en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gelman vs Uruguay; ratificar por vía legal el compromiso del Estado uruguayo con la idea más avanzada de que ciertos crímenes afectan la dignidad humana de tal magnitud e integran la categoría contra la humanidad, y clarificar en forma inequívoca que los términos procesales para

internacional celebrado como consecuencia de lo dispuesto en la sentencia interamericana, el Presidente del Uruguay, José Mujica, señaló que esta obligación de cumplir con las decisiones de la Corte es un acto libre y soberano y reivindicó el principio de buena fe en el cumplimiento de la Convención Americana tanto frente a otros Estados como frente a los ciudadanos de su país. El Presidente Mujica señaló que se trata de dar pasos dirigidos a la reparación del daño en este tipo de graves violaciones⁵⁷.

Como se observa, la decisión de la Corte tuvo un efecto desbloqueador de la discusión en el Senado y un importante efecto deliberativo, teniendo en cuenta que, desde un análisis del discurso, adquieren especial relevancia los argumentos que resaltan las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos y la responsabilidad del Congreso y del Ejecutivo respecto a la salvaguarda de los derechos de las víctimas.

Este peso del discurso sobre las “obligaciones internacionales” es de especial relevancia en este caso, si se tiene en cuenta que el referendo de 2009 fue realizado a pesar de que la Comisión Interamericana y el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas habían emitido, en 1992, 1993 y 2008 decisiones en las que se establecía la incompatibilidad de la Ley de Caducidad con diversos tratados de derechos humanos⁵⁸. Surge la duda de si existió suficiente discusión pública sobre lo que implica este desconocimiento del principio de buena fe en el cumplimiento de obligaciones internacionales. Si bien es cierto que los impulsores del referendo invocaban el derecho internacional como uno de los fundamentos para revertir la ley mediante referendo, cabe preguntarse hasta qué punto se puede afectar la imparcialidad en la deliberación colectiva sobre estos temas si se somete a discusión ciudadana una alternativa de acción que ya había sido señalada como inviable desde el derecho internacional aplicable⁵⁹.

ese tipo de conductas no podrán ser computados mientras la pretensión punitiva no estuviese vigente”. El 27 de octubre de 2011 fue promulgada la Ley 18.831 titulada “Pretensión Punitiva del Estado: Restablecimiento para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1º de marzo de 1985”.

57. Para consultar el acto de reconocimiento de responsabilidad, ver <http://www.youtube.com/watch?v=s9osFrV2cVk&feature=related>

58. Ver CIDH, Informe núm. 29/92, Casos 10.029, 10.036, 10.145, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 y 10.375, Uruguay, 2 de octubre de 1992; CIDH, Informe de Fondo No. 32 -Caso Gelman- del 18 de julio de 2008, y Comité de Derechos Humanos, Caso Hugo Rodríguez Vs. Uruguay, Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales sobre Uruguay en 1993 y 1998.

59. Por su parte, autores como Filippini resaltan que “los juicios penales ... podrían materializar, en parte, y de un modo difícil de sustituir a través de otras intervenciones, las exigencias de justicia negadas por leyes que, incluso aprobadas en democracia, fueron de pobre factura republicana, en tanto desconocieron los derechos, intereses y deseos relevantes de un enorme colectivo y, especialmente, los del grupo perseguido”. Cfr. Filippini, Leonardo, “Reconocimiento y justicia penal en el caso Gelman”, en Anuario de Derechos Humanos 2012, Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2012, p. 192.

Es innegable la inserción de la decisión en el caso *Gelman* y la mayoría de decisiones interamericanas en profundas tensiones entre actores locales. Sin perjuicio de la necesidad de un mayor soporte empírico sobre cómo operó la discusión pública en Uruguay sobre este tema, lo cierto es que en el marco de esa compleja coyuntura, la decisión de la Corte IDH hace visible la existencia de principios y valores constitucionales internos que pudieron haber sido invisibilizados o ignorados y somete a discusión elementos que parecen no haber sido tenidos en cuenta, en forma suficiente, en la deliberación pública –por ejemplo, hasta qué punto han sido silenciados judicialmente o en el debate público los reclamos de acceso a la justicia de las víctimas-. Además, al adoptarse la nueva ley sobre imprescriptibilidad, el Congreso impulsa una deliberación teniendo en cuenta, entre otros elementos, los principios desarrollados por la Corte. La Corte IDH termina entonces coadyuvando la defensa de valores constitucionales efectuada por la Suprema Corte interna e impulsando una importante deliberación a nivel doméstico con enfoque de derechos. La decisión de la Suprema Corte, adoptada 5 días antes del referendo, había ofrecido una importante señal de la voluntad del poder judicial de influir en el debate público que en ese momento se hacía sobre la amnistía. La Corte Interamericana entra a coadyuvar esta actuación institucional en defensa de la Convención Americana.

En este sentido, la decisión interamericana no anula la democracia sino que visibiliza que el argumento basado en el derecho internacional es también democrático, en tanto ha sido una decisión soberana asumida por el Estado, a partir de la participación política de diversos actores que deciden comprometerse con una debida diligencia en la investigación de graves violaciones de derechos humanos⁶⁰. ¿Es este un argumento poco importante en el contexto de la discusión previa y posterior al plebiscito? Será necesaria mayor verificación empírica de cómo operó la discusión local sobre el tema, sin embargo, es difícil evidenciar como persuasivo un acuerdo ciudadano en donde el compromiso con obligaciones internacionales pareciera tener un lugar residual. De otra parte, tampoco es un asunto menor el señalar que los crímenes de sistema, como aquellos ocurridos en la dictadura, estaban relacionados con un notable soporte institucional, es decir, muchas personas que también pudieron haber participado en esta votación podrían haber tenido algún nivel de relación o, en cuando menos, apoyo tácito respecto a las violaciones. ¿En qué afecta ello la imparcialidad de la deliberación

60. En similar sentido, Basch ha señalado que a través de la incorporación al derecho interno de los tratados de derechos humanos, el Estado "no está creando nuevas reglas con inspiración en las de otros lugares; se está incorporando a una comunidad internacional de defensa de ciertos principios. Esto significa ser parte de una práctica común, que difiere de recorrer un camino propio con fuentes de inspiración ajenas". Basch, Fernando, "La autoridad interpretativa de la Corte Interamericana: en transición hacia una comunidad regional de principios", en Gargarella, Roberto (coord.), *La Constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Buenos Aires, Siglo veintiuno Editores, 2011, p. 359.

y la posibilidad de persuadir sobre la conveniencia de no investigar y no castigar?. En suma, el escenario de discusión colectiva con posterioridad a la sentencia ha involucrado el peso democrático del derecho internacional, esto es, impulsando niveles más profundos de debate sobre la forma como la sociedad y el Estado uruguayos deben dialogar con el pasado de graves violaciones. La discusión pública posterior a la sentencia sigue teniendo un rol fundamental para hacer visibles los puntos de vista tan disímiles que pueden surgir en estos temas y el derecho interamericano ha indicado aquellos aspectos no negociables, no como una imposición desde afuera, sino desde la conciencia de los compromisos asumidos autónoma y soberanamente por el Estado.⁶¹

Cabe resaltar que en el marco de la implementación de la Sentencia, luego de la emisión de la ley sobre pretensión punitiva del Estado (octubre de 2011), una decisión de la Suprema Corte de Justicia, el 22 de febrero de 2013, declaró que los delitos referidos a hechos constitutivos de graves violaciones de derechos humanos cometidos durante la dictadura podían prescribir y que no eran aplicables calificaciones legales como la desaparición forzada o los crímenes de lesa humanidad, por considerar que fueron tipificados con posterioridad a esos hechos y, por ende, tal calificación implicaría su aplicación en forma retroactiva atentando contra el principio de legalidad. Ello generó que la Corte IDH expidiera una resolución en la cual declaró que esta sentencia de la Suprema Corte constituía un obstáculo para el pleno cumplimiento del caso *Gelman* y que era necesario que las autoridades internas reconocieran, en lo pertinente, la aplicabilidad de la imprescriptibilidad de ciertos crímenes de derecho internacional.⁶²

Para efectos del presente artículo no procede detenerse en el debate técnico jurídico respecto a las diferencias de criterio entre la Suprema Corte y la Corte IDH. Lo que interesa resaltar es que el Estado alegó ante la Corte que estaba en manos de los jueces internos aplicar la ley interna adoptada para cumplir con el caso *Gelman*, aún cuando ello pudiera implicar apartarse de lo establecido por la Suprema Corte. Lo que hace la Corte IDH es ofrecer herramientas argumentativas vinculantes para impulsar estas iniciativas que impulsa el Ejecutivo y que pueden ser acompañadas, sea por jueces de menor rango o por una modificación en el criterio de la Suprema Corte. En otras palabras, la interesante paradoja que vale la pena visibilizar a efectos del presente artículo, es que en un primer momento, cuando se emite el fallo *Gelman* la interacción más estratégica es posible encontrarla en la convergencia entre la decisión que había tomado la Suprema Corte en contra del plebiscito y la sentencia de la Corte IDH. Pero

61. Rincón Covelli, Tatiana, "El derecho internacional de los derechos humanos: ¿límite o elemento constitutivo de la democracia? -A propósito de la transición uruguaya a la democracia", *Estudios Sociojurídicos*, 14 (2), 2012.

62. Corte IDH. Caso *Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013

durante la implementación, la interacción más estratégica viene a surgir entre el Poder Ejecutivo, el Legislativo y la Corte IDH, en orden a restar efectos jurídicos a la decisión posterior de la Suprema Corte que obstaculizaba la ejecución del fallo.⁶³

Teniendo en cuenta todo lo anterior, si los efectos del caso *Gelman* se analizaran solo desde una visión instrumental, habría que decir que mucho de lo ordenado respecto a superación de la impunidad no está cumplido. Sin embargo, desde una perspectiva constructivista, es posible ver que tanto en el poder ejecutivo como en el poder legislativo, la sentencia se incorporó en esfuerzos institucionales muy relevantes en escenarios políticos bastante complejos y con rechazos institucionales de importancia. El impacto del caso puede analizarse de diversas formas según la rama del poder público que ha estado involucrada en su implementación.⁶⁴

2.4. Tensiones entre ámbitos federales y locales y otros escenarios de conflicto e interacción entre poderes públicos

En otros países el uso del Sistema Interamericano por agencias estatales comienza a tener algunos rasgos del activismo estratégico. Un escenario relevante es la interacción del Sistema Interamericano con gobiernos federales para lograr la implementación de políticas en estados locales o provincias. Al respecto, Abramovich (2010) resalta los casos de crisis carcelaria en Brasil y Argentina, donde el SIDH generó diversas formas de intervención de las autoridades federales en sistemas penitenciarios locales⁶⁵.

63. Para un análisis más detallado sobre la implementación del fallo, ver Errandonea, Jorge, "Garantías procesales y obligación de investigar, y en su caso juzgar y sancionar a los responsables de crímenes internacionales: el caso de Uruguay", Aportes DPLF, Número 18, año 6, agosto de 2013, Fundación para el Debido Proceso Legal, Washington y Michelini, Felipe, "Reflections on Uruguayan Law No. 18831 a Year After Its Enactment", Human Rights Brief, Vol. 20, Issue 3 (2013).

64. Sobre estos choques entre poderes públicos ver la teoría que desarrollan Helmke, Gretchen y Staton, Jeffrey K. "El rompecabezas de la política judicial en América Latina: una teoría sobre el litigio, las decisiones judiciales y los conflictos entre poderes" en coordinadores: Helmke, Gretchen y Ríos Figueroa, Julio, Tribunales Constitucionales en América Latina, México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010, pp. 517-562. Estos autores diseñan su propuesta en torno a estos referentes: a) jugadores y acciones, b) preferencias y estructuras de información, y c) equilibrio de los poderes en pugna.

65. Corte IDH. Asunto de las Penitenciarías de Mendoza respecto de Argentina. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 01 de julio de 2011, Corte IDH, Asunto de las personas privadas de libertad de la penitenciaría "Dr. Sebastião Martins Silveira" en Araraquara, São Paulo respecto de Brasil, Resolución de la Corte, 25 de noviembre de 2008. En el Sistema Europeo, ver la sentencia emitida en el caso Assanidzé, donde la Gran Sala señaló que "Detenido arbitrariamente en violación de los principios fundadores del Estado de derecho, el demandante está en una situación de impotencia y de frustración. Se encuentra confrontado, por una parte, a la negativa de las autoridades adjasias de respetar la Sentencia de absolución dictada hace ya tres años y, por otra, al fracaso de los intentos del estado central para que las autoridades locales respeten tal decisión". Por esta razón, la Corte Europea dispuso como reparación la liberación inmediata de la víctima. Ver Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Assanidzé c. Georgia [GC], Sentencia de 8 de abril de 2004, analizado por Morte Gómez, Carmen, "La eficacia de las sentencias del TEDH", en Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián, Vol. 11, 2011 (La eficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos), págs. 225-242.

Otro caso al respecto lo constituye una solución amistosa celebrada por el gobierno federal de México para implementar la adopción por estados locales de un protocolo sobre abortos no punibles⁶⁶. Abramovich resalta la tensión persistente entre el ámbito federal, el cual responde ante el Sistema Interamericano, y el ámbito local, que tiende a desentenderse de la rendición de cuentas en el ámbito internacional.

Las decisiones del Sistema Interamericano pueden también insertarse en disputas entre diversos sectores de un mismo Gobierno. Así por ejemplo, en el caso de Brasil ha sido documentada las tensiones dentro del Gobierno de Brasil, entre sectores a favor y en contra de impulsar investigaciones sobre graves violaciones de derechos humanos durante el periodo dictatorial.⁶⁷ En Colombia ha sido objeto de debate público la tensión entre el Ministerio de Defensa y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado respecto a la postura que debe asumir el Estado en el caso de los Desaparecidos en el Palacio de Justicia.⁶⁸

En países como México, donde son relativamente recientes las primeras condenas de la Corte Interamericana contra el Estado, las decisiones interamericanas han sido utilizadas por algunos congresistas para impulsar rendición de cuentas y políticas con enfoque de derechos. Así por ejemplo, la presidenta de la Comisión Especial sobre Femicidios de la Cámara de Diputados del Congreso de México, ha relacionado algunas de sus propuestas para la tipificación y debida investigación del delito de femicidio con la implementación de la sentencia emitida por la Corte Interamericana respecto al patrón de asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez⁶⁹. Cabe resaltar que el

66. CIDH, Informe No. 21/07, Petición 161-02, Solución Amistosa, Paulina del Carmen Ramírez Jacinto, México, 9 de marzo de 2007.

67. Vannuchi, Paulo y Timponi, Cristina, "El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Reformar para fortalecer", en *Foreign Affairs Latinoamérica*, Vol. 13, No. 3, Julio / Septiembre, 2013. Estos autores señalaron que "entre 2007 y 2010, al interior del gobierno Lula, se había fortalecido bastante el ala decidida a superar todas las barreras opuestas a la investigación del periodo dictatorial. [...] dicha fracción buscó ampararse enfáticamente en la autoridad del SIDH para convencer a los segmentos adversarios [...]. Esa ala mantuvo duras controversias con el Ministerio de Defensa, con la Defensoría General e incluso con el Ministerio de Relaciones Exteriores. [...] En 2011, el anuncio repentino de la resolución de la CIDH de que se paralizaran inmediatamente las obras de la hidroeléctrica del río Xingu representó un verdadero tiro en el pecho para esa ala interna comprometida con la agenda de los derechos humanos. Los sectores adversarios corrieron a la prensa argumentando que ese tipo de decisiones irresponsables no podían ser acatadas en ningún caso, porque agredían la soberanía nacional. [...] Se abrió así una gigantesca brecha para que el segmento conservador, debilitado por el anuncio 4 meses antes de la sentencia condenatoria de la Corte Interamericana [...] respecto de la Guerrilla de Araguaia [...] se aprovechara del error de la CIDH para atacar vivamente el acierto de ésta y de la Corte en el episodio referente a la dictadura".

68. Ver las diversas columnas que sobre este tema ha publicado Juanita León en el portal "La Silla Vacía": "El Gobierno critica ahora la defensa del Palacio de Justicia que antes avaló", en <http://lasillavacia.com/historia/el-gobierno-critica-ahora-la-defensa-del-palacio-de-justicia-que-antes-avaló>; y "Defensa del Palacio de Justicia: ¿qué verdad pueden esperar las víctimas del gobierno de Santos?", en <http://lasillavacia.com/historia/defensa-del-palacio-de-justicia-que-verdad-pueden-esperar-las-victimas-del-gobierno-de-santos>

69. Corte I.D.H., 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. La legisladora Teresa Inchaústegui ha hecho propuestas para que no prescriba el delito de omisión de derechos humanos por funcionarios y para que se tipifique como delito el femicidio. Según dicha legisladora, esta propuesta podría sacar de la "invisibilidad" esos hechos para que existan

problema de los feminicidios viene ocupando un lugar importante en la agenda pública desde que a finales de los noventa diversos órganos internacionales comenzaron a documentar la magnitud de la violencia contra la mujer en Ciudad Juárez. Hoy en día esta problemática se extiende a otros estados, razón por la cual esta Congresista utiliza la decisión de la Corte para impulsar acciones tanto a nivel local como federal. Sin perjuicio de la necesidad de mayor indagación empírica sobre los alcances de estas iniciativas, las decisiones interamericanas pueden tener un rol relevante para la redefinición de estrategias que emprenden congresistas y otros actores que desarrollan trabajo en el foro legislativo⁷⁰.

Otro ejemplo se relaciona con los defensores públicos, quienes han hecho uso del Sistema Interamericano en relación con casos de pena de muerte o prisión perpetua.⁷¹ En estos casos, corresponde diagnosticar en qué contexto socio-político se desenvuelven los defensores públicos. ¿Qué resistencias específicas encuentran estos defensores en otros poderes públicos? Frente a estos casos el litigio ha servido para prevenir más vulneraciones de derechos humanos e inhibir cierto tipo de reformas poco sensibles a los beneficiarios de servicios de seguridad y salud.

Finalmente, otro ejemplo para investigar a futuro lo constituyen las audiencias públicas ante la Comisión Interamericana relacionadas con la forma como la Procuraduría General de la Nación de Colombia habría obstaculizado el acatamiento y la implementación de decisiones de la Corte Constitucional en relación con la

penalmente y se les pueda nombrar en términos de registro y de formas especiales para su tratamiento. La legisladora también propuso crear un banco de datos de registros genéticos para que cuando se halle algún cuerpo de una niña o mujer muerta, esa información se pueda cotejar con las muestras genéticas de sus familiares y hacer más rápida la búsqueda y la identificación de presuntas víctimas de feminicidio. Además, se propone el desarrollo de protocolos y manuales para conducir investigaciones forenses con perspectiva de género que consideren las circunstancias y características con las que se presentan los hechos violentos contra las mujeres, que haya capacidad para registrar, tomar las muestras, preservarlas, cuidar el lugar y tener las evidencias obtenidas. Estas últimas iniciativas tienen mucha relación con las reparaciones dispuestas por la sentencia de la Corte Interamericana. Ver "Pugna PRD por tipificar como delito feminicidio", 29 de enero de 2011. Asimismo, en diciembre de 2010 diputadas de la Comisión Especial de Feminicidios, exigieron a los titulares del Ejecutivo Federal, del gobierno de Chihuahua y de Ciudad Juárez, un compromiso sin prórroga, así como "acciones verificables y contundentes", para el cumplimiento de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) por el caso "Campo Algodonero". Las congresistas se comprometieron a promover que los gobiernos de las 32 entidades de la República adopten los resolutivos de la condena de la CoIDH. Ver "La voluntad política no es suficiente para cumplir sentencia de CoIDH".

70. Y en otros escenarios de las relaciones inter-estatales, como se observa en el impacto de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana respecto a la violación sexual, por parte de militares, de Inés Fernández Ortega y Valentina Rosendo Cantú. La Subsecretaria de Estado adjunta para el Hemisferio Occidental de Estados Unidos indicó en 2010 que la liberación de 26 millones de dólares para el Plan Mérida, los cuales habían sido retenidos retenidos, "estará supeditada —entre otros factores— a la respuesta del gobierno mexicano a los fallos emitidos en los casos de las indígenas Me'phaa (tlapanecas) Valentina Rosendo Cantú e Inés Fernández Ortega". Dicha Subsecretaria explicaba que, en aquel entonces, se había fijado un plazo de hasta dos años para que el gobierno de Estados Unidos decidiera si entregaba o no dichos fondos como parte de la Iniciativa Mérida. Ver, Silvia Otero, "EU vincula fondos a fallos de la CIDH", El Universal, 7 de octubre de 2010. Disponible en <http://www.eluniversal.com.mx/nacion/181001.html>

71. Corte I.D.H., Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126 y Corte IDH. Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013 Serie C No. 260.

interrupción voluntaria del embarazo.⁷² Diversas organizaciones de la sociedad civil que han solicitado la realización de dichas audiencias persiguen una mayor visibilización internacional de este tipo de conflicto interinstitucional donde la implementación de las decisiones de la Corte Constitucional han enfrentado fuertes resistencias por parte no sólo de la Procuraduría sino de otros actores institucionales y sociales.

III. Alcances y límites del “empoderamiento institucional”: investigaciones pendientes

A pesar de la aproximación preliminar desarrollada en este trabajo, los ejemplos analizados son suficientes para reflejar la necesidad de superar enfoques que ven al Estado como un solo actor unitario y la pertinencia de analizar la interacción estratégica entre la intervención internacional interamericana y agencias estatales locales que enfrentan resistencias internas en otros órganos estatales.⁷³ En la interacción de diversos Estados con el Sistema Interamericano es posible ver Ejecutivos divididos, órganos de control que actúan en línea con el Sistema o en rechazo del mismo, legisladores a favor y en contra de ciertas políticas de derechos humanos y altas cortes con conflictos entre sí. En otras palabras, dentro de un mismo Estado existen agencias en competencia por diversas formas de poder político y la forma como ciertas decisiones interamericanas puede contribuir con el surgimiento de nuevos equilibrios y nuevos contrapesos. Es necesaria mayor indagación empírica para determinar cómo, en esa competencia,

72. Una de las audiencias públicas ante la Comisión Interamericana se llevó a cabo el 15 de marzo de 2013. Para entender este tipo de bloqueos desarrollados por la Procuraduría en relación con la sentencia de la Corte Constitucional puede tomarse como referencia lo decidido en la sentencia T-627 de 2012. En este fallo el Alto Tribunal ordenó al Procurador General de la Nación rectificar un comunicado de prensa, “de manera personal, pública y con despliegue y relevancia equivalente, en el sentido de explicar que incurrió en una equivocación al referirse a las campañas ordenadas en la sentencia T-388 de 2009 como “campañas masivas de promoción del aborto como derecho” ya que, en realidad, éstas buscan promover que las mujeres colombianas conozcan el contenido de sus derechos sexuales y reproductivos, dentro de los cuales se encuentra la interrupción voluntaria del embarazo en las hipótesis despenalizadas” a través de una sentencia de la Corte Constitucional emitida en 2006. La Corte Constitucional también ordenó a la Procuraduría modificar la posición oficial de la Procuraduría en el sentido de que, en Colombia, la anticoncepción oral de emergencia (i) no tiene carácter abortivo sino anticonceptivo, (ii) su uso no está restringido a las hipótesis despenalizadas de aborto, (iii) las mujeres que hacen uso de ella fuera de las causales despenalizadas de aborto no incurrir, en ningún caso, en el delito de aborto y (iv) hace parte de los servicios de salud reproductiva que las mujeres colombianas pueden libremente elegir. Asimismo, la Corte ordenó a la Procuraduría rectificar un oficio en el sentido de aceptar que la Superintendencia Nacional de Salud está obligada a remover los obstáculos para el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, ordenó eliminar toda referencia al derecho de las instituciones a objetar conciencia o la posibilidad de su ejercicio colectivo, en lo que toca con la IVE. También ordenó a la Procuraduría que se abstenga de interferir de manera infundada en el proceso de inclusión del misoprostol en el Plan Obligatorio de Salud. Ver asimismo “Procuraduría, ante OEA por presunto hostigamiento en casos de aborto”, disponible en http://www.eltiempo.com/justicia/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12687023.html

73. Sobre este punto, ver Gingsbur y Shaffer, op. cit.

pueden surgir formas de “empoderamiento institucional” a partir del uso de decisiones interamericanas por agencias estatales para destrabar, desbloquear o recomponer una específica correlación de fuerzas, superar retrasos institucionales, reactivar decisiones internas bloqueadas, reconfigurar escenarios de diálogo ya existentes, entre otros escenarios que podrían asociarse al impulso de una agenda “progresista” o con enfoque de derechos. Este tipo de situaciones, según el contexto de cada caso, puede asociarse a efectos deliberativos, participativos o coordinadores de las decisiones interamericanas.

Formulado en esos términos, el concepto puede ser muy general y se necesita mayor indagación empírica sobre los casos para fortalecer su fuerza explicativa. Es aún necesario precisar con claridad las variables de análisis y hasta qué punto el “empoderamiento institucional” resulta una variable dependiente o independiente. Asimismo, debe indagarse si lo que denomino “empoderamiento institucional” explica lo que otros conceptos no logran explicar,⁷⁴ y corresponde evaluar el impacto del análisis de las modificaciones en las políticas institucionales luego de los cambios en los funcionarios que les conforman.⁷⁵ En especial, es necesario contrastar el llamado “empoderamiento institucional” con aquellas capacidades que han desarrollado algunos estados de “aprender a jugar estratégicamente con la ambigüedad de las normas internacionales sin necesariamente incurrir en cumplimiento irrestricto o en incumplimiento flagrante”, tal como lo han documentado Nelson Camilo Sánchez y Sandra Borda en un estudio reciente sobre la postura del Colombia respecto a la reforma del Sistema Interamericano.⁷⁶

Es claro que no será posible determinar, “en abstracto”, las potencialidades y límites del “empoderamiento institucional”. En el presente texto, la información sobre los casos es aún insuficiente para determinar hasta qué punto la institución respectiva o la interacción entre lo internacional y lo local logra superar los factores generadores de impunidad o las barreras para la implementación de una política con enfoque de derechos en una específica coyuntura. Estos aspectos dependen del contexto institucional y político en el que se insertan las decisiones interamericanas.

74. Agradezco esta y otras observaciones a Judith Schonsteiner.

75. En lo cual puede jugar un rol el concepto de “veto players” (los actores que tienen en su poder la decisión sobre la posibilidad de modificar una situación) o de actores políticos que declinan una elección ya efectuada. También agradezco esta observación a Judith Schonsteiner.

76. Borda Guzmán, Sandra y Sánchez, Nelson Camilo, “La administración Santos y el proceso de reforma del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: *De la negación y las concesiones tácticas al estatus prescriptivo*”, en Revista *Pensamiento Propio: El Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Actores, reformas y desafíos*, No. 38, CRIES, pp. 151 a 183. En esta revista es posible encontrar otros artículos relevantes sobre la interacción entre los Estados y el Sistema Interamericano. Ver Engstrom, Par, “A Special Relationship Gone Normal? Argentina and the Inter-American Human Rights System, 1979-2013”, pp. 115-149, y Serrano, Sandra y Vázquez, Luis Daniel, “La postura del Ecuador frente al proceso de fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La disputa por los conceptos y sus consecuencias”, pp. 175

De otra parte, será importante analizar qué tipo de disputas entre instituciones puede generar un mayor incentivo para implementar con más fuerza ciertas decisiones interamericanas. Puede que una estrategia para alcanzar mayor “empoderamiento institucional” sea más difícil en relación con superiores jerárquicos o en conflictos de competencias, -como puede ocurrir en el conflicto entre algunas Altas Cortes de Guatemala-, mientras que pueda tener mayor viabilidad ante un choque entre ramas distintas del poder público -como podría ocurrir en Colombia cuando el poder judicial se enfrenta con el poder ejecutivo. También deberá analizarse el impacto de las decisiones interamericanas para redefinir votos en órganos colectivos caracterizados por la división entre sectores de magistrados, ministros o congresistas, cuya votación específica resulta decidida por un margen ínfimo. La importancia de la intervención interamericana puede ser de mayor relevancia cuando una agencia estatal trata de enfrentar a funcionarios de rango superior que desconocen la Convención Americana pero a quienes puede resultar difícil eludir por las dificultades y complejidades de actuar contra la ley. Ello aplica también en el caso de conflictos entre el ámbito federal y local, donde la intervención interamericana puede ayudar a legitimar la acción o reacción respectiva.

En línea con lo anterior, cabe resaltar que este tipo de reposicionamientos de algunas instituciones puede enfrentar más dificultades en escenarios de excesiva concentración del poder político. En efecto, en escenarios donde todas las autoridades públicas se encuentran sometidas a un estricto control jerárquico, sin mayor autonomía y particularmente desde el gobierno, es más difícil que surjan diferencias de peso entre instituciones que impulsan o implementan cierto tipo de políticas.

En suma, la implementación de las decisiones interamericanas relacionadas con escenarios de “empoderamiento institucional” dependerá de un contexto institucional y político favorable en el que podrían influir: i) el tipo de sanciones o impacto negativo -dificultades para ascensos o nombramientos- a las que se exponga un determinado funcionario, ii) la libertad para disentir de instancias superiores o de cierre, iii) la aceptabilidad de interpretaciones amplias sobre normativa aplicable, iv) el tipo de diseño institucional que permite efectuar un control de convencionalidad -es decir, si se restringe esta posibilidad a todo juez o poder público o solo a una Alta Corte- y iv) el eventual éxito que pueda tener una acción de esta naturaleza. Todos estos aspectos tienen estrecha relación con la fortaleza democrática y del Estado de Derecho del país respectivo, particularmente en lo que corresponde a los principios de separación y colaboración entre poderes públicos.⁷⁷ Otro factor determinante es

77. El peso de esta variable ha sido analizado, entre otros, en Raduletu, Sebastian, “Is the Constitutional Democracy a

hasta qué punto la institución o el actor se fortalecen o se debilitan y hasta qué punto el ámbito interamericano es utilizado excesivamente para eludir los canales ordinarios nacionales para el impulso de ciertas iniciativas o para modificar una correlación de fuerzas a través de dichos canales ordinarios.

Por otra parte, corresponde indagar más a detalle la relación de los “empoderamientos institucionales” con la hipótesis de Gauri y Brinks⁷⁸ en su estudio sobre el impacto de la protección judicial del derecho a la salud y el derecho a la educación en algunos países del Sur Global, según la cual los jueces suelen tomar decisiones cuando encuentran socios relevantes entre los actores políticos, las burocracias, o la sociedad civil. La intervención interamericana puede constituir un tipo de aliado para ciertas instituciones locales y entonces contribuir para impulsar nuevos equilibrios que faciliten pesos y contrapesos, empoderando agencias estatales que defienden estrategias cuya base son las obligaciones internacionales en derechos humanos. La Comisión y la Corte pueden actuar como aliados de los gobiernos, los jueces y el poder legislativo, para impulsar el cumplimiento de promesas constitucionales y legales y auxiliar en la ejecución de programas ya establecidos. Al invocar el “amparo”, tanto instrumental como simbólico, por parte del sistema interamericano, así como una protección jurídica específica (como en el caso de medidas cautelares para magistrados o jueces), no se busca eludir el escenario político interno sino que se utiliza el escenario interamericano como un factor más para legitimar un ejercicio de la función pública relacionado con una agenda progresista.

Por otro lado, en el diálogo de la Corte y la Comisión Interamericana con algunas instituciones locales es posible observar algunos elementos para inferir el complemento de razonamientos puramente normativos con constataciones empíricas sobre la mejor forma de impulsar lo ordenado por la Corte⁷⁹. Ello es particularmente visible cuando la Corte ha mencionado el diseño institucional de Guatemala como un referente para modular sus órdenes de supervisión, llegando a disponer, en su momento, que Copredep presente informes en forma conjunta con algunos órganos estatales responsables de la administración de justicia.

En conclusión, el análisis de los “empoderamientos institucionales” complementa los análisis centrados en las estrategias de organizaciones de la sociedad civil en torno al Sistema Interamericano. En general, este enfoque es alternativo a visiones

necessary condition for implementing human rights”, en *Revista de Drept Public*, No. 2, 2013, pp. 68-72.

78. *Courting Social Justice*, Cambridge University Press, 2008.

79. Al respecto, autores como Cavallaro y Brewer, op. cit. han resaltado la necesidad de que la Corte Interamericana procure la mayor conciencia posible sobre el contexto fáctico y político en el que se insertan sus decisiones, como una precondition para que ellas alcancen efectividad.

marcadamente instrumentales respecto al cumplimiento e impacto de las decisiones interamericanas. Así por ejemplo, en el caso de Guatemala, a pesar de las dificultades que puedan existir en el avance en el cumplimiento de las órdenes de investigar emitidas por la Corte, existe evidencia que permite situar la intervención interamericana como una importante herramienta para fortalecer el trabajo que durante cierta época desarrollaron Copredeh y la Corte Suprema -en los específicos momentos analizados anteriores al gobierno actual y en los específicos escenarios adversos señalados. De allí que sea necesario no solo hacer énfasis en el resultado de una orden específica de la Comisión o la Corte sino también visibilizar aquellas diferencias de grado entre los niveles de impacto de las decisiones interamericanas durante los procesos de su implementación.

Finalmente, en el marco de los enfoques constructivistas, cabe insistir en que las decisiones interamericanas han tenido un importante rol en el empoderamiento de voces excluidas del debate público y en el fortalecimiento de actores institucionales locales con una agenda progresista en materia de derechos humanos. Las decisiones interamericanas adquieren relevancia para fortalecer el diálogo colectivo local, donde, a través de reformas constitucionales, legislativas o decisiones judiciales internas, se ha involucrado algún grado de deliberación democrática de actores políticos internos dirigidos a dar mayor peso al derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno. En esos escenarios, los argumentos basados en el derecho internacional adquieren un peso democrático relevante, que es importante tener en cuenta al valorar la legitimidad de las decisiones interamericanas⁸⁰.

80. En este tipo de análisis sigo el derrotero señalado por Abramovich y Filippini, quienes han resaltado que no es posible asimilar los pronunciamientos internacionales como derecho "extranjero" o como "préstamos", teniendo en cuenta los procesos políticos, actores y discusiones colectivas que llevaron a la inserción constitucional del derecho internacional en el derecho interno y el protagonismo del Estado en la producción de normas internacionales. Cfr. Filippini, Leonardo, "El Derecho Internacional de los derechos humanos no es un préstamo. Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz", en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, No. 8, 2007, pp. 191-202; y Abramovich, Víctor, "Transplante y Neopunitivismo. Debates sobre la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en Argentina", en Tiscornia, Sofía, op. cit., 2008, y Abramovich, Víctor, "Autonomía y subsidiaridad. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos frente a los sistemas de justicia nacionales", op. cit.

El derecho a recurrir el fallo, también aplicable para altas autoridades en las Américas: un diálogo multinivel

Jorge Calderón Gamboa¹ y Cecilia La Hoz Barrera²

Sumario: I. Introducción. II. El artículo 8.2.h de la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH respecto del derecho a recurrir el fallo aplicable a altas autoridades. III. Diálogo con el sistema universal. Artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. IV. Diálogo con el sistema europeo. Artículo 2.2 del Protocolo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH). V. Diálogo con el Derecho Comparado de Estados miembros de la OEA. VI. Conclusiones.

I. Introducción

De acuerdo con la Convención Americana sobre Derechos humanos (CADH), toda persona tiene derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal competente (artículo. 8.2.h). No obstante, existen supuestos en algunos países, donde las altas autoridades, por su investidura, son juzgadas por el máximo órgano de justicia en única instancia,

1. Abogado Coordinador *Senior* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Profesor en Derechos Humanos. Lic. Universidad Iberoamericana, México DF; Magister (LL.M.) en International Legal Studies, American University, Washington College of Law. <https://cr.linkedin.com/in/jorge-calderón-gamboa-736aa811> Email: jorgecalderon@cortheidh.or.cr.

2. Abogada Junior de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se desempeñó como Consultora Especialista de Derechos Humanos en la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Magíster (LL.M) en Estudios de Derecho Internacional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Georgetown University Law Center. Email: cecilialahoz@cortheidh.or.cr. Los autores agradecemos la colaboración de Ángela Hefti y Leonardo Benadretti.

lo que impide la posibilidad de recurrir el fallo. En el continente americano, ejemplos como Brasil, Colombia, Panamá y, en su momento, Venezuela y Suriname, entre otros, han tenido este modelo. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) a través de los casos *Barreto Leiva Vs. Venezuela* en el 2009, y en el reciente caso *Liakat Ali Alibux Vs. Suriname* de 2014, brindan una interpretación clara sobre el derecho a la doble conformidad de un fallo, la cual debe ser aplicable también para los altos funcionarios.

Así, el presente artículo reseña los desarrollos en la jurisprudencia de la Corte IDH³ en la materia. Además, se recoge la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la cual corresponde a la misma línea de la Corte IDH. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido una excepción al derecho a recurrir el fallo, precisamente en casos donde el individuo haya sido juzgado por un alto órgano de justicia. Adicionalmente, se realiza un análisis comparado de varios de los países miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en donde existe una clara tendencia de otorgar el derecho a la doble instancia. Finalmente, se presentan algunas consideraciones conclusivas respecto del presente tema.

II. El artículo 8.2.h de la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH respecto del derecho a recurrir el fallo aplicable a altas autoridades

El artículo 8.2.h⁴ de la CADH establece el derecho de toda persona a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. La Corte Interamericana se ha referido en su jurisprudencia constante sobre el alcance y contenido de dicho derecho, así como a los estándares que deben ser observados para asegurar su garantía⁵. En este sentido, el Tribunal ha

3. En la presente investigación se utilizan los términos “derecho a recurrir el fallo”, “derecho o garantía a la doble instancia” o “pluralidad de instancia”, de manera equivalente.

4. El artículo 8.2.h de la Convención Americana establece que: “2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

5. Cfr. *Caso Castillo Petruzzi y otros. Fondo, Reparaciones y Costas*, supra, párr. 161; *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párrs. 157 a 168; *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párrs. 88 a 91; *Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 179; *Caso Mohamed Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2012, párrs. 88 a 117; *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 14 de mayo de 2013 Serie C No. 260, párrs. 241 a 261; *Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276, párrs. 83 a 111, y *Caso Norín Catrimán y otros [Dirigentes,*

entendido que dicho derecho consiste en una garantía mínima y primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía⁶. Este derecho busca proteger a quien esté incurso en un proceso a efectos de que no sea sometido a decisiones arbitrarias, por lo que para que dicho derecho sea efectivo debe ser garantizado a todo aquél que es condenado, ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado.

La Corte ha sido enfática al señalar que el derecho a impugnar el fallo tiene como objetivo principal proteger el derecho de defensa, puesto que otorga la oportunidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión judicial en el evento que haya sido adoptada en un procedimiento viciado y que contenga errores o malas interpretaciones que ocasionarían un perjuicio indebido a los intereses del justiciable, lo que supone que el recurso deba ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. Este derecho permite corregir errores o injusticias que puedan haberse cometido en las decisiones de primera instancia, por lo que genera una doble conformidad judicial, otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado y brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado. En concordancia con lo anterior, a efectos que exista una doble conformidad judicial, la Corte ha indicado que lo importante es que el recurso garantice la posibilidad de un examen integral de la sentencia recurrida, pero dicho recurso debe ser ordinario, accesible y eficaz.

La Corte Interamericana ha señalado que independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Partes y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, para que éste sea eficaz debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea, por lo que las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria.

Ahora bien, la Corte Interamericana ha tenido la oportunidad de pronunciarse respecto del derecho a recurrir el fallo de altas autoridades en el caso *Barreto Leiva Vs. Venezuela* en el 2009, y en el caso *Liakat Ali Alibux Vs. Suriname* en el 2014.

En relación con el primer caso, el señor Oscar Enrique *Barreto Leiva* era un funcionario público que fungió en el cargo de Director General Sectorial de

miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párrs. 268 a 291.

6. Cfr. Caso Herrera Ulloa, supra, párr. 158, y Caso Mendoza y otros, supra, párr. 242. Además, la Corte aplicó el artículo 8.2.h en relación con la revisión de una sanción administrativa que ordenó una pena privativa de la libertad, señalando que el derecho a recurrir el fallo consagraba un tipo específico de recurso que debía ofrecerse a toda persona sancionada con una pena privativa de la libertad, como una garantía de su derecho a la defensa. Cfr. Caso Vélez Loo, supra, párrs. 178 y 179.

Administración y Servicios del Ministerio de la Secretaría de la Presidencia de la República, el cual fue juzgado y sentenciado en única instancia por la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, en virtud del fuero de atracción que ejerció el proceso penal que se le inició en conexidad con el seguido en contra del entonces Presidente de la República, un senador y un diputado. En este caso la Corte reiteró su jurisprudencia anterior pero concluyó que si bien los Estados tenían un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no podían establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. La Corte señaló que el Estado podía establecer fueros especiales para el enjuiciamiento de altos funcionarios públicos, y esos fueros eran compatibles, en principio, con la Convención Americana. Sin embargo, aun en estos supuestos el Estado debía permitir que el justiciable cuente con la posibilidad de recurrir del fallo condenatorio. Así sucedería, por ejemplo, si se dispusiera que el juzgamiento en primera instancia estuviera a cargo del presidente o de una sala del órgano colegiado superior y el conocimiento de la impugnación corresponderá al pleno de dicho órgano, con exclusión de quienes ya se pronunciaron sobre el caso.

En relación con el segundo caso, el señor *Liakat Ali Alibux* era un Ministro en Suriname que fue juzgado y sentenciado en el 2003 por la Corte Suprema de Justicia de Suriname, por la comisión de un acto delictivo en el ejercicio de sus funciones, en particular, el delito de falsificación en relación con una compra de inmuebles. El señor Alibux fue sometido primero a un procedimiento ante la Asamblea Nacional, para luego ser juzgado ante la Corte Suprema en instancia única. El artículo 140 de la Constitución de 1987 de Suriname establecía que los que ejercían cargos en la administración pública serían objeto de juicio ante la Corte Suprema, incluso con posterioridad a su retiro, por los actos delictivos que hubieran cometido en el ejercicio de sus cargos, después de haber sido procesados por la Asamblea Nacional en la forma establecida por la ley. El señor Alibux no pudo recurrir la sentencia condenatoria ya que en ese momento no existía ningún recurso aplicable. Fue recién en el 2007 que la norma procesal de 2001, la que desarrolló el artículo 140 de la Constitución, fue modificada, estableciéndose la posibilidad de interponer un recurso de apelación contra la decisión de primera instancia de la Corte Suprema de Justicia conformada por tres jueces, en los procesos judiciales de altas autoridades. La apelación, de acuerdo a la nueva norma, sería decidida por la Corte Suprema pero con un panel conformado por un número impar de jueces, compuesto como mínimo por cinco y como máximo por nueve.

Adicionalmente, la subsecuente creación de un recurso de apelación fue inefectiva para el caso del señor Alibux, debido a que el mismo ya había cumplido la condena

dictada en su contra. Por ello, la Corte declaró al Estado responsable por la violación del artículo 8.2.h de la CADH. No obstante, la Corte valoró la modificación legislativa en Suriname, vigente desde el 28 de agosto de 2007, por medio de la cual se creó el recurso de apelación para altos funcionarios públicos, por lo que dejó sin efecto el procedimiento penal en instancia única, seguido contra altas autoridades por delitos cometidos durante sus funciones. Dicha valoración implicó que el Tribunal no estimara procedente ordenar medida alguna de reparación respecto a la adecuación del derecho interno de Suriname a la CADH, pues dicho aspecto ya había sido cumplido.

En la Sentencia del *caso Liakat Ali Alibux*, la Corte señaló que si bien la normativa interna de cada Estado define y determina quiénes son las autoridades reconocidas como altos funcionarios públicos y/o políticos, a efectos del caso, definiría como altas autoridades, de manera general, a funcionarios de elevado rango como por ejemplo: el Presidente de la República, el Vice-Presidente, Diputados, Senadores, Miembros del Congreso Nacional, Magistrados de la Corte Suprema, Magistrados del Tribunal Constitucional, Magistrados del Tribunal Electoral, Ministros, Secretarios de Estado, el Fiscal General, Fiscales Supremos, el Defensor del Pueblo, el Contralor General de la República, entre otros funcionarios de similar categoría.

Asimismo, se refirió de manera más precisa que el establecimiento de una jurisdicción distinta a la penal ordinaria para juzgar a altos funcionarios en virtud del alto cargo o de la importancia de la investidura de la autoridad, como por ejemplo la designación del máximo órgano de justicia a efectos del juzgamiento, no es per se, contraria al artículo 8.2.h de la CADH.

Sin embargo, la Corte concluyó que el rango del tribunal que juzga no puede garantizar la infalibilidad del fallo, es decir que este dictado en instancia única, no será dictado con errores o vicios. Esto, señala el órgano interamericano, es de especial importancia en procesos penales, cuando se encuentra en juego la limitación de otro grupo de derechos, como en este caso, la libertad personal de un individuo. Asimismo, la decisión en este caso desarrolla el significado de la revisión del fallo por un juez o tribunal superior. En efecto, el señor Alibux fue juzgado por el máximo órgano de justicia de Suriname, por lo que no existía un tribunal o juez superior quien pudiera hacer una revisión íntegra del fallo condenatorio. Al respecto, la Corte Interamericana interpretó que al no existir un tribunal de mayor jerarquía, la superioridad del tribunal que revisa el fallo condenatorio se entiende cumplida cuando el pleno, una sala o cámara, dentro del mismo órgano colegiado superior, pero de distinta composición al que conoció la causa originalmente, resuelve el recurso interpuesto con facultades de revocar o modificar la sentencia condenatoria dictada.

III. Diálogo con el sistema universal. Artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

El artículo 14, párrafo 5 del PIDCP, también reconoce el derecho al doble conforme, al igual que el artículo 8.2.h de la CADH, con algunas ligeras diferencias⁷. Este derecho ha sido interpretado por el Comité de Derechos Humanos de la ONU, el cual ha adoptado una postura similar a la de la Corte IDH y ha señalado de manera expresa en el párrafo 47 de la Observación General No. 32⁸ que dicho artículo también se vulnera cuando “el tribunal más alto de un país actúa como primera y única instancia, la ausencia de todo derecho a revisión por un tribunal superior no queda compensada por el hecho de haber sido juzgado por el tribunal de mayor jerarquía del Estado Parte; por el contrario, tal sistema es incompatible con el Pacto, a menos que el Estado Parte interesado haya formulado una reserva a ese efecto”. En este sentido, una excepción al derecho a recurrir el fallo, con base en dicha interpretación, sería que el Estado parte en el PIDCP haya interpuesto una reserva al respecto.

Asimismo, en dictámenes de dicho órgano, dictados en los casos *Jesús Terrón Vs. España*; *Caso Luis Hens Serean y Juan Ramón Corujo Rodríguez Vs. España*, y *Caso Luis Oliveró Capellades Vs. España*, todos ellos decididos en instancia única y en perjuicio de altas autoridades o de individuos juzgados junto con altas autoridades en una sola instancia con base en el fuero de atracción, el Comité concluyó que el derecho a recurrir el fallo debe garantizarse a toda persona, más allá del rango que se ostente. En este sentido, señaló que “si bien la legislación [de un] Estado Parte dispone en ciertas ocasiones que una persona en razón de su cargo sea juzgada por un tribunal de mayor jerarquía que el que naturalmente correspondería, esta circunstancia no puede por sí

7. Es preciso indicar que este artículo se diferencia del artículo 8.2.h de la Convención Americana ya que el último es muy claro al señalar el derecho a la doble instancia sin hacer mención a la frase “conforme a lo prescrito por la ley”. Sin embargo, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha interpretado en el párrafo 45 de su Observación General No. 32 que “La expresión “conforme a lo prescrito por la ley” en esta disposición no tiene por objeto dejar a discreción de los Estados Partes la existencia misma del derecho a revisión, puesto que este es un derecho reconocido por el Pacto y no meramente por la legislación interna. La expresión “conforme a lo prescrito por la ley” se refiere más bien a la determinación de las modalidades de acuerdo con las cuales un tribunal superior llevará a cabo la revisión, así como la determinación del tribunal que se encargará de ello de conformidad con el Pacto. El párrafo 5 del artículo 14 no exige a los Estados Partes que establezcan varias instancias de apelación. Sin embargo, la referencia a la legislación interna en esta disposición ha de interpretarse en el sentido de que si el ordenamiento jurídico nacional prevé otras instancias de apelación, la persona condenada debe tener acceso efectivo a cada una de ellas”. Cfr. Organización de las Naciones Unidas (ONU), Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 32, Artículo 14: El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, U.N. Doc. CCPR/C/GC/32 (2007), párr. 45.

8. ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 32, supra, párr. 47. Sin embargo, es preciso indicar que el Comité de Derechos Humanos ha señalado también en el párrafo 46 que el párrafo 5 del artículo 14 no se aplica a ningún otro procedimiento que no forme parte de un proceso de apelación penal.

sola menoscabar el derecho del acusado a la revisión de su sentencia y condena por un tribunal⁹.

IV. Diálogo con el sistema europeo. Artículo 2.2 del Protocolo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH)

El CEDH ha reconocido el derecho a recurrir el fallo en el artículo 2¹⁰, inciso 1 del Protocolo 7¹¹ d. Sin embargo, ha establecido excepciones expresas en relación a dicho derecho en el inciso 2, una de las cuales se refiere a la excepción a la doble instancia cuando la persona ha sido juzgada en primera instancia por el más alto tribunal, en donde obviamente, en muchos casos, la revisión por un órgano superior no es posible¹². El Informe Explicativo del Protocolo 7 al CEDH menciona como ejemplo de esta excepción el caso de ministros, jueces u otros altos cargos públicos, juzgados en primera instancia por el máximo tribunal, ya sea por la razón de su cargo o pro la naturaleza de la ofensa. Dicha excepción ha sido establecida en el sistema europeo probablemente bajo el fundamento de que el ser juzgado por el máximo órgano de justicia más bien implica una garantía máxima del debido proceso, al ser juzgado el individuo por profesionales de mayor preparación, con conocimiento especializado en la materia, es decir por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria. No obstante, hasta el momento (de este estudio) el TEDH no había dictado jurisprudencia en la materia.

9. ONU, Comité de Derechos Humanos, Caso Jesús Terrón Vs. España, Comunicación No. 1073/2002, UN Doc. CCPR/C/82/D1073/2002, 15 de noviembre de 2004, párr. 7.4. El Comité ha ratificado el mismo criterio en otros dos casos similares, en donde en base al fuero de atracción, se llevaron a cabo juzgamientos en instancia única ante el Tribunal Supremo de España y el Comité decidió que dichos procedimientos eran incompatibles con el artículo 14, párrafo 5 del Pacto. Cfr. Caso Luis Hens Serean y Juan Ramón Corujo Rodríguez Vs. España, Comunicación No. 1351-1352/2005, U.N. Doc. CCPR/C/92/D/1351-1352/2005, 25 de marzo de 2008, párrs. 9.2 y 9.3, y Caso Luis Oliveró Capellades Vs. España, Comunicación No. 1211/2003, U.N. Doc. CCPR/C/87/D/1211/2003 [2006], 11 de julio de 2006, párr. 7.

10. El artículo 2.2 del Protocolo 7 del CEDH establece que: “1. Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tiene derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sean examinadas por un tribunal superior. El ejercicio de este derecho, que incluye los motivos por los que puede ser ejercitado, será regulado por la ley. 2. Este derecho puede estar sujeto a excepciones respecto de las infracciones de carácter menor definidas por la ley, así como en los casos en que el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto tribunal o haya sido declarado culpable y condenado después de un recurso contra su absolución”.

11. El Informe Explicativo del Protocolo 7 señala en referencia al artículo 2 que, a diferencia de lo señalado por el artículo 14.5 del PIDCP, el término “tribunal” fue deliberadamente añadido a efectos de que quede claro que dicho artículo se aplica sólo a casos en donde una ofensa haya sido juzgada por tribunales y no por órganos que no poseen dicha característica.

12. The Right to a Review by a Higher Tribunal [Article 2 of Protocol No. 7], Chapter 26 of “Theory and Practice of the European Convention on Human Rights”, p. 986.

Cabe mencionar que, si bien esta ha sido la posición adoptada en el sistema europeo, la Corte Interamericana ha establecido expresamente en los *Casos Mohamed Vs. Argentina y Liakat Ali Alibux Vs. Suriname* que “la Corte no coincide con el alcance [que se pretende otorgar a la] norma del Sistema Europeo para interpretar la correspondiente norma de la Convención Americana, ya que precisamente esta última no previó excepciones como sí lo hizo expresamente la disposición del Sistema Europeo”¹³.

V. Diálogo con el Derecho Comparado de Estados miembros de la OEA

Hacemos alusión a 22 Estados miembros de la OEA, respecto de los cuales se ha contado con información legislativa y jurisprudencial disponible, concluyendo que muchos de ellos garantizan el derecho a recurrir el fallo en procesos penales seguidos en contra de sus altas autoridades, a través de su normativa interna o de sus Constituciones. Dicho derecho se reconoce en los Estados, ya sea de manera restringida¹⁴, es decir a favor de ciertos funcionarios, generalmente los que ostentan un rango menor, con exclusión del Presidente y Vicepresidente; o de manera amplia¹⁵, estableciendo esta garantía a un grupo de autoridades de diversa jerarquía. Cabe señalar que, muchos Estados en la región garantizan la duplicidad de instancia sin perjuicio de la existencia de un fuero especial para juzgar penalmente a sus altos funcionarios públicos y/o políticos, el cual en muchas jurisdicciones, está a cargo de altos órganos de justicia¹⁶, como las Cortes Supremas.

13. Caso Mohamed, *supra*, párr. 94 y Caso Liakat Ali Alibux, *supra*, párr. 96.

14. Estados como Bolivia, Nicaragua, República Dominicana y Venezuela.

15. Estados como Argentina, Barbados, Canadá, Chile, Estados Unidos, Guatemala, México, Paraguay, Uruguay, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Honduras, Perú, y Suriname desde el 2007.

16. Estados como Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Honduras, Perú, y Suriname (desde la modificación del año 2007).

En este sentido, la normativa interna de varios Estados del hemisferio, como por ejemplo Argentina¹⁷, Barbados¹⁸, Canadá¹⁹, Chile²⁰, Estados Unidos²¹, Guatemala²²,

17. Las altas autoridades en Argentina, dependiendo del funcionario de que se trate, deben someterse ya sea al juicio político (Constitución de la Nación Argentina, artículos 59 y 60) o al proceso de desafuero (Constitución de la Nación Argentina, artículo 69, y Ley 25.320 "Ley de Fueros del año 2000"), antes de ser puestos a disposición de la justicia penal, a fin de ser juzgados como cualquier otro ciudadano. Los tribunales penales ordinarios, ya sea de competencia federal o provincial, serán los competentes para juzgar a dichos funcionarios, por lo que cuentan con la posibilidad de recurrir el fallo ante instancias superiores.

18. Barbados reconoce el privilegio parlamentario, siguiendo el modelo inglés, que protege a la autoridad de acciones judiciales derivadas de la labor del Parlamento, pero no de un proceso criminal, a menos que se encuentre relacionada directamente con su actividad como funcionario y afecte las funciones del Parlamento. En este sentido, los parlamentarios en Barbados son juzgados a través de la justicia penal ordinaria, mediante la cual se garantiza el derecho a la doble instancia.

19. La Constitución canadiense no regula la figura del juicio político, pero establece el privilegio parlamentario (Section 18 Constitution Act; Section 4 Parliament Act), que se fundamenta en el sistema inglés, por medio del cual se protege a la autoridad de acciones judiciales derivadas de lo dicho dentro de las discusiones del Parlamento y del arresto civil, pero no de un proceso criminal, a menos que se encuentre relacionada directamente con su actividad como funcionario y afecte las funciones del Parlamento. No obstante, es muy poco probable que un acto criminal cometido en el Parlamento pueda impedir el accionar ordinario de las leyes penales; ello, debido a que en Canadá se considera que todos son iguales ante la ley, por lo que los miembros del Parlamento no gozan de privilegios que los demás ciudadanos no poseen. De iniciarse un procedimiento penal, el parlamentario es juzgado como cualquier otro ciudadano y tiene acceso a la garantía de la doble instancia.

20. En Chile, se diferencia el juicio político o la acusación constitucional (Constitución Política de la República de Chile, artículo 52) del procedimiento de desafuero de altos funcionarios públicos o personas que gozan de fuero constitucional (Código Procesal Penal, artículos 416 a 423 en concordancia con la Constitución Política de la República de Chile, artículo 61). Para el primero, es la Cámara de Diputados la que investiga, para luego entablar la acusación correspondiente ante el Senado, órgano encargado de resolver dicha acusación en única instancia. Si el Senado decide que hay indicios de responsabilidad penal, la alta autoridad será juzgada por la justicia penal ordinaria, conservando el funcionario los derechos que detenta cualquier ciudadano sometido al proceso penal, entre ellos la doble instancia. Para el segundo, el Código Procesal Penal establece un procedimiento de desafuero, del cual conoce la Corte de Apelaciones a solicitud del fiscal. Dicha decisión es apelable ante la Corte Suprema. Si se da lugar al levantamiento de inmunidad o desafuero, el funcionario es juzgado conforme a las reglas generales por la justicia penal ordinaria, garantizándose su derecho a la doble instancia.

21. La Constitución de Estados Unidos regula la figura del "impeachment". El artículo 2, sección 4 de la Constitución señala que: "The President, Vice President and all Civil Officers of the United States, shall be removed from Office on Impeachment for, and Conviction of, Treason, Bribery, or other high Crimes and Misdemeanors. Contra el "impeachment" no existe recurso impugnatorio alguno. Si luego del procedimiento del "impeachment" se tienen indicios de la comisión de algún ilícito penal, el proceso correspondiente no se inicia en el Parlamento, sino que sigue la vía ordinaria. *Cfr. Nixon v. United States*, 506 U. S. 224 (1993), Art. I, § 3, cl. 7 US Constitution. Es decir que, la autoridad será juzgada como cualquier otro ciudadano, como se desarrolló en el caso *Nixon v. United States*, con la posibilidad de recurrir el fallo. Sin embargo, el "impeachment" no es un procedimiento previo que se deba agotar antes de la apertura de un procedimiento penal.

22. En Guatemala existe la figura del antejuicio, reconocido en la Constitución Política, pero regulado mediante una norma especial "Ley en Materia de Antejuicio" (Decreto No. 85-2002). Por medio de este procedimiento, y dependiendo de la autoridad de la que se trate, el Pleno del Congreso, la Corte Suprema de Justicia, o las Salas de la Corte de Apelaciones votarán con respecto a la procedencia de la formación de la causa contra una serie de altas autoridades. Una vez que el órgano competente haya recibido la denuncia y haya declarado la procedencia de la formación de la causa penal-sin que ello implique decidir sobre la tipicidad del delito o culpabilidad del funcionario-, el caso se envía a la Corte Suprema de Justicia, la cual lo remitirá al juez penal competente, iniciándose con ello el procedimiento penal que corresponda. En vista de ello, la doble instancia se encuentra garantizada para las altas autoridades en Guatemala, al ser sometidos a procedimientos penales ordinarios.

México²³, Paraguay²⁴, y Uruguay²⁵, reconoce el derecho a recurrir el fallo en procesos penales, para todas las altas autoridades, a quienes luego del levantamiento del fuero o de la autorización del órgano correspondiente, son derivados a la justicia ordinaria para

23. En México, la “Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos” (LFRSP), la cual instrumenta el principio de responsabilidad de los servidores o funcionarios públicos que la Constitución establece, regula la declaración de procedencia necesaria para el juzgamiento penal de la alta autoridad. En materia penal, el artículo 7 de la LFRSP establece que el Congreso de la Unión valorará la existencia y gravedad de los actos u omisiones cometidos y cuando aquellos tengan carácter delictuoso se formulará la declaración de procedencia por lo que se estará a lo dispuesto por la legislación penal. Una vez se ha dictaminado la procedencia penal en contra de la alta autoridad, el sujeto se somete a la jurisdicción de los tribunales competentes ordinarios.

24. La Constitución Nacional del Paraguay dispone que los altos funcionarios públicos, sólo podrán ser sometidos a juicio político por mal desempeño de sus funciones, por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos o por delitos comunes. La acusación será formulada por la Cámara de Diputados y corresponderá a la Cámara de Senadores, juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados. De ser el caso, los declarará culpables al sólo efecto de separarlos de sus cargos. En los casos de supuesta comisión de delitos, se pasarán los antecedentes a la justicia penal ordinaria [artículo 225], por lo que la autoridad se juzgará como cualquier otro ciudadano, gozando de la doble instancia. Dicha conclusión se ha basado en lo señalado por el Profesor Jorge Seall Sasiain, quien ha dicho que: “en cuanto al procedimiento, corresponde al juez en lo criminal [entendido como el juez ordinario], en primer lugar, examinar la procedencia procesal (formal) y penal (de fondo) de la denuncia o querrela por el delito que se le imputa a un legislador. En caso que, a criterio del juez en lo criminal y conforme al artículo 131 y siguientes del Código de Procedimientos Penales (CPP), se instruya sumario a un parlamentario por la supuesta comisión de un delito, sólo corresponde la comunicación a la Cámara a que pertenece. De lo contrario, el proceso no puede seguir respecto al indiciado”. Cfr. Seall Sasiain, Jorge. “Las inmunidades, el desafuero y el juicio político en la Constitución de 1992”.

25. Uruguay recoge la figura del juicio político y establece que la Cámara de Representantes tiene la facultad de acusar ante la Cámara de Senadores a altos funcionarios públicos por violación de la Constitución u otros delitos graves, después de haber conocido sobre ellos, a petición de parte o de algunos de sus miembros, y declarado haber lugar a la formación de causa (Constitución de la República Oriental de Uruguay, artículo 93). A la Cámara de Senadores le corresponde abrir juicio público a los acusados por la Cámara de Representantes o la Junta Departamental, en su caso, y pronunciar sentencia al sólo efecto de separarlos de sus cargos. Los acusados, a quienes la Cámara de Senadores haya separado de sus cargos de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior, quedarán, no obstante, sujetos a juicio conforme a la ley (Constitución de la República Oriental de Uruguay artículos 102 y 103). La Constitución de Uruguay regula asimismo la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria, por la que ningún Senador o Representante, podrá ser acusado criminalmente, ni siquiera por delitos comunes, a menos que, su respectiva Cámara resuelva si hay lugar a la formación de causa. Si ello ocurriere la Cámara correspondiente lo declarará suspendido en sus funciones y quedará a disposición del Tribunal competente (artículo 114). En virtud de ello, los órganos competentes en materia penal para juzgar a las altas autoridades en Uruguay son los jueces de la jurisdicción ordinaria, la cual otorga el derecho a la pluralidad de instancia.

su juzgamiento. Otros Estados, como Costa Rica²⁶, Ecuador²⁷, El Salvador²⁸, Honduras²⁹, Perú³⁰, y desde el 2007 Suriname, establecen en sus legislaciones internas, recursos que permiten a todos los altos funcionarios juzgados a nivel penal, una revisión del fallo condenatorio. Ello, sin perjuicio de que el procedimiento penal se inicie ante una alta Corte, es decir un fuero especial, distinto al establecido para el ciudadano común, quien es juzgado a través de los tribunales ordinarios.

A manera de ejemplo, la normativa en el Perú garantiza a sus altas autoridades el derecho a recurrir el fallo. En efecto, por ejemplo, en casos de comisión de delitos

26. La Constitución de Costa Rica, establece la figura de la inmunidad parlamentaria (artículo 110) y el levantamiento del fuero de altas autoridades (artículo 121, inciso 9). En relación con la inmunidad parlamentaria, el Diputado no podrá ser privado de su libertad por motivo penal, sino cuando previamente haya sido suspendido por la Asamblea. Con respecto al procedimiento del levantamiento del fuero, corresponde a la Asamblea Legislativa admitir o no las acusaciones que se interpongan contra altos funcionarios, poniéndolos, en caso afirmativo, a disposición de la Corte Suprema de Justicia para su juzgamiento. El Código Procesal Penal de 1998 regula el procedimiento llevado a cabo contra altas autoridades en sus artículos 391 al 399 y establece que el Fiscal General practicará la investigación inicial, para formular la acusación o la desestimación ante la Corte Suprema de Justicia. Los detenidos serán puestos a la orden de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia a la cual le corresponde juzgar. Contra la sentencia de primera instancia procederá recurso de apelación conforme a las reglas dispuestas para el proceso penal ordinario, el que será resuelto por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia. Por lo tanto, Costa Rica sí reconoce la doble instancia en procesos penales contra altas autoridades.

27. En virtud de los artículos 192 y 194 del Código Orgánico de la Función Judicial, y de los artículos 377 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, es la Corte Nacional de Justicia (máximo órgano jurisdiccional de Ecuador, desde el 2008) la que conoce de asuntos penales de acción pública y privada en la que se vean envueltos altos funcionarios, luego del juicio político o el procedimiento de desafuero, según corresponda. En los procedimientos penales seguidos contra altas autoridades juzgará en primera instancia una Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, elegida por sorteo. Contra dicha decisión procede la interposición de un recurso de apelación, el que deberá ser resuelto por otra Sala de la Corte Nacional de Justicia, elegida por sorteo, diferente a la que conoció el caso en primera instancia, garantizándose con ello la doble instancia.

28. La Constitución de la República de El Salvador establece que los altos funcionarios del Gobierno responden ante la Asamblea Legislativa por los delitos oficiales y comunes que cometan (artículo 236). En el caso de los diputados, no podrán ser juzgados por delitos graves que cometan sin que la Asamblea Legislativa declare previamente que hay lugar a formación de causa. Una vez declarada la formación de causa, se suspende al funcionario de sus funciones para ser procesado penalmente por el delito que se le imputa. Los funcionarios son juzgados por la Cámara Primera de lo Penal, de la Primera Sección del Centro, de conformidad con lo señalado en el inciso segundo del artículo 385 del Código Penal y del artículo 139 del Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa. En segunda instancia conoce una Sala Penal de la Corte Suprema, y del recurso que dichas resoluciones admitan, la Corte en pleno (Constitución de la República de El Salvador, artículo 236.2).

29. En Honduras se encuentra regulada la figura del juicio político a través de la Ley Especial de Juicio Político (Decreto No. 231-2012). El artículo 2 de dicha norma determina que el Congreso Nacional de la República puede iniciar el procedimiento contra el Presidente y otros altos funcionarios en instancia única (artículo 8). Sin embargo, la responsabilidad administrativa, civil o penal en su caso, serán deducidas de conformidad a la legislación nacional. Si se derivara una posible responsabilidad penal de la alta autoridad, el Tribunal de Sentencia es la primera instancia para juzgar a altas autoridades. Contra el fallo que dicte el Tribunal de Sentencia cabrá el Recurso de Casación del que conocerá la Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala de lo Penal (Código Procesal Penal artículos, 415 y 417). Por lo tanto, el único recurso existente en Honduras contra las sentencias del Tribunal de Sentencia es el recurso de casación. Dicho recurso pareciera ser uno de tipo más restringido que no permite un análisis completo de la sentencia en instancia superior, ya que sólo procede por infracción de la ley o de la doctrina legal (artículo 360 del Código Procesal Penal).

30. En el Perú las altas autoridades se reconoce la doble instancia en procedimientos penales contra altas autoridades, como se ha señalado brevemente en el texto del presente artículo.

comunes por Congresistas, con posterioridad al levantamiento de inmunidad parlamentaria, la Corte Suprema de Justicia es notificada a fin que se inicie el procedimiento penal común correspondiente, cuya instancia primera es el Juzgado Especializado competente, llamado Juzgado Colegiado en el nuevo proceso penal (artículos 452 y 453,1 del NCPP).

Asimismo, en relación a la comisión de delitos en el ejercicio de funciones, el artículo 99 de la Constitución peruana señala que una Comisión Permanente³¹ será la encargada de acusar ante el Congreso al Presidente de la República, los representantes al Congreso, los Ministros de Estado, a los miembros del Tribunal Constitucional, a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, los vocales de la Corte Suprema, a los fiscales supremos; al Defensor del Pueblo y al Contralor General por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas³². El artículo 100³³ de la señalada norma establece que en caso de resolución acusatoria de contenido penal, el Fiscal de la Nación formula denuncia ante la Corte Suprema, en donde el Vocal Supremo Penal abre la instrucción correspondiente. En estos casos una Sala Penal de la Corte Suprema será competente para investigar y juzgar los delitos que se imputan contra los funcionarios comprendidos en el artículo 99 de la Constitución y otras autoridades de la justicia militar policial (artículo 34, inciso 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Contra la sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia procede el recurso de nulidad³⁴, interpuesto ante la Sala que dictó sentencia en primera instancia, la que lo concede y lo deriva a una Sala Penal diferente, quien será la que resuelva el recurso impugnatorio.

En este sentido, el artículo 141 de la Constitución señala que “corresponde a la Corte Suprema fallar en casación, o en última instancia, cuando la acción se inicia en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema conforme a ley [...]”. El procedimiento para altas autoridades por delitos de función está por primera vez codificado en el

31. La Comisión Permanente del Congreso Permanente está presidida por el Presidente del Congreso y está conformada por no menos de veinte Congresistas elegidos por el Pleno, guardando la proporcionalidad de los representantes de cada grupo parlamentario (Reglamento del Congreso de la República, Artículo 42).

32. Véase también Artículo 89 del Reglamento del Congreso de la República [en lo que sigue, “Reglamento del Congreso”], disponible en: <http://www.congreso.gob.pe/accesible/reglamento/indice.htm>.

33. El artículo 100 de la CPP señala que: “Corresponde al Congreso, sin participación de la Comisión Permanente, suspender o no al funcionario acusado o inhabilitarlo para el ejercicio de la función pública hasta por diez años, o destituirlo de su función sin perjuicio de cualquiera otra responsabilidad. [...] En caso de resolución acusatoria de contenido penal, el Fiscal de la Nación formula denuncia ante la Corte Suprema en el plazo de cinco días. El Vocal Supremo Penal abre la instrucción correspondiente. La sentencia absolutoria de la Corte Suprema devuelve al acusado sus derechos políticos. Los términos de la denuncia fiscal y del auto apertorio de instrucción no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso”.

34. Denominado recurso de apelación en el nuevo Código Procesal Penal del año 2004, no vigente aún en la jurisdicción de Lima.

nuevo Código Procesal Penal, el cual se encuentra en vigencia progresiva en el Perú. El procedimiento en virtud de la comisión de los delitos de función, se encuentra regulado en los artículos 449 a 451, y el artículo 450, inciso 7, confirma la existencia de una doble instancia en el proceso. De lo anterior se desprende que dicha legislación peruana parecería estar acorde con los estándares internacionales que le son aplicables.

Por otro lado, Estados como Bolivia³⁵, Nicaragua³⁶, República Dominicana³⁷ y

35. Bolivia promulgó la Ley No. 044 de 8 de octubre de 2010, Ley para el Juzgamiento de la Presidenta o Presidente y/o de la Vicepresidenta o Vicepresidente, de altas autoridades del Tribunal Supremo de Justicia, Tribunal Agroambiental, Consejo de la Magistratura, Tribunal Constitucional Plurinacional y del Ministerio Público. El ámbito de aplicación de la norma regula los procedimientos contra las autoridades mencionadas en el título de la misma, ya sea por la comisión de delitos en el ejercicio de sus funciones, como por la comisión de delitos comunes. Para el caso del Presidente o Vicepresidente, si se trata de delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, en caso de presentarse una proposición acusatoria contra alguno de ellos, será juzgado por el Pleno del Tribunal Supremo de Justicia en única instancia, sin posibilidad de recurso ulterior (artículo 18 de Ley). Para el resto de los altos funcionarios, la Cámara de Diputados promoverá la acción penal correspondiente y decidirá si formaliza acusación de (Ley No. 044, artículo 27). Si lo hace, presentará la acusación a la Cámara de Senadores para el enjuiciamiento público del acusado, quien será juzgado a través de un juicio oral, sujeto en todo lo pertinente a las normas del Código de Procedimiento Penal. Los recursos que se pueden interponer son el de reposición, el de apelación incidental, el de apelación restringida (por la inobservancia o errónea aplicación de la ley) y el de revisión extraordinaria. El recurso de apelación restringida será el que otorgue la pluralidad de instancia y lo resuelve ambas Cámaras, en Sesión de Asamblea. Con base en lo señalado se puede concluir que en Bolivia se otorga un trato diferenciado en cuanto al procedimiento a seguir en contra del Presidente o Vice-Presidente y otras altas autoridades. El primero no gozará de la doble instancia procesal al ser juzgado por el Pleno del Tribunal Supremo de Justicia, mientras que otro grupo de autoridades gozarán de un recurso de apelación restringida pero a nivel de la Asamblea Legislativa, órgano con competencia para su juzgamiento. Se observa, sin embargo que, el recurso de apelación restringida no comprende un análisis completo de la sentencia en instancia superior, ya que sólo procede por inobservancia o errónea aplicación de la ley (artículo 50 de la Ley No. 044).

36. La Constitución de Nicaragua reconoce la prerrogativa de la inmunidad para una amplia gama de funcionarios, la que los protege ante la comisión de todo tipo de delitos, ya sea en el ejercicio de sus funciones o en relación a delitos comunes. Dicha prerrogativa consiste en el derecho a no ser procesado ni detenido sino en virtud de un procedimiento de levantamiento de la inmunidad, regulado por la "Ley de Inmunidad". Cfr. Ley No. 83, Ley de Inmunidad, 21 de marzo de 1990. Mediante este procedimiento la Asamblea Nacional en pleno decide si se confirma el levantamiento del fuero o si se niega. Si se decidiera el desafuero, las autoridades que gozaban de la prerrogativa descrita son juzgadas por los tribunales ordinarios, con excepción del Presidente y Vice-Presidente de la República, quienes son juzgados por la Corte Suprema de Justicia en pleno después de ser desaforados por la Asamblea Nacional (artículo 130, párrafo 5 de la Constitución, artículo 27[3] de la Ley No. 260, Ley Orgánica del Poder Judicial de 23 de julio de 1998 y artículo 334 de la Ley No. 406, Código Procesal Penal de Nicaragua de fecha 13 de noviembre de 2001). A su vez, la Ley Orgánica del Poder Judicial establece instancias diferenciadas y múltiples cuando los procedimientos se inician contra jueces o magistrados. Por ejemplo, la Sala Penal de la Corte Suprema conoce en primera instancia de los procesos especiales de responsabilidad por delitos propios de función contra los Magistrados de la Corte Suprema y de los Tribunales de Apelación (artículo 33[8] de la Ley Orgánica del Poder Judicial). La Corte Suprema en pleno conoce y resuelve los recursos de apelación contra estos funcionarios (artículo 27[4] de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Con base en lo señalado, puede observarse que la doble instancia judicial es reconocida para los altos funcionarios en Nicaragua, con excepción del Presidente y Vice-Presidente, ya que dichos funcionarios son juzgados por el máximo órgano de justicia reunidos en pleno, sin que haya un órgano superior o alternativo de revisión. El único recurso que procede contra las sentencias emitidas por el pleno de la Corte Suprema en los procesos contra el Presidente o Vice-Presidente es el recurso de reposición (artículo 336[5] del Código Procesal Penal).

37. La Constitución Política de República Dominicana regula la figura del juicio político en sus artículos 80 y 83(1). Este último señala que le corresponde a la Cámara de Diputados "acusar ante el Senado a las y los funcionarios públicos elegidos por voto popular, a los elegidos por el Senado y por el Consejo Nacional de la Magistratura, por la comisión de faltas graves en el ejercicio de sus funciones". La declaración de culpabilidad efectuada por el Senado deja a la persona destituida de su cargo. La persona destituida quedará sujeta, si hubiere lugar, a ser acusada y juzgada por los tribunales ordinarios, con arreglo a la ley. Los artículos 154 y 159 configuran el llamado privilegio de jurisdicción (Código Procesal Penal, artículo 377), que implican el juzgamiento en instancia única por el Pleno de la Corte Suprema para un grupo de altos funcionarios (artículo 154), así como el juzgamiento en pluralidad de instancia- siendo la primera instancia la Corte de Apelaciones y la segunda instancia la Cámara Penal de la Corte Suprema- para un grupo de autoridades de menor jerarquía (artículo 159).

Venezuela³⁸, reconocen el derecho a impugnar el fallo respecto de un grupo de altas autoridades, con exclusión del Presidente y Vicepresidente³⁹. Por su parte, Colombia⁴⁰.

38. La Constitución de Venezuela regula el llamado antejuicio de mérito, el cual consiste en una prerrogativa procesal de la que sólo son destinatarios y titulares los altos funcionarios del Estado. En virtud del artículo 266 (2) de la Constitución, es atribución del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), previa autorización de la Asamblea Nacional, declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento del Presidente de la República y juzgarlo, en Sala Plena, hasta sentencia definitiva en instancia única. Asimismo, el artículo 266 (3) señala que en relación a otros altos funcionarios públicos, el TSJ decide si hay lugar a enjuiciamiento, y si el delito fuere común, continúa conociendo de la causa hasta la sentencia definitiva, en Sala Plena. Por lo tanto, para las autoridades que enumera el citado artículo, no existe la posibilidad de apelar la decisión del Tribunal Supremo de Justicia, al ser este el máximo órgano de justicia. Sin embargo, el artículo 378 del Código Orgánico Procesal Penal establece que, cuando se trate de altos funcionarios del Estado, pero de menor jerarquía, y se declare que hay lugar al enjuiciamiento, el Tribunal Supremo de Justicia deberá pasar los autos al tribunal ordinario competente si el delito fuere común, y continuará conociendo de la causa hasta sentencia definitiva, sólo cuando se trate de delitos políticos. Si se diera el primer supuesto, la causa se tramitará conforme a las reglas del proceso ordinario, otorgándose a la autoridad la garantía de la doble instancia. Es preciso resaltar que, no obstante lo anterior, existe una aparente contradicción entre lo dictado por el artículo 266(3) de la Constitución, el artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y el artículo 378 del Código Orgánico Procesal Penal (COPP), ya que los dos primeros establecen que en caso de haber mérito para el enjuiciamiento de un alto funcionario el TSJ conocerá del caso, aunque se trate de delitos comunes, mientras que el artículo del COPP señala que esto ocurrirá exclusivamente para casos de delitos políticos y si se hubieren cometido delitos comunes, la justicia ordinaria sería la competente. Ante dicha dicotomía, el magistrado venezolano Ángel Zerpa Aponte señala que la solución jurídica sería optar por la supremacía constitucional. Cfr. Zerpa Aponte, Ángel, "Revisión de Alguno de los Derechos Consagrados en la Garantía al "Debido Proceso" en su relación con el Proceso Penal Venezolano". En: Debido Proceso y Medidas de Coerción Personal. X Jornadas de Derecho Procesal Penal. UCAB Caracas, 2007, pp. 143 a 144.

39. En el caso de la República Dominicana, las autoridades juzgadas en instancia única se encuentran establecidas en el artículo 154 de la Constitución, la que señala taxativamente que: "Corresponde exclusivamente a la Suprema Corte de Justicia, sin perjuicio de las demás atribuciones que le confiere la ley: 1. Conocer en única instancia de las causas penales seguidas al Presidente y al Vicepresidente de la República; a Senadores, Diputados; Jueces de la Suprema Corte de Justicia, del Tribunal Constitucional; Ministros y Viceministros; Procurador General de la República, Jueces y Procuradores Generales de las Cortes de Apelación o equivalentes; Jueces de los Tribunales Superiores de Tierras, de los Tribunales Superiores Administrativos y del Tribunal Superior Electoral; al Defensor del Pueblo; a miembros del Cuerpo Diplomático y Jefes de Misiones acreditados en el exterior; miembros de la Junta Central Electoral, de la Cámara de Cuentas y de la Junta Monetaria". De igual manera, contra otras autoridades de menor rango, los cuales sí gozan de un recurso de apelación disponible, el artículo 159(2) de la Constitución señala que: "Son atribuciones de las Cortes de Apelación: 2. Conocer en primera instancia de las causas penales seguidas a Jueces de primera instancia o sus equivalentes; Procuradores Fiscales, titulares de órganos y organismos autónomos y descentralizados del Estado, Gobernadores Provinciales, Alcaldes del Distrito Nacional y de los Municipios".

40. La Constitución Política de Colombia enumera en su artículo 174 a las autoridades contra las cuales le corresponde al Senado conocer de las acusaciones que formule la Cámara de Representantes. A su vez, los incisos 2 y 3 del artículo 175 establecen que si la acusación se refiere a delitos cometidos en el ejercicio de funciones o si se refiere a delitos comunes, respectivamente, el Senado decidirá si se pone al acusado a disposición de la Corte Suprema. Los incisos 2, 3 y 4 del artículo 235 establecen la competencia de la Corte Suprema de Justicia de juzgar a las autoridades mencionadas en el artículo 174 de la Constitución, conforme al artículo 175, así como a los Congresistas, y a los Ministros, Procurador General, Defensor del Pueblo, y otras altas autoridades, cuando medie previa acusación del Fiscal General de la Nación. Las altas autoridades en Colombia son juzgadas mediante instancia única ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Como lo señala la Sentencia C-934-2006 de fecha 15 de noviembre de 2006, el principio de la doble instancia no tiene un carácter absoluto, ya que el artículo 31 de la Constitución Política señala que "toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagra la ley".

Brasil⁴¹ y Panamá⁴² juzgan a sus altos funcionarios en instancia única por la Corte Suprema de Justicia del Estado, ya sea a través de una Sala de la Corte, o por la misma reunida en pleno⁴³.

41. El artículo 102 (I) incisos b, c y d de la Constitución de Brasil establece que es competencia del Supremo Tribunal Federal (STF) procesar y juzgar originariamente b) en las infracciones penales comunes, el Presidente de la República, el Vice-Presidente, los miembros del Congreso Nacional, sus propios Ministros y el Procurador General de la República; c) en las infracciones penales comunes y los crímenes de responsabilidad, los Ministros de Estado y los Comandantes de la Marina, del Ejército y de la Aviación [...], y d) el "habeas corpus", siendo sujeto pasivo las personas mencionadas en los incisos anteriores, el amparo y los "habeas data" contra actos del Presidente de la República, de las Juntas Directivas de la Cámara de Diputados y del Senado, del Tribunal de Auditoría de la Unión, de la Oficina del Procurador General y del propio Tribunal Supremo Federal. Al ser el Supremo Tribunal Federal la instancia máxima y originaria, las altas autoridades mencionadas son juzgadas por una Sala del STF, en instancia única, por lo que no se les otorga la oportunidad de interponer recurso impugnatorio alguno, con la excepción del recurso de embargos infringentes, el cual procede en favor de quienes fueron condenados pero contaron con cuatro votos de absolución y es resuelto por el STF a fin de que sólo se evalúe, una vez más, la materia referida y controvertida en los votos de absolución. Por ello, este recurso no es de naturaleza amplia, ni beneficia a todas las autoridades que cuenten con una sentencia dictada en primera instancia. Este recurso ha sido discutido en un caso muy conocido en Brasil, denominado **Acción Penal (AP) 470**, comúnmente llamado el "**caso Mensalão**". En el mismo Supremo Tribunal Federal (STF) juzgó a 38 ex funcionarios y condenó a 25 de ellos a penas privativas de la libertad, entre empresarios, banqueros y ex funcionarios involucrados en una red de compra de votos en el Congreso, orquestada entre 2002 y 2005 por el Partido de los trabajadores (PT) en el gobierno desde hace 11 años. Este caso fue conocido como el 'Mensalao' (gran mesada en español), ya que se relaciona con el pago de favores políticos. El juicio involucró a dirigentes de larga data del PT, incluidos tres ex ministros y casi una docena de ex congresistas de cuatro partidos que conformaron la base aliada de Lula. Los condenados no contaron con un recurso impugnatorio, al no existir una segunda instancia de revisión. Los únicos recursos disponibles, de naturaleza distinta a la procedencia de apelación, son el de aclaración y el de "embargos infringentes". El STF recientemente decidió por 6 votos contra 5 la procedencia de los llamados embargos infringentes, recurso posible sólo para los condenados con cuatro votos de absolución. La adopción de dicha decisión se dio luego de una discusión en relación a la procedencia de dicho recurso, ya que se encontraba regulado en el artículo 333 del Reglamento del Tribunal Supremo Federal pero fue supuestamente modificado por la Ley 8.038/1990. La discusión se basó justamente en si la posterior norma había o no derogado el artículo 333 del Reglamento, sin embargo se decidió por declarar su procedencia. Véase Nota de prensa en el diario digital "El País" titulada "El caso del Mensalao entra con muchas incógnitas en su fase definitiva" de fecha 15 de agosto de 2013, disponible en: http://internacional.elpais.com/internacional/2013/08/14/actualidad/1376505982_073375.html.

42. La Constitución de Panamá reconoce un procedimiento especial de naturaleza jurisdiccional a cargo de la Asamblea Nacional en contra del Presidente de la República, el Vice-Presidente y los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia (Nuevo Código Procesal Penal, artículos 484 a 486). La Asamblea Legislativa en estos casos actúa como órgano jurisdiccional y condena o absuelve, imponiendo penas establecidas en el Código Penal. Contra la decisión final de la Asamblea Legislativa no procede recurso alguno (Código Judicial artículo 2489). Con respecto a otras altas autoridades, el Código Judicial de Panamá, en su Libro I, estructura la competencia de los órganos jurisdiccionales y le encarga al Pleno de la Corte Suprema de Justicia conocer en instancia única de las causas por delitos comunes o faltas cometidas por los Ministros de Estado, el Procurador General de la Nación, el Procurador de la Administración, los Miembros de la Asamblea Legislativa, los Comandantes y Miembros del Estado Mayor de la Fuerza Pública, el Contralor General de la República y los Magistrados del Tribunal Electoral; o de los cometidos en cualquier época por persona que al tiempo de su juzgamiento ejerza alguno de los cargos mencionados. Incluso, la Constitución en su artículo 206(3) señala que las decisiones adoptadas por el Pleno de la Corte Suprema en contra de los Diputados son definitivas. De igual manera, la Sala Penal (Sala Segunda) de la Corte Suprema conoce en instancia única de las causas por delitos o faltas cometidas por los Magistrados y los Fiscales de Distrito Judicial, los viceministros, los agentes diplomáticos de la República, los directores y gerentes de instituciones autónomas y semiautónomas, entre otras autoridades; o de los cometidos en cualquier época por persona que al tiempo de su juzgamiento ejerza alguno de los cargos mencionados. En virtud de lo señalado, contra las sentencias dictadas por la Corte Suprema, ya sea mediante la Sala Penal o por el Pleno, no existe la posibilidad de la imposición de un recurso impugnatorio, sólo cabe el recurso de reconsideración y el de revisión.

43. Un ejemplo de juzgamientos en única instancia fuera del continente, lo constituye España. Su Constitución no regula la figura del juicio político, sin embargo, para juzgar a un miembro del gobierno, Diputados y Senadores, Presidente del Tribunal Supremo, Fiscal General, entre otras autoridades, el órgano competente es la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (Constitución Española, artículo 71.3). Dependiendo del derecho en cuestión, un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional es posible (Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional, artículo 41). Por lo tanto, existe una instancia única (la Sala de lo Penal) (Constitución Española, artículo 102) y la posibilidad de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, normalmente interpuesto cuando se da una vulneración del debido proceso (Constitución Española, artículo 24). El recurso de amparo no constituye propiamente un recurso impugnatorio de la sentencia, por lo que no garantiza el derecho a la doble instancia.

Construcción de un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina

De los 22 Estados miembros de la OEA de los que se dispone de información, al menos 15 garantizan la posibilidad de impugnar el fallo a todos sus altos funcionarios públicos, 4 lo hacen sólo a un grupo de autoridades y 3 procesan y condenan a sus altos funcionarios en instancia única. En virtud de ello, de los 22 Estados referidos, son 19 países los que garantizan el derecho a recurrir el fallo al menos a un grupo de funcionarios que ejercen altos cargos, mientras que 3 los juzgan en instancia única.

Los Estados de la región que otorgan un recurso de revisión del fallo condenatorio a sus altos funcionarios han adoptado distintas fórmulas, aun cuando la primera instancia haya sido el tribunal máximo interno⁴⁴. Por ejemplo, si una Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia es la que juzga en primera instancia, el Pleno de la misma será la instancia que revise el recurso de impugnación interpuesto; si una determinada Sala de la Corte Suprema juzga en primera instancia, otra Sala, de distinta composición, resolverá el recurso impugnatorio interpuesto, y si una Sala conformada por un número determinado de miembros juzga en primera instancia, otra Sala conformada por un número mayor de jueces que no participaron en el proceso de primera instancia, resolverá el recurso. Claro está que para garantizar la independencia e imparcialidad de los jueces, la composición de la segunda instancia no podrá incluir a los mismos miembros que conocieron del caso en primera instancia.

44. De esta forma, en Costa Rica, juzga en primera instancia la Sala Penal de la Corte Suprema y en segunda instancia la Corte Suprema en Pleno (Código Procesal Penal de Costa Rica, artículos 391 al 399). En el caso de Ecuador, en primera instancia juzga por sorteo una de las Salas Penales de la Corte Nacional de Justicia y en segunda, corresponde por sorteo también a una de las Salas de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia que no hubiese intervenido en el proceso (Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 192 y 194 y Código de procedimiento Penal, artículo 382). En el Perú la fórmula es similar a la utilizada en Ecuador, puesto que en primera instancia juzga la Sala Penal de la Corte Suprema, y de la segunda instancia, conoce una Sala Penal distinta a la que conoció el caso en primera instancia (Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 34, inciso 4; Código Procesal Penal, artículos 449 a 451). Por último, en el Salvador, en primera instancia conoce la Cámara Primera de lo Penal, de la Primera Sección del Centro y en segunda instancia la Sala Penal de la Corte Suprema Constitución Política, artículo 236.2; Código Penal artículo, artículo 385; Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa, artículo 139). De los Estados que restringen la doble instancia para un grupo de autoridades, Bolivia por ejemplo, excluye de este derecho al Presidente y Vicepresidente de la Nación, quienes son juzgados en única instancia por el Pleno del Tribunal Supremo de Justicia (Constitución Política, artículo 161 [7]; Ley No. 044, artículo 18), mientras que el resto de los funcionarios son juzgados en primera instancia por el Parlamento (cámara de Diputados o Senadores), y en segunda instancia conocen ambas Cámaras, en Sesión de Asamblea (Ley No. 044, artículos 22 al 51). Nicaragua, de la misma forma, exceptúa de la doble instancia al Presidente y Vicepresidente, quienes son juzgados por el Pleno de la Corte Suprema (Constitución de Nicaragua, artículo 130 párrafo 5; Ley No. 260, Ley Orgánica del Poder Judicial artículo 27[3]; Ley No. 406, Código Procesal Penal de Nicaragua, artículo 334), y el resto de las autoridades son juzgadas por la jurisdicción ordinaria, con excepción de los Magistrados de la Corte Suprema y de los Tribunales de Apelación para los cuales, por delitos propios de su función, la Sala Penal de la Corte Suprema conoce en primera instancia y la Corte Suprema en pleno conoce y resuelve los recursos de apelación contra estos funcionarios en segunda (Ley Orgánica del Poder Judicial, artículos 27[4] y 33[8]). En la República Dominicana, los funcionarios de más alto rango son juzgados en única instancia por el Pleno de la Corte Suprema (Ley Orgánica de la Suprema Corte de Justicia, artículo 13), mientras que la pluralidad de instancia se garantiza para funcionarios de menor jerarquía, siendo la primera instancia la Corte de Apelaciones y la segunda instancia la Cámara Penal de la Corte Suprema (Código Procesal, Penal artículo 380). Por último, en Venezuela, al igual que en los casos mencionados anteriormente, el Presidente y Vicepresidente no cuentan con doble instancia (Código Orgánico Procesal Penal, artículo 378 del; Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 266[2]; Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, artículo 22[4]). Dichas autoridades son juzgadas en única instancia por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia. En el caso de otros altos funcionarios distintos de los mencionados, la causa se tramita conforme a las reglas del proceso ordinario por el tribunal ordinario competente (Código Orgánico Procesal Penal, artículo 378).

En virtud de lo expuesto, se puede concluir que existe una tendencia en la región a otorgar a los altos funcionarios que gozan de fuero constitucional, la posibilidad de recurrir el fallo en el marco de procedimientos penales. Es decir que, la necesidad de la doble conformidad judicial, expresada mediante, al menos un mecanismo efectivo de revisión del fallo condenatorio, ha sido reconocido de manera amplia por los sistemas jurídicos de los Estados miembros de la OEA.

Es preciso señalar asimismo, que si bien Colombia y Brasil son dos de los países que juzgan en instancia única a los más altos cargos de sus jurisdicciones internas. En 2014, Brasil modificó el Reglamento interno del Supremo Tribunal Federal (STF), a efectos de establecer a las Salas de STF como las competentes para juzgar a altas autoridades, y no el pleno⁴⁵. Si bien dicha modificatoria no establece que otra sala o el pleno del STF de Brasil revisarían las sentencias dictadas en primera instancia, garantizando con ello el derecho a recurrir el fallo, dicho cambio constituye un primer paso hacia dicho objetivo. Cabe señalar que el mismo además, tuvo lugar con posterioridad a la adopción de la Sentencia de la Corte en el caso *Liakat Ali Alibux Vs. Suriname*, lo cual podría implicar un impacto positivo de dicha jurisprudencia en la región.

VI. Conclusiones

Si bien es legítimo que los Estados hayn enfrentado el dilema de quién y cómo juzgar a sus altas autoridades, resultando propicio que esta potestad estuviera en manos de las altas cortes, ello no debió repercutir en la posibilidad de que el fallo impuesto fuera luego revisado. Frente a este dilema y a la luz de un diálogo multinivel, es que la Corte IDH ha establecido en su jurisprudencia que el derecho a recurrir el fallo en procesos penales, reconocido en el artículo 8.2.h de la Convención, debe ser garantizado por el Estado sin perjuicio del cargo o de la alta investidura que un individuo ostente, e inclusive cuando esta haya sido juzgada por el máximo órgano de justicia interno. Para ello, la Corte ha dado alternativas pertinentes y novedosas de cómo llevar a cabo esta tarea. Por ejemplo, a través de que el pleno, una sala o cámara, dentro del mismo órgano colegiado superior, pero de distinta composición a la que conoció la

45. Cfr. Nota de prensa del Supremo Tribunal Federal de fecha 23 de julio de 2014, titulada "Novas competências atribuídas às Turmas devem agilizar julgamentos no STF", disponible en: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=271446&caixaBusca=N>.

causa originalmente, pueda resolver el recurso interpuesto con facultades de revocar o modificar la sentencia condenatoria dictada (*supra*).

Esta perspectiva también ha sido sostenido por el Comité de Derechos Humanos de la ONU en su Observación General No. 32 y en diversas decisiones que este ha adoptado (*supra*).

En este sentido, podemos observar que en el continente americano existe mayoritariamente una tendencia normativa a brindar algún mecanismo de revisión de la condena contra altas autoridades. No obstante, aún se presentan algunas excepciones aquí abordadas. De acuerdo con el artículo 2 de la CADH y la doctrina del control de convencionalidad a cargo de los operadores de justicia, dicha obligación debe ser adoptada por todos los Estados partes de la CADH, y más aun los que han aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH.

Por tanto, siendo que los derechos humanos son inherentes a toda persona, independientemente de su fuero, las debidas garantías judiciales y el acceso a la justicia deben también ser aplicadas a cualquier autoridad. Con las alternativas que ofrece la jurisprudencia de la Corte IDH, consideramos que no se contraviene en ninguna medida la autonomía de una alta corte a nivel interno, sino que a través de otras ecuaciones o mecanismos de efectividad, se debe lograr garantizar la doble conformidad y con ello el respeto de los derechos humanos de todos los ciudadanos.

¿Y donde está el diálogo? A propósito de la jurisprudencia interamericana sobre discapacidad

Paola Andrea Acosta y Daniel Rivas¹

Dado que el evento que nos convoca tiene como tema principal el diálogo judicial interamericano y que a nosotros nos corresponde estudiar este fenómeno desde el asunto de la discapacidad, en las líneas que siguen esbozaremos las principales reglas de la jurisprudencia interamericana sobre esta cuestión para poder concentrarnos en el ejercicio del diálogo, o mejor, en la inexistencia de él en estricto sentido². Así, mostraremos que, pese a su riqueza, la jurisprudencia nacional no es punto de referencia, por lo menos no de forma explícita, del trabajo del juez interamericano. A renglón seguido veremos cómo los jueces nacionales usan la jurisprudencia interamericana cuando tienen que sustanciar casos sobre discapacidad. Finalizaremos con un breve comentario sobre el reto a la hora de pensar en un verdadero diálogo judicial sobre esta materia.

1. Universidad Externado de Colombia.

2. Entendemos por diálogo “[...] la comunicación entre tribunales derivada de una obligación de tener en cuenta la jurisprudencia de otro tribunal (extranjero o ajeno al propio ordenamiento jurídico) para aplicar el propio Derecho” Bustos Gisbert, Rafael. “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 95, mayo-agosto, pp. 13-63, 2012

I. La jurisprudencia interamericana sobre discapacidad

Pese a que solo existen dos pronunciamientos explícitos³ sobre los derechos de las personas con discapacidad⁴, la jurisprudencia interamericana es muy rica y ofrece parámetros útiles para abordar esta cuestión. Prueba de ello es que, como veremos, los jueces nacionales echan mano del trabajo de la CortelDH sobre igualdad y no discriminación o sobre debido proceso para enriquecer su propia jurisprudencia sobre discapacidad.

Sobre las reglas interamericanas en esta materia, lo primero que debemos decir es que la jurisprudencia interamericana da cuenta de un nuevo modelo para la comprensión y el tratamiento de la discapacidad, un modelo que se aleja de aquel que por mucho tiempo determinó las legislaciones nacionales sobre la materia. En palabras de la CortelDH:

[...] la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva. Los tipos de límites o barreras que comúnmente encuentran las personas con diversidad funcional en la sociedad, son, entre otras, barreras físicas o arquitectónicas, comunicativas, actitudinales o socioeconómicas⁵.

Ese modelo se desprende de un *corpus iuris*, integrado no sólo por las normas interamericanas sobre la discapacidad sino también por una serie de principios y directrices de origen variado⁶, al que ha de sumarse, según la CortelDH el *corpus iuris*

3. Corte IDH, Caso Ximenes López vs. Brasil, [Fondo], Sentencia de 4 de Julio de 2006 Serie C No. 149 y 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.

4. Paradójicamente la jurisprudencia interamericana que ha dado lugar a algunas reglas sobre la protección a las personas con discapacidad no es producto de casos en los que el objeto principal del análisis haya sido la condición de discapacidad o las políticas que están destinadas a enfrentarla, por el contrario los pronunciamientos de la CortelDH sobre este asunto están relacionados con violaciones graves (muerte, tortura, acceso a la justicia) cuyas víctimas fueron personas con discapacidad y es con ocasión de esas violaciones que la CortelDH ha desarrollado su jurisprudencia en esta materia.

5. 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, párr. 133

6. Tales como los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental de las Naciones Unidas, y Normas Uniformes a la Igualdad de Oportunidades para Personas con Discapacidad, así como los estándares técnicos dispuestos en la Declaración de Caracas y la Declaración de Madrid. Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, supra nota 32, principio 1; Organización Mundial de la Salud. División de Salud Mental y Prevención del Abuso de Sustancias. Diez Principios Básicos de las Normas para la Atención de la Salud Mental, supra nota 37, principio 2; Normas Uniformes sobre la igualdad de oport-

sobre sobre niños, niñas y adolescentes cuando se trata de menores en situación de discapacidad⁷.

En palabras del juez regional, ese *corpus iuris* sirve como herramienta de interpretación de la Convención Americana a la hora de fallar los casos que involucran a personas con discapacidad⁸ y es en virtud de este ejercicio que la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (CIPD) adquiere su fuerza.

Según la jurisprudencia de la CortelDH, de ese *corpus* se desprenden unas obligaciones particulares, de variada índole, por el momento la Corte se ha pronunciado sólo sobre algunos de los aspectos de este *corpus*, los cuales pueden agruparse en tres categorías diferentes:

A. Las reglas generales

1. Las personas en situación de vulnerabilidad necesitan de una protección especial que ha de traducirse en medidas positivas por parte del Estado. Tal es el caso de las personas con discapacidad⁹.
2. Es directo y significativo el vínculo existente entre la discapacidad, por un lado, y la pobreza y la exclusión social, por otro. En razón de lo anterior, entre las medidas positivas a cargo de los Estados se encuentran aquellas necesarias para prevenir todas las formas de discapacidad prevenibles, y dar a las personas que padecen de discapacidades mentales el tratamiento preferencial apropiado a su condición¹⁰.
3. La situación de discapacidad entrelazada con la condición de pobreza implican la necesidad de interpretar y aplicar el derecho según las circunstancias de cada caso y atendiendo al especial grado de vulnerabilidad de los afectados.

tunidades para las personas con discapacidades. Resolución No. 48/96 de la Asamblea General de la ONU, Documento A/48/49 (1993), art. 2; Declaración de los Derechos del Retrasado Mental. Resolución de la Asamblea General de la ONU, Documento A/8429 (1971), art. 2; y Programa de Acción Mundial para los Impedidos. Resolución No. 37/52 de la Asamblea General de la ONU, Documento A/37/51 (1982), párrs. 95 al 107

7. 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, párr. 133 y 239

8. Corte IDH, Caso Ximenes López vs. Brasil, (Fondo), Sentencia de 4 de Julio de 2006 Serie C No. 149, párr. 110-111

9. *Ibidem*, párr. 103; 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, párr. 134.

10. Corte IDH, Caso Ximenes López vs. Brasil, Op. Cit, párr. 104

Resulta necesario ponderar el estado de vulnerabilidad con la necesidad de aplicar la ley¹¹.

4. Las personas con discapacidad a menudo son objeto de discriminación a raíz de su condición, por lo que los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades mentales sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad¹².
5. La falta de condiciones suficientes para que las personas con discapacidad lleven una vida digna violan el artículo cuarto de la CADH¹³.
6. El Estado debe ofrecer a la familia toda la ayuda necesaria para que esta cuide de los menores en situación de discapacidad¹⁴.

B. Las reglas sobre los tratamientos médicos

1. Con relación a la salvaguarda de la vida y la integridad personal, es necesario considerar que las personas con discapacidad que viven o son sometidas a tratamientos en instituciones psiquiátricas, son particularmente vulnerables a la tortura u otras formas de trato cruel, inhumano o degradante. Esto supone una afrenta para su dignidad y restringen gravemente su autonomía, lo cual podría tener como consecuencia agravar la enfermedad. Dichas circunstancias exigen que se ejerza una estricta vigilancia sobre los establecimientos que prestan tales servicios. Los Estados tienen el deber de supervisar y garantizar que en toda institución psiquiátrica, pública o privada, sea preservado el derecho de los pacientes de recibir un tratamiento digno, humano y profesional, y de ser protegidos contra la explotación, el abuso y la degradación¹⁵.
2. La atención de salud mental debe estar disponible a toda persona que lo necesite. Todo tratamiento de personas que padecen de discapacidades

11. Corte IDH, *Caso Furlán y familiars vs. Argentina*, Op. Cit, párr. 215-217

12. Corte IDH, *Caso Ximenes López vs. Brasil*, Op. Cit, párr. 105; Corte IDH, *Caso Furlán y familiars vs. Argentina*, Op. Cit, párr. 135

13. Corte IDH, *Caso Ximenes López vs. Brasil*, Op. Cit, párr. 125

14. Corte IDH, *Caso Furlán y familiars vs. Argentina*, Op. Cit, párr. 254

15. Corte IDH, *Caso Ximenes López vs. Brasil*, Op. Cit, párr. 106, 107 y 108

mentales debe estar dirigido al mejor interés del paciente, debe tener como objetivo preservar su dignidad y su autonomía, reducir el impacto de la enfermedad, y mejorar su calidad de vida¹⁶

3. Las condiciones deplorables del tratamiento médico ofrecido a las personas con discapacidad violan su integridad personal¹⁷
4. Los Estados tienen el deber de asegurar una prestación de atención médica eficaz a las personas con discapacidad mental. La anterior obligación se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios de salud básicos; la promoción de la salud mental; la prestación de servicios de esa naturaleza que sean lo menos restrictivos posible, y la prevención de las discapacidades mentales¹⁸.
5. Todo tratamiento de salud dirigido a personas con discapacidad mental debe tener como finalidad principal el bienestar del paciente y el respeto a su dignidad como ser humano, esto se traduce en el deber de adoptar como principios orientadores del tratamiento psiquiátrico, el respeto a la intimidad y a la autonomía de las personas. El Tribunal reconoce que este último principio no es absoluto, ya que la necesidad misma del paciente puede requerir algunas veces la adopción de medidas sin contar con su consentimiento. No obstante, la discapacidad mental no debe ser entendida como una incapacidad para determinarse, y debe aplicarse la presunción de que las personas que padecen de ese tipo de discapacidades son capaces de expresar su voluntad, la que debe ser respetada por el personal médico y las autoridades. Cuando sea comprobada la imposibilidad del enfermo para consentir, corresponderá a sus familiares, representantes legales o a la autoridad competente, emitir el consentimiento en relación con el tratamiento a ser empleado¹⁹.
6. La sujeción es una de las medidas más agresivas a que puede ser sometido un paciente en tratamiento psiquiátrico. Para que esté en conformidad con el respeto a la integridad psíquica, física y moral de la persona, según los parámetros exigidos por el artículo 5 de la Convención Americana, debe ser empleada como medida de último recurso y únicamente con la finalidad de proteger al paciente, o bien al personal médico y a terceros, cuando el comportamiento de la persona en cuestión sea tal que ésta represente una

16. *Ibidem*, párr. 109

17. *Ibidem*, párr. 126

18. *Ibidem*, párr. 128

19. *Ibidem*, párr. 129

amenaza a la seguridad de aquéllos. La sujeción no puede tener otro motivo sino éste, y sólo debe ser llevada a cabo por personal calificado y no por los pacientes. Además, y en consideración de que todo tratamiento debe ser elegido con base en el mejor interés del paciente y en respeto de su autonomía, el personal médico debe aplicar el método de sujeción que sea menos restrictivo, después de una evaluación de su necesidad, por el período que sea absolutamente necesario, y en condiciones que respeten la dignidad del paciente y que minimicen los riesgos al deterioro de su salud²⁰.

7. De la obligación general de garantía de los derechos a la vida y a la integridad física, nacen deberes especiales de protección y prevención, los cuales se traducen en deberes de cuidar y de regular cuando se trata de la prestación del servicio de salud a las personas de discapacidad por parte de los particulares²¹.
8. El Estado Tiene una posición de garante respecto de las personas que se encuentran bajo su custodia o cuidado durante la prestación del servicio médico. El Estado debe proveer condiciones para que dichas personas logren tener una vida digna, así como adoptar medidas disponibles y necesarias para impedir el deterioro de la condición del paciente y optimizar su salud²². Los cuidados de que son titulares todas las personas que se encuentran recibiendo atención médica, alcanzan su máxima exigencia cuando se refieren a pacientes con discapacidad mental, dada su particular vulnerabilidad cuando se encuentran en instituciones psiquiátricas²³.
9. El deber de los Estados de regular y fiscalizar las instituciones que prestan servicio de salud, como medida necesaria para la debida protección de la vida e integridad de las personas bajo su jurisdicción, abarca tanto a las entidades públicas y privadas que prestan servicios públicos de salud, como aquellas instituciones que se dedican exclusivamente a servicios privados de salud²⁴.

20. *Ibidem*, párr. 133-135

21. *Ibidem*, párr. 136

22. *Ibidem*, párr. 147 y 138

23. *Ibidem*, párr. 140

24. *Ibidem*, párr. 141

C. Las reglas sobre el acceso a la justicia

1. En casos de personas vulnerables, como lo es una persona con discapacidad, es imperante tomar las medidas pertinentes, como por ejemplo la priorización en la atención y resolución del procedimiento por parte de las autoridades a su cargo, con el fin de evitar retrasos en la tramitación de los procesos judiciales o administrativos, de manera que se garantice la pronta resolución y ejecución de los mismos²⁵.
2. Los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad discapacitado y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso²⁶.
3. En aras de facilitar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, es relevante la participación de otras instancias y organismos estatales que puedan coadyuvar en los procesos judiciales con el fin de garantizar la protección y defensa de los derechos de dichas personas²⁷. Esta obligación resulta particularmente relevante en el caso de los menores con discapacidad.
4. Los menores de edad y las personas con discapacidad deben disfrutar de un verdadero acceso a la justicia y ser beneficiarios de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas. Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses²⁸.

25. Corte IDH, Caso Furlán y familiares vs. Argentina, Op. Cit, párr. 196

26. *Ibidem*, párr. 229

27. *Ibidem*, párr. 241

28. *Ibidem*, párr. 268

Además de estas reglas propias sobre la cuestión de la discapacidad, no podemos olvidar que la CorteIDH ha desarrollado una rica jurisprudencia en materia de igualdad y no discriminación²⁹ que, como veremos abajo, ha resultado ser muy útil a la hora de resolver los casos nacionales.

II. La relación de la CorteIDH con los jueces nacionales

Pese a los avances que los jueces nacionales habían logrado en la materia, al momento de decidir su primer caso sobre discapacidad la CorteIDH no citó la jurisprudencia nacional. Si bien no toda la jurisprudencia de la región había adoptado un modelo social, ni toda ella había avanzado al mismo ritmo respecto de la protección a las personas con discapacidad, la CorteIDH pudo haber usado como referente el trabajo de varios jueces constitucionales.

Jurisprudencia nacional que la CorteIDH ignoró

Así por ejemplo, Antes de 2006, la Corte Constitucional colombiana, había reiterado en varias ocasiones la regla según la cual las personas con discapacidad deben ser objetos de medidas de protección especial, entre ellas las medidas positivas.

Así ocurrió por ejemplo en el análisis de constitucionalidad de las reglas del código civil que limitaban la capacidad comunicativa de los sordomudos a la vía escrita³⁰. En esa oportunidad la Corte dijo: *“El Estado tiene el deber de promover las condiciones para lograr que la igualdad sea real y efectiva y para ello debe adoptar medidas que favorezcan a grupos discriminados o marginados, y brindar una protección especial para aquellas personas que por su condición física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”*. En igual sentido se pronunció el juez

²⁹ Corte IDH, Caso *Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*, Sentencia del 29 de abril de 2004, Serie C No 105; Corte IDH, Caso *Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*, Reparaciones; Corte IDH, Caso del *Penal Miguel Castro Castro v. Perú*, Sentencia del 25 de noviembre de 2006, Serie C No 160; Corte IDH, Caso de la *Comunidad Moiwana v. Suriname*, Sentencia del 15 de junio de 2005, Serie C No 124; Corte IDH, Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay*, Sentencia del 29 de marzo de 2006, Serie C No 146; Corte IDH, Caso de las *Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana*, Sentencia del 8 de septiembre de 2005, Serie C No 130

³⁰ C-983/02. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Demanda de inconstitucionalidad de los artículos 62, 432 y 1504 (parciales) del Código Civil.

constitucional en la sentencia T-443/0431 a través de la cual se ordenó la protección del derecho a la educación de un niño autista tras afirmar que “[...] Los menores discapacitados tienen derecho preferencial a exigir el cumplimiento y la efectividad del derecho a la educación pues ‘aparte del tratamiento de favor que debe dispensarse al niño, en cualquier proceso social, en el presente la consideración de disminuido psíquico del menor supone un trato todavía más especial’ [...] Una forma de promover las condiciones para que sea efectivo el derecho a una igualdad de oportunidades en el acceso al sistema educativo de los menores discapacitados, es otorgarles un trato cualificado y privilegiado.

En la sentencia de tutela que presentó una persona con discapacidad contra la Alcaldía Mayor de Bogotá por no permitirle usar su vehículo para desplazarse durante los días que le correspondía la restricción vehicular conocida como pico y placa, la corte afirmó: “El principio de igualdad y el deber de especial protección, se contraen a ordenar que las autoridades públicas tengan en consideración las circunstancias concretas de cada persona de manera tal que, al momento de adoptar medidas que puedan ser más gravosas para un grupo específico en virtud de la incapacidad que sufren quienes lo integran, adopten, simultáneamente, los correctivos necesarios para colocarlos en situación de igualdad respecto del resto de los sujetos [...] La Corte sostiene además, que el bienestar general no es un argumento suficiente para desconocer el deber de especial protección de las personas discapacitadas cuando quiera que una política pública tiene como consecuencia una restricción más gravosa para los derechos fundamentales de este grupo poblacional. En estos casos la administración no tiene alternativa distinta de adoptar los correctivos necesarios para evitar que a la marginación social, económica y cultural contra la que deben luchar diariamente las personas discapacitadas, se sume una carga mayor a la que deben soportar el resto de los habitantes de la ciudad, que restringe severamente su autonomía al impedirles por completo el derecho a la circulación en el horario restringido”³².

También en cuanto al deber de adoptar legislación especial para proteger a las personas con discapacidad, otro de los muchos casos en la jurisprudencia colombiana en la que se toman medidas de carácter legislativo-laboral para disminuir la discriminación de las personas con discapacidad, es el de la sentencia C-531/0033 en la que se declara la exequibilidad de una norma que pretende la protección de

31. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Acción de tutela instaurada por la Sra. Martha Janet Pérez en representación de su hijo, en contra de la Secretaría de Educación- Alcaldía Mayor de Bogotá.

32. Sentencia T-823/99, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

33. M.P. Álvaro Tarfur Gálvis. Demanda de inconstitucionalidad del artículo 26 de la Ley 361/97.

los trabajadores discapacitados al imponer la prohibición de despedirlos sin previa autorización del juez del trabajo y en caso de hacerlo la obligación de pagar una indemnización.

Es esta misma jurisprudencia colombiana, la que en la década del 2000 ya había puesto en marcha la transición hacia el modelo social de la comprensión y el trato de la discapacidad. Así en la sentencia C-381/0534, en la que se declara la inconstitucionalidad del retiro forzoso del cargo por disminución de capacidades sicofísicas la corte afirma: *“no existe fundamento para discriminar a las personas discapacitadas en el campo laboral. Si una persona discapacitada puede laborar, se encuentra en igualdad de condiciones con el resto de la población para acceder a un trabajo, y de imposibilitársele el ejercicio de tal derecho, pese a que su discapacidad no le impida desarrollar el mismo trabajo que otro que no la posee, es discriminarla por razón de la discapacidad”*.

Otras de las reglas que había sido desarrollada por los jueces nacionales con anterioridad a los pronunciamientos de la CorteIDH es aquella relativa a la integración de las normas sobre especial protección de la niñez con aquellas destinadas a la protección de las personas con discapacidad con miras a lograr una protección efectiva.

Ya desde 1994, la corte constitucional colombiana, abordó el asunto. Así la sentencia T-298/9435 en la que se amparan los derechos a la educación y a la igualdad de un menor de edad que sufre síndrome de down que no es admitido en una institución especializada, alegando la disolución del colegio, el juez nacional afirma:

“Aparte del tratamiento de favor que debe dispensarse al niño, en cualquier proceso social, en el presente la consideración de disminuido psíquico del menor suponía un trato todavía más especial (CP arts. 13, 47 y 95-2). El niño que sufre retardo mental, a la situación de indefensión propia de su edad y condición agrega la derivada de su defecto psíquico y, por consiguiente, plantea a la sociedad la máxima exigencia de protección. La Constitución impone, consciente de esta circunstancia, deberes concretos a los padres, docentes, miembros de la comunidad y autoridades públicas, que se enderezan a la ayuda y protección especial al menor disminuido físico o mental, de modo que se asegure

34. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Demanda de inconstitucionalidad de los artículos 55 (parcial), 58 y 59 (parcial) de la Ley 1791/00.

35. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Acción de tutela instaurada por el Sr. Ramón Delgado Cifuentes y otro en contra de la directora del Instituto de Educación Especial FASES por la vulneración a los derechos a la igualdad y a la educación de su hijo.

su bienestar, rehabilitación y se estimule su incorporación a la vida social”.

Esta misma regla se repite en sentencias posteriores como la T-556/98³⁶, T-179/00³⁷ y T-443/04 entre otras.

En cuanto al vínculo entre la pobreza, la discapacidad y la inclusión social y, la consecuente necesidad de otorgar una protección especial a quienes por condiciones económicas no pueden hacerse cargo de los tratamientos médicos, la Corte Suprema de Justicia Argentina, en el caso Victoria Lidia Benítez y otro contra la Provincia de Buenos Aires y otros³⁸, resolvió que debería otorgarse como medida cautelar una serie de medicamentos necesarios para evitar el agravio de la enfermedad causante de la discapacidad de la menor, toda vez que esta no contaba con los recursos suficientes para pagar por ellos. En esta misma sentencia la Corte Suprema desarrolla la regla relativa a la necesidad de adecuar los tratamientos médicos de manera tal que se reduzca el impacto de la enfermedad y se mejore la calidad de vida del discapacitado.

Un último ejemplo de una regla desarrollada con anterioridad por la jurisprudencia nacional es aquella relativa a la obligación del Estado de ofrecer a la familia toda la ayuda necesaria para que esta cuide de las personas en situación de discapacidad. Así, en sentencia 1641-2005 del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia se falla a favor de los padres de una niña discapacitada que permanecía recluida en un hospital por la falta de pago del tratamiento. Esta situación impedía a los padres hacerse cargo de su menor, cuidar de ella y ofrecerle el afecto que requería.

El uso de la jurisprudencia interamericana por parte de los jueces nacionales

Pese a que la CortelDH no se ha servido de la jurisprudencia nacional para sustanciar sus casos en esta materia, los jueces nacionales sí han utilizado la jurisprudencia

36. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Acciones de tutela instauradas por el Sr. Luis Carlos Betancur Avendaño y otras en contra del Instituto de Seguros Sociales – Seccional Antioquia por la violación a los derechos a la salud, a la integridad personal, a la seguridad social, al desarrollo armónico físico y psíquico y a la igualdad de las menores.

37. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Acción de tutela instaurada por varios niños a través del Personero municipal en contra del Instituto de Seguros Sociales- EPS y el Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital por la vulneración de sus derechos a la salud.

38. Sentencia del 24 de Abril del 2003. Benitez, Victoria Lidia y otro c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ Acción de Amparo.

interamericana para adelantar su trabajo en materia de discapacidad. Este uso de la jurisprudencia regional por parte de los jueces nacionales responde a dos esquinas diferentes de la argumentación interamericana. Por una parte, los jueces nacionales han usado la jurisprudencia sobre igualdad y no discriminación para sustanciar sus casos sobre discapacidad. Por el otro, se han servido de las reglas propiamente dichas en materia de discapacidad para resolver sus asuntos.

El 16 de abril de 2014³⁹, el Tribunal Constitucional peruano decidió un amparo en el que unas personas invidentes pedían al juez que ordenase a un supermercado permitirle la entrada con sus perros guía. Para fallar el caso, el juez peruano se sirvió de la jurisprudencia interamericana sobre igualdad y no discriminación para fallar a favor de los demandantes.

El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, ha usado la jurisprudencia interamericana sobre igualdad y sobre debido proceso para afirmar el derecho a la protección reforzada de los trabajadores con capacidades diferentes cuando en un caso de destitución de un cargo público a través de un proceso administrativo⁴⁰.

El 27 de mayo de 2009⁴¹, el juez argentino usó la jurisprudencia interamericana sobre igualdad y no discriminación para proteger el derecho a la accesibilidad de las personas con discapacidad y, al mismo tiempo se sirvió del Caso Ximenes Lopes para afirmar que dada las condiciones de vulnerabilidad de las personas con discapacidad, el Estado tiene un deber de protección especial respecto de estas.

En cuanto a las citas de los casos sobre discapacidad tenemos la sentencia del Tribunal Constitucional de Perú de 11 de julio de 2008⁴² en la que el juez nacional citando la jurisprudencia interamericana dice que es imprescindible tener en cuenta

39. EXP. N.º 02437-2013-PA/TC. LIMA . JANE MARGARITA CÓSAR CAMACHO Y OTROS. Con fecha 7 de octubre de 2011, doña Margarita Cósar Camacho, don Marcos Antonio Segura Lozano y don Juan Pérez Salas interponen demanda de amparo contra Supermercados Peruanos S.A. Plaza Vea [en adelante, el Supermercado], solicitando que, en atención a su condición de invidentes, el demandado les permita ingresar en todas sus cadenas de tiendas a nivel nacional en compañía de un animal de asistencia - perro guía. Sostienen que la prohibición de ingreso a los supermercados en compañía de un animal de asistencia viola sus derechos al libre desarrollo y bienestar, a la libertad de tránsito, a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida, a la igualdad y no discriminación, a la accesibilidad y movilidad personal conforme a los artículos 9º y 20º de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa N.º 29127.

40. SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0846/2012 Sucre, 20 de agosto 2012, en igual sentido SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 1248/2012 Sucre, 17 de septiembre de 2012

41. Machinnandarena Hernández, Nicolás v. Telefónica de Argentina, Cámara Civil y Comercial, Mar del Plata, 27/05/2009

42. EXP. N.º 02480-2008-PA/TC, LIMA, RAMÓN MEDINA VILLAFUERTE. Con fecha 19 de enero de 2007, doña Matilde Villafuerte Vda. de Medina, en su condición de curadora, interpone demanda de amparo a favor de su hijo don Ramón Medina Villafuerte [quien sufre de esquizofrenia paranoide con disfunción familiar] contra el Seguro Social de Salud [EsSalud], solicitando que se deje sin efecto el Informe Médico Psiquiátrico de Alta, de fecha 25 de octubre de 2006, emitido por el médico-psiquiatra Jorge De la Vega Rázuri, que recomienda la alta del favorecido del Centro de Rehabilitación Integral para Pacientes Crónicos del Hospital 1-Huarica-Pasco; y que, en consecuencia, se ordene la atención médica del favorecido y su hospitalización permanente e indefinida, por considerar que el informe cuestionado vulnera su derecho a la salud.

los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental a la hora de analizar la prestación del servicio de salud mental. Al respecto y citando Ximenes Lopes, el juez peruano afirma que el Estado debe regular y fiscalizar a las entidades prestadoras del servicio de salud y que, además, tiene un deber especial de cuidado de los pacientes internados en dichas instituciones. En sentencia de 9 de noviembre de 2007⁴³ el juez peruano, luego de analizar el tratamiento del derecho a la salud por el DIDH y de exponer las obligaciones interamericanas sobre discapacidad, se sirve de la jurisprudencia de la CortelDH para establecer los mínimos requeridos en los tratamientos de salud mental.

La Corte Suprema Argentina se ha servido de las normas internacionales y de la jurisprudencia interamericana, especialmente del caso Ximenes Lopez, para enlistar los derechos de las personas con discapacidad mental y los mínimos de los tratamientos de salud mental⁴⁴. Así por ejemplo, en el “Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de C.F.P. en la causa P., C. F. s/ insania” del 10 de agosto de 2010, la Corte afirma “el derecho al control jurisdiccional periódico sobre los motivos de la internación, el derecho a un registro preciso del proceso terapéutico y acceso a éste, el derecho a la reinserción comunitaria como un eje de la instancia terapéutica, el derecho al egreso”⁴⁵.

En sentencia de 4 de septiembre de 2007⁴⁶, a través de la cual la Corte Suprema decidía sobre la pensión de discapacidad de una mujer extranjera, el juez nacional se sirvió de la jurisprudencia interamericana sobre el derecho a la vida, sobre el derecho a la igualdad y sobre discapacidad, para fallar el caso.

De los ejemplos citados hasta podríamos decir que, pese a nivel interamericano no es explícita la influencia de la tendencia nacional en esta materia, es evidente que el andamiaje regional refleja la evolución que han experimentado los ordenamientos nacionales en cuanto a la comprensión y el tratamiento de la discapacidad. Podría decirse que, en la actualidad, existe una tendencia hacia la armonización del marco de protección, el cual se construye a la luz del modelo social.

43. EXPEDIENTE N.º 3081-2007-PA/TC. LIMA. R.J.S.A. Vda. de R. Con fecha 21 de diciembre de 2005 la recurrente interpone demanda de amparo contra EsSalud, solicitando que se deje sin efecto la orden de alta de su hija G. R. S. (46 años), la misma que padece de esquizofrenia paranoide.

44. “Competencia N/ 1524.XLI. “Cano, Miguel Ángel s/ insania” del 27 de diciembre de 2005, “Tufano, R.A. s/ internación” (Fallos: 328:4832), “R., M. J. s/ insania” (Fallos: 331:211), “Competencia N° 107.XLIV. “P. O. M. T. s/ insania y curatela”, del 26 de agosto de 2008, Competencia N° 1195. XLII. R., M. J. s/ insânia; Competencia N° 602. XLII. Hermosa, Luis Alberto s/ insania – proceso especial.

45. “Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de C.F.P. en la causa P., C. F. s/ insania” sobre la competencia para decidir los términos del internamiento de persona con retraso mental moderado. En sentido similar ver RECURSO DE HECHO, S. de B., M. del C. c/ Ministerio de Justicia - Poder Judicial - Estado Nacional.

46. R. 350. XLI. RECURSO DE HECHO R. A., D. c/ Estado Nacional.

Por su parte, los ordenamientos nacionales han experimentado una serie de cambios que dan cuenta de la tendencia mancomunada que se lee en la jurisprudencia interamericana respecto del cambio del modelo a seguir, así como de los derechos y obligaciones en la materia. El régimen constitucional y legal Boliviano⁴⁷, la Ley Chilena sobre esta materia⁴⁸, o la normatividad mexicana⁴⁹, uruguaya⁵⁰ y venezolana⁵¹ son ejemplos de esto.

III. El diálogo y los retos de la jurisprudencia interamericana

Los casos interamericanos sobre discapacidad son una muy buena muestra de lo que hemos sostenido en otras oportunidades respecto del diálogo judicial. Esto es: aun cuando los jueces nacionales están dispuestos a servirse de la jurisprudencia interamericana y con ello, han impulsado verdaderos avances, el juez regional no muestra el mismo entusiasmo a la hora de echar mano del trabajo de sus homólogos nacionales a la hora de sustanciar sus casos o por lo menos su entusiasmo no es explícito.

En efecto, si bien no creemos que el juez regional haya ignorado el trabajo de sus homólogos, prueba de ello es que los casos interamericanos dan cuenta de la tendencia ya marcada por los jueces nacionales, sí que es verdad que dicha influencia no es explícita. En este sentido, valdría la pena que, como respecto de otros temas, cuando se aborde el asunto de la discapacidad, el juez regional haga mención expresa a los estándares comunes regionales que, desde lo nacional, alimentan los mínimos de protección interamericanos.

47. El caso boliviano es diferente en relación a los demás países latinoamericanos, debido a la expedición reciente de una nueva constitución. Por esta razón, la influencia de un modelo social de discapacidad o de las reglas en esta materia de la Corte IDH se ven reflejadas de dos maneras, en la Constitución del Estado Plurinacional del 2009 y la Ley General para Personas con Discapacidad (de 28 de febrero del 2012). La Constitución Boliviana presenta no solo un distintivo temporal particular sino que también tiene un elemento diferencial a las demás del continente. Esta particularidad es la de incluir disposiciones específicas para proteger a las personas con discapacidad. El texto contiene tres artículos para la protección de este grupo poblacional como se verá a continuación: el 70, 71 y 72.

48. La ley que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad está construida a partir de los principios de vida independiente, accesibilidad universal, diseño universal, intersectorialidad, participación y el diálogo social. Como se puede ver, los mismos principios que erigen la ley, coinciden con las características o fundamentos de un modelo social de discapacidad. Ley No. 20.422, 10 de febrero de 2010

49. Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad

50. Ley No. 18.651 Protección Integral de Personas con Discapacidad, 9 de Marzo de 2010

51. Ley para personas con discapacidad, 5 de Enero del 2007

El diálogo explícito, desde nuestro punto de vista, legitima el trabajo regional facilitando así tanto el cumplimiento de las órdenes interamericanas como la recepción general de la jurisprudencia interamericana a nivel nacional. Además, este ejercicio valioso empodera a los jueces nacionales y facilita la construcción y perfeccionamiento del mínimo común de protección, o *ius commune* interamericano. Todo esto tiene efectos significativos a la hora de asegurar el andamiaje de protección multinivel ofrecido a los individuos y, al final de cuentas, esto es lo que buscamos.

Voces guatemaltecas con acento interamericano. El diálogo en el caso contra Ríos Montt

Ximena Soley Echeverría ¹

Sumario: I. Introducción. II. Trasfondo histórico. III. El vaivén de las dinámicas institucionales. IV. La interamericanización del discurso jurídico en Guatemala. V. Conclusiones.

I. Introducción

El 10 de mayo de 2013, en una sala de juicios en Ciudad de Guatemala, treinta años después de ocurridos los hechos y trece después de haber puesto el engranaje de la justicia en marcha, se dictó la tan ansiada sentencia sobre la responsabilidad penal de José Efraín Ríos Montt por el crimen de genocidio y varios crímenes de lesa humanidad.² Este caso es excepcional por muchas razones, se trata de la primera ocasión en la cual un antiguo jefe de Estado es condenado por las autoridades judiciales de su propio país por el crimen de genocidio.³ Marca un hito importante en la lucha contra la impunidad que se ha librado y se sigue librando en Guatemala después de una cruenta guerra civil.

1. Investigadora en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, doctoranda de la Universidad Johann Wolfgang Goethe en Fráncfort del Meno y adscrita al Grupo de Excelencia de esta universidad "La Formación de Órdenes Normativos" (Exzellenzcluster: Die Herausbildung normativer Ordnungen).

2. Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, Sentencia C-01076-2011-00015 Of. 2º, 10 de mayo de 2013 [en adelante "Sentencia Penal contra Ríos Montt"].

3. A pesar de que se evidencia una tendencia en América Latina de enjuiciar a antiguos Jefes de Estado por violaciones de derechos humanos (Jorge Videla en Argentina) o corrupción (Alberto Fujimori en Perú), la gravedad de los crímenes atribuidos y la cantidad de víctimas hace que el caso contra Ríos Montt no tenga parangón, ver Roht-Arriaza, Naomi, "Prosecutions of Heads of State in Latin America", en Lutz, Ellen L. y Reiger, Catilin (coord.), *Prosecuting Heads of State*, Cambridge University Press (2009), págs. 46-76 y 295-299.

Además, es un ejemplo de la manera en la cual los actores internacionales pueden llegar a influir en las dinámicas institucionales a lo interno de un país utilizando, entre otras técnicas, las estrategias de litigio inter- y transnacional. Finalmente, deja en evidencia la huella tan profunda de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”) en el ordenamiento jurídico guatemalteco y al mismo tiempo desencadena una serie de retrocesos importantes que ponen a prueba esa relación. Ese 10 de mayo, la sentencia contra Ríos Montt fue proclamada por voces guatemaltecas, pero esas voces hablaban con un acento muy interamericano. Las reparaciones ordenadas, la particular sensibilidad hacia las víctimas que se muestra en el fallo y las manifestaciones sobre la importancia del fallo para toda la sociedad guatemalteca, muestran una similitud con la Corte IDH que no es producto de la casualidad. La desalentadora resolución de la Corte de Constitucionalidad retrotrayendo el proceso a una etapa procesal anterior y dejando sin efecto el fallo⁴ no diluye la fuerza discursiva tan poderosa de las interpretaciones y argumentos que la Corte IDH ha elaborado a lo largo de los años.⁵ Lo cierto es que en Guatemala, al igual que en muchos países de América Latina, la referencia a la jurisprudencia interamericana es indispensable para participar como interlocutor serio en el debate sobre el contenido y alcance de los derechos humanos. A pesar del enorme valor que se le da a la soberanía en la región,⁶ el diálogo entre los actores de los distintos sistemas, entendido el diálogo en sentido amplio, ha desafiado a esta tradición⁷ y persiste a pesar de los retrocesos que en ocasiones operan.⁸

Pero, ¿qué significa “diálogo” en este contexto? En los últimos años se ha utilizado el concepto de diálogo para explicar las crecientes interacciones entre distintos órdenes

4. Corte de Constitucionalidad, Expediente 1904-2013, 20 de mayo de 2013.

5. De hecho, la crítica de la sentencia de la CC a menudo se hace recurriendo a la jurisprudencia de la Corte IDH, por ejemplo: Agencia EFE, “No es factible una amnistía” a Ríos Montt, dice Jueza Barrios, 5 de marzo de 2014, Prensa Libre, disponible en http://www.prensalibre.com/noticias/justicia/yassmin_barrios-rios_montt-amnistia-no_es_factible_0_1096090486.html (consultado por última vez el 28 de julio 2014); Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH), Genocidio en Guatemala: Ríos Montt Culpable, págs. 27, 29 y 31 disponible en http://www.fidh.org/IMG/pdf/informe_guatemala613esp2013.pdf (consultado por última vez el 28 de julio de 2014).

6. Sobre la importancia de la no interferencia en los asuntos internos y la soberanía para la región, véase, Esquirol, Jorge L., “Latin America”, en Fassbender, Bardo y Peters, Anne [coord.], *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford University Press [2012], págs. 566-572 y 576. En específico, respecto de la actitud del Estado guatemalteco hacia el sistema interamericano y su actitud inicial obstruccionista Merksy, Marcie y Roht-Arriaza, Naomi, “Guatemala”, en *Due Process of Law Foundation, Victims Unsilenced: The Inter-American Human Rights System and Transitional Justice in Latin America*, Due Process of Law Foundation [2007], págs. 10 y 14.

7. La Revista Diálogo Jurisprudencial del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México es un buen ejemplo de este fenómeno, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cont.htm?r=dial-jur> (consultado por última vez el 28 de julio de 2014).

8. Guatemala precisamente está pasando por un período difícil en este sentido. Más en detalle en la Parte III.

normativos.⁹ La imprecisión de lo que implica la interacción, ha motivado a algunos autores a definir el concepto de diálogo y a señalar algunas de sus características. Así, por ejemplo, un Magistrado de la Corte Europea de Derechos Humanos explica que el diálogo *“no es meramente una conversación entre colegas, sino mucho más un intercambio de ideas, comunicación en sentido amplio”*.¹⁰ Esto coincide con el significado ordinario de la palabra. Según el diccionario de la Real Academia Española, la palabra diálogo significa “plática entre dos o más personas, que alternativamente manifiestan sus ideas o afectos”.¹¹ El diálogo puede ser horizontal o vertical. Es decir transcurrir entre entidades que se encuentran en algún tipo de relación jerárquica como entre entidades que no dependen en lo absoluto entre sí.¹² Normalmente el diálogo es precedido de un adjetivo calificativo – “judicial” – que tiene como efecto señalar el tipo de instituciones que lo llevan a cabo – las autoridades jurisdiccionales. Esta restricción me parece innecesaria. No comparto la idea de que el intercambio de opiniones o posturas respecto del derecho sean un asunto que le incumba exclusivamente al poder judicial. Desde el punto de vista estrictamente jurídico, también es relevante el diálogo de los otros poderes y dependencias estatales con los órganos del orden jurídico (distinto) con el cual se está interactuando.¹³ Al fin y al cabo, éstos también dan forma y contenido al ordenamiento jurídico nacional.¹⁴ Incluso hay buenos argumentos para sostener que la discusión más generalizada de la sociedad civil y en los medios de comunicación también son relevantes de alguna manera para el fenómeno del diálogo. Es más, la participación en el debate acerca del significado y alcance de disposiciones

9. Explicando también el fenómeno del diálogo en términos de interacción pero limitando ésta a los órganos jurisdiccionales, Ayala Corao, Carlos, *Del Diálogo Jurisprudencial al Control de Convencionalidad*, Editorial Jurídica Venezolana (2012), pág. 7 - “El diálogo jurisprudencial es un fenómeno contemporáneo, aún poco estudiado, que consiste en la interacción jurisprudencial entre tribunales de distintas jurisdicciones...”.

10. Villiger, Mark E., “The Dialogue of Judges”, en Hohmann-Dennhardt et al. (coord.), *Festschrift Renate Jaeger: Grundrechte und Solidarität: Durchsetzung und Verfahren*, pg. 196, en el original “...the notion of dialogue is conceived in broader terms, i.e. not merely as a conversation among colleagues, but as an exchange of ideas, a communication in the comprehensive sense”.

11. Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, versión digital, disponible en: www.rae.es.

12. Burgogue-Larsen, Laurence, *El diálogo judicial: Máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*, Editorial Porrúa (2013), pág. xix.

13. No hay que olvidar que para efectos de la responsabilidad internacional del Estado, éste es visto como un todo, en este sentido véase el voto razonado concurrente de Sergio García Ramírez en el Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003 [Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas], párrafo 27.

14. No todos los avances en materia de derechos humanos o toda apertura hacia los mismos es llevada a cabo por vía jurisprudencial, por ejemplo, véase a Góngora Mera, Manuel Eduardo, *Inter-American Judicial Constitutionalism: On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*, Inter-American Institute of Human Rights (2011), pág. 191, sobre la construcción del bloque de constitucionalidad en Argentina o a, Ferrer MacGregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *Control difuso de convencionalidad: Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política (2012), págs. 107-113.

jurídicas es una característica de los regímenes democráticos y esta participación no tiene porqué limitarse a los espacios y canales oficiales sino que se nutre de la opinión popular y los medios de comunicación colectiva.¹⁵ Al mismo tiempo, es importante acotar que el diálogo no implica acuerdo “*induce tanto a la oposición, la contradicción o incluso la discordia, como el acuerdo y la concordia*”.¹⁶

Utilizaré el caso contra Ríos Montt como ejemplo para subrayar la ubicuidad del diálogo entre los actores nacionales, internacionales e interamericanos. Para estos efectos este artículo se dividirá en tres partes. En la primera haré un breve recuento sobre el legado de la guerra civil guatemalteca y el rol de Ríos Montt en el conflicto para colocar el diálogo en contexto; la segunda explica los esfuerzos de los distintos actores para transformar de manera incremental¹⁷ las estructuras de poder que favorecen la impunidad por los crímenes de la guerra civil, y la tercera parte resalta ciertas instancias de diálogo para así evidenciar la transnacionalización y sobre todo la interamericanización del discurso jurídico en Guatemala.

II. Trasfondo histórico

El diálogo al que aquí me refiero se produce en mayor parte a raíz de los esfuerzos guatemaltecos por lidiar con las secuelas de una guerra civil que azotó a este país por más de tres décadas y en cuyo curso se violaron de manera masiva y sistemática las consideraciones más elementales de humanidad. Los intentos por seguir una estrategia de justicia transicional acorde con los parámetros internacionales e interamericanos, ha suscitado una serie de interacciones en las cuales se refleja la creciente importancia de los actores basados allende de las fronteras nacionales – en especial de aquellos que conforman redes de litigio transnacional – y el reconocimiento que goza la jurisprudencia de la Corte IDH en este tema. Considerando que la persecución penal de las violaciones graves de derechos humanos es un mecanismo indispensable de

15. Seyla Benhabib, “Claiming Rights across Borders: International Human Rights and Democratic Sovereignty”, en *American Political Science Review*, Vol. 103, Núm. 4 [2009], págs. 691-704, un punto central del argumento de Benhabib en este artículo es que el contenido y alcance de los derechos no los controla el legislador, sino más bien, al menos en los regímenes democráticos, los grupos de la sociedad civil cuando reclaman derechos.

16. Burgogue-Larsen, *El diálogo judicial*, op. cit. 11, pág. 113; sosteniendo la misma postura, von Bogdandy, Armin, “*Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum: Una aclaración conceptual*”, en von Bogdandy, Armin et al. (coord.), *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*, Editorial Porrúa (2013), pág. 14.

17. Sobre la transformación incremental en América Latina, véase von Bogdandy, Armin, *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Observaciones sobre un enfoque constitucional transformador* [inédito, en el archivo de la autora].

la transición según la Corte IDH,¹⁸ así como una preocupación de un sinnúmero de organizaciones no-gubernamentales,¹⁹ el diálogo entre tribunales y los actores de los distintos actores es particularmente intenso respecto de este tema y alrededor del proceso penal contra Ríos Montt. Además, este caso en específico induce al diálogo por varias razones. En primer lugar Ríos Montt es la persona que lideró a este país centroamericano durante el período más violento de su guerra civil, el período en el cual se produjo el mayor número de muertes y donde se cometieron la mayor cantidad de crímenes atroces. En segundo lugar, este proceso pone en la palestra el tema más álgido de toda la transición: el genocidio del pueblo Maya-Ixil.²⁰ Finalmente, la influencia que el antiguo General siguió teniendo luego de la transición a la democracia,²¹ y que sigue teniendo hasta hoy día, es decir, la sensibilidad política del mismo, pone a prueba la voluntad de enfrentar el pasado y la lleva a su límite.

1. Los crímenes (violaciones graves de derechos humanos) de la guerra civil

La guerra civil guatemalteca tuvo una duración de 36 años, dando inicio en 1960 y terminando en 1996 con los Acuerdos de Paz de Esquipulas. Se trató, al igual que en muchos otros países de la región, de un conflicto con cariz ideológico, de uno de los muchos escenarios en donde la Guerra Fría encontró expresión. Al igual que en las dictaduras del Cono Sur,²² la tortura, las ejecuciones extrajudiciales y las desapariciones forzadas fueron usadas como mecanismos estatales para combatir al enemigo interno. No obstante, a diferencia de los otros países latinoamericanos, el conflicto tuvo una

18. Cassel, Douglass, "The Inter-American Court of Human Rights", en *Due Process of Law Foundation, Victims Unsilenced: The Inter-American Human Rights System and Transitional Justice in Latin America*, Due Process of Law Foundation (2007), págs. 151-158.

19. Entre otras, Center for Justice and International Law (CEJIL), International Center for Transitional Justice (ICTJ), Open Society Justice Initiative.

20. La calificación de lo sucedido como genocidio es un tema que divide a la sociedad guatemalteca de manera profunda, Comité Coordinador de Asociaciones Agrícolas, Comerciales, Industriales y Financieras, Noticias CACIF, "¡Ahora dicen que los guatemaltecos somos genocidas!", disponible en: http://www.cacif.org.gt/index.php?option=com_content&id=1059&Itemid=468 (consultado por última vez el 28 de julio de 2014). En este comunicado del CACIF se explica lo sucedido de esta manera "Fue una lucha en la que una guerrilla ilegal atentó contra la vida, la familia y la propiedad del pueblo de Guatemala, y en la que intervinieron actores internacionales. En 36 años murieron miles de campesinos, trabajadores, empresarios, estudiantes, ladinos, indígenas, militares, guerrilleros...Sin importar su origen, condición, raza o religión. Por lo tanto, ¡aquí nunca se quiso eliminar a un grupo particular!" (la negrita es del original).

21. Fundó el partido político conocido como Frente Republicano Guatemalteco (FRG) que logró elegir a Alfonso Portillo como Presidente de la República en 1999, fue diputado de ese partido de 1995 a 2012 y se postuló como candidato presidencial por el mismo en 2003 (quedando en tercer lugar con 19% de los votos).

22. Argentina, Chile, Uruguay y Paraguay.

dimensión étnica importante. Esto se debe a que el Estado de Guatemala identificó al grupo Maya-Ixil como enemigo interno, considerándolo la base de apoyo de los grupos guerrilleros.²³

La información tan detallada que se tiene de las violaciones graves de derechos humanos cometidas durante la guerra civil se debe en mayor parte al trabajo de dos comisiones de la verdad, las cuales, siguiendo los ejemplos regionales de Argentina, Chile y El Salvador, tuvieron como fin establecer la verdad histórica de lo acontecido.²⁴ Las dos comisiones, una que trabajó bajo los auspicios de la Iglesia Católica y la otra liderada por las Naciones Unidas, emprendieron una labor titánica y luego de muchos meses de trabajo de campo,²⁵ produjeron dos reportes de espeluznante detalle (las versiones completas son de 4 y 12 tomos respectivamente). Cabe acotar que tanto el informe del Proyecto Interdiocesano “Recuperación de la Memoria Histórica” – REHMI – que lleva como título “Guatemala: Nunca Más” y el informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico – CEH – “Guatemala: Memoria del Silencio”²⁶ han tenido un impacto significativo en las decisiones judiciales sobre la responsabilidad penal de los acusados por crímenes cometidos durante la guerra civil, naturalmente también en el caso contra Ríos Montt²⁷ y en los casos ante la justicia interamericana sobre la responsabilidad del Estado guatemalteco por violaciones de derechos humanos.²⁸ Han servido especialmente para determinar el contexto en el cual las violaciones o crímenes se llevaron a cabo y gozan de una alta credibilidad.

Los informes CEH y REMHI llegan a conclusiones similares respecto de las cifras de asesinados y desaparecidos. Mientras que el informe REMHI estima la cifra de

23. Comisión para el Esclarecimiento Histórico (en adelante “Informe CEH”), Guatemala: Memoria del Silencio, rendido el 25 de febrero de 1999, Tomo. 5, Conclusiones y Recomendaciones, Oficina de Servicios para Proyectos de las Naciones Unidas (1999), pág. 29.

24. Burgorgue-Larsen, Laurence, “The right to the truth”, en Burgorgue-Larsen, Laurence y Úbeda de Torres, Amaya (coord.), *The Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary*, Oxford University Press (2011), nota marginal 27.24.

25. Para entender mejor la metodología véase, Informe CEH, Tomo 1, Mandato y procedimiento de trabajo; Jean-Michael Simon, “La Comisión para el Esclarecimiento Histórico, Verdad y Justicia en Guatemala”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XXXVI, núm. 106, enero - abril, 2003, pp. 148-203.

26. Informe del Proyecto Interdiocesano de Recuperación de la Memoria Histórica (en adelante “Informe REHMI”), Guatemala: Nunca Más, Tomos 1-4, Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala, rendido el 24 de abril de 1998, disponible en: <http://www.odhag.org.gt/html/Default.htm> [consultado por última vez el 28 de julio de 2014]; Informe CEH, Tomos 1-12.

27. “Tomando como base ese contexto del pasado reciente de la historia de Guatemala, recogida tanto por la Comisión de Esclarecimiento Histórico, como el Informe de Recuperación de la Memoria Histórica, los Juzgadores hacemos el análisis siguiente”, Sentencia Penal contra Ríos Montt, op. cit. 1, folios 682-683, el valor probatorio de los informes se ensalza en los folios 662-665.

28. Corte IDH, Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, Sentencia de 24 de noviembre de 2009 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafos 58, 70, 71, 171, 172 y *passim*.

los ejecutados en 200.000 y la de los desaparecidos en 50.000,²⁹ la CEH estima que hubo alrededor de 160.000 ejecutados y 40.000 desaparecidas.³⁰ De las muertos o desaparecidos durante el conflicto, más del 80% de éstos eran indígenas.³¹ En la región Maya-Ixil, entre 70 y 90 por ciento de las comunidades fueron erradicadas.³² Ambas comisiones determinaron que el aparato de seguridad estatal y los miembros de los grupos paramilitares, cuyos actos fueron apoyados por el Estado, fueron responsables del 93% de todas las violaciones.³³ Las ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, violencia sexual, denegación de justicia y otras violaciones fueron realizadas con carácter sistemático.³⁴ Además, se documentaron más de 600 masacres y 400 aldeas fueron completamente destruidas.³⁵

Tal y como se había acordado a la hora de establecer la CEH, no hubo individualización de los responsables por los hechos documentados.³⁶ Sin embargo, el establecimiento de la responsabilidad penal individual de José Efraín Ríos Montt por genocidio y crímenes de lesa humanidad no fue difícil para el Tribunal de Mayor Riesgo en Guatemala.³⁷ Si bien el conflicto armado guatemalteco tuvo una duración de 36 años, casi la mitad de las violaciones ocurrieron en 1982, precisamente cuando Ríos Montt ejercía el liderazgo político y militar del país. Durante el juicio se probó³⁸ que durante su gobierno se identificó a la totalidad de los Maya-Ixiles como enemigos internos, lo cual para el ejército justificaba la estrategia militar conocida como de “tierra arrasada”. La lucha contrainsurgente no diferenciaba entre población civil y combatientes pero aun aceptando la absurda premisa de que todos los hombres, mujeres, ancianos y niños fueran combatientes, seguía siendo violatoria de las consideraciones más elementales

29. Informe REMHI, Tomo IV, Las víctimas del conflicto.

30. Informe CEH, Tomo 5, Conclusiones y Recomendaciones, pág. 21.

31. *ibid.*

32. *ibid.*, pág. 50.

33. *ibid.*, págs. 24 y 25.

34. *ibid.*, pág. 44.

35. Informe REHMI, Tomo IV, Las víctimas del conflicto e Informe CEH, Tomo 5, Conclusiones y Recomendaciones, págs. 42-44.

36. El Informe REMHI tampoco lo hizo.

37. También conocidos como tribunales de alto impacto, o tribunales de alto riesgo. Estos se encargan de casos que impliquen “mayor riesgo para la seguridad personal de los jueces, magistrados, fiscales y auxiliares de la justicia, así como de los imputados, testigos y demás sujetos procesales...”, Congreso de la República Guatemala, Decreto 21-2009, Ley de Competencia Penal en Procesos de Mayor Riesgo, 4 de agosto de 2009, artículo 1.

38. Los siguientes dos párrafos resumen los hechos probados en la Sentencia Penal contra Ríos Montt, *op. cit.* 1, los cuales se encuentran en la sección III de la misma “Determinación Precisa y Circunstanciada de los Hechos que el Tribunal Estima Acreditados”, folios 103-144.

de la humanidad. Como era de esperarse, la zona de dónde provenía el grupo étnico Ixil, de ascendencia Maya, fue particularmente afectada en esta época. Los planes de campaña Victoria Ochenta y Dos, Firmeza Ochenta y Tres y Operación Sofía así como el Manual de Contrainsurgencia detallaban la estrategia a seguir en la lucha contra la insurgencia y expresamente señalaban al grupo Maya-Ixil y sus aldeas. Las técnicas sistemáticas a las cuales recurrieron las fuerzas armadas incluían:

- a. las ejecuciones individuales o colectivas
- b. las masacres selectivas e indiscriminadas
- c. la destrucción y quema de aldeas completas
- d. los bombardeos
- e. las desapariciones forzadas
- f. las violaciones sexuales individuales o colectivas
- g. los interrogatorios bajo tortura
- h. el saqueo de bienes, quema de casas y cosechas, matanza y robo de animales
- i. el sometimiento a servidumbre
- j. el secuestro y dación en adopción de niños
- k. el cercamiento de comunidades para impedir el acceso a alimentos y medicamentos

A raíz de estos hechos, 29.000 Mayas-Ixiles fueron desplazados.³⁹ Los que escaparon de las masacres y se refugiaron en campamentos sufrieron otras vejaciones. Muchas de las mujeres y niñas fueron violadas en repetidas ocasiones por soldados.⁴⁰ Esto tenía el doble propósito de asegurar “botín de guerra” a los soldados y además de lograr la ruptura del tejido social.⁴¹ El tejido social fue afectado ya que en la cultura Maya-Ixil la mujer no sólo es la encargada de la reproducción física del ser humano, sino también de la reproducción de la cultura.⁴² El estigma que muchas de las sobrevivientes cargan por haber sido “mujeres de soldado” hizo que muchas de ellas fueran rechazadas por el grupo y motivó a otras a no hablar sobre lo sucedido.⁴³ Los hombres, por su parte, eran obligados a formar parte de las Patrullas de Autodefensa Civil, en efecto, a matar

39. Sentencia Penal contra Ríos Montt, op. cit. 1, folio 137.

40. *ibid.*, folio 130-133.

41. *ibid.*, folios 131 y 142.

42. *ibid.*, folio 142.

43. *ibid.*

y participar en la subyugación de otros Mayas-Ixiles.⁴⁴ Las formas tradicionales de gobierno también fueron desmanteladas,⁴⁵ se llevó a cabo una re-educación de los refugiados,⁴⁶ y se abandonó en gran parte el traje tradicional así como las ceremonias religiosas.⁴⁷

2. El rol de Ríos Montt

La responsabilidad de Ríos Montt por estos hechos se debe al liderazgo político y militar que ejercía en ese momento, el cual le permitía dirigir las acciones cometidas. Además, se deriva de su participación en la elaboración de los planes de campaña y el Manual de Contrainsurgencia, así como los reportes periódicos que recibía acerca de las operaciones, los cuales le daban completo conocimiento sobre los hechos.⁴⁸ Debido al conocimiento y control que tuvo sobre los crímenes, en su condición de Presidente de facto y jefe de las fuerzas armadas, se le atribuye la responsabilidad en calidad de autor por el crimen de genocidio⁴⁹ y los crímenes contra los deberes de humanidad⁵⁰ resultando en la muerte de 1.771 personas pertenecientes a la etnia Maya-Ixil, el desplazamiento de 29.000 personas y su sujeción a condiciones inhumanas, tortura, tratamiento cruel, humano o degradante, la violación y abusos sexuales de mujeres. La pena impuesta fue de 50 años de prisión por el crimen de genocidio y de 30 años por los crímenes de lesa humanidad.⁵¹

La evidencia ofrecida para corroborar la autoría penal es contundente. Se escuchó el testimonio de 97 víctimas-testigos, la gran mayoría de ellos Ixiles. Para muchos,

44. *ibid.*, folio 139.

45. *ibid.*, folio 140.

46. *ibid.*

47. *ibid.*

48. Sentencia Penal contra Ríos Montt, op. cit. 1, folios 682-703, El análisis de la responsabilidad penal se hace en la Sección V "De la responsabilidad penal de los acusados y la clasificación legal de los delitos". Para un comentario sobre la aplicación de los tipos penales que hace el tribunal, véase Kemp, Susan, "Guatemala Prosecutes former President Ríos Montt", en *Journal of Criminal Justice* 12 [2014], 133-156.

49. Artículo 376 del Código Penal guatemalteco.

50. Artículo 378 del Código Penal guatemalteco. Así es como se le denominan a los crímenes lesa humanidad en la legislación penal guatemalteca.

51. Sentencia Penal contra Ríos Montt, op. cit. 1, folio 705. Además, Ríos Montt tuvo un co-imputado, el antiguo Director de Inteligencia Mauricio Rodríguez Sánchez, este fue absuelto dado que únicamente tenía conocimiento sobre los hechos pero no control sobre los mismos, véase, folio 703.

esta fue la primera oportunidad de contar su historia. Adicionalmente, más de una docena de peritos rindieron informes y dieron testimonio en juicio sobre el contenido de los mismos.⁵² El elenco de expertos fue amplio. Se contó con antropólogos forenses, psicólogos, historiadores, especialistas en balística, especialistas militares y especialistas en derecho humanitario, derecho penal internacional, entre otros. Sus testimonios fueron claves para probar el conocimiento y control que el acusado tenía sobre los hechos delictivos, así como para probar el daño tan serio que se ocasionó a las víctimas. Los peritajes, por su parte, fueron útiles para procurar una aplicación adecuada de los tipos penales.⁵³ En una sentencia de 718 páginas, el Tribunal de Alto Riesgo mostró una fundamentación y argumentación jurídica acorde con la magnitud de la acusación.

III. El vaivén de las dinámicas institucionales

La intensidad del debate en torno a la transición y a la persecución penal de los responsables por las atrocidades cometidas en la guerra civil es particularmente pronunciada en Guatemala. El debate transcurre de la mano con una acrecentada interacción entre distintos actores que pugnan; ya sea por la transformación, ya sea por el mantenimiento del status quo. En este sentido, el proceso contra Ríos Montt refleja ambas tendencias. Tanto la activación del proceso contra Ríos Montt como las secuelas que ha desatado, son muestra clara del continuo reacomodo de fuerzas en suelo guatemalteco respecto del legado de la guerra civil,⁵⁴ el cual no depende de cuestiones meramente internas y en ocasiones ha sido impulsado por actores internacionales.

Es más, la huella de actores no guatemaltecos la podemos trazar al proceso de paz mismo. A fin de cuentas, fue bajo la moderación de las Naciones Unidas que luego

52. Sentencia Penal contra Ríos Montt, op. cit. 1, la prueba se recoge en la Sección IV "Razonamiento que inducen al Tribunal a condenar o a absolver", folios 145-682, de éstos folios, más o menos las primeras 200 páginas constituyen la prueba pericial, seguidas por alrededor de 300 folios de prueba testimonial y una docena de prueba documental.

53. La aplicación del tipo penal de genocidio es particularmente difícil debido a la "intención especial de destruir", en este sentido, véase Ambos, Kai, "¿Qué significa la «intención de destruir» en el delito de genocidio?", en *Revista Penal* 26(2010), págs. 46-64; y Kemp, op. cit. 47.

54. Roht-Arriaza, Naomi, *Making the State do Justice: Transnational Prosecutions and International Support for Criminal Investigations in Post-Armed Conflict Guatemala*, en *Chicago Journal of International Law* 9(2008), págs. 79-106. En particular en la página 101 dice "En cualquier caso, junto con la presión internacional, el caso español ya cambió el panorama nacional, haciendo de la cuestión de nuevo un tema de primer orden para la consciencia nacional" traducción propia, en el original "In any case, along with international pressure, the Spanish case has already changed the national equation, bringing the issue again to the forefront of national consciousness."

de dos años de negociaciones se firma el Acuerdo de Paz Firme y Duradero. La ONU siguió involucrada después de la firma de los acuerdos de paz de varias maneras: con la Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Guatemala (MINUGUA), la cual hasta el 2004, cuando cesó funciones, veló por la implementación de los acuerdos de paz, prestó asistencia técnica en materia de derechos humanos a las instituciones del Estado y monitoreó la situación respecto de los mismos; con la Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH);⁵⁵ y con la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG), la cual fue establecida primordialmente para luchar contra el crimen organizado pero cuyo trabajo ha repercutido en la búsqueda de justicia por los crímenes cometidos durante la guerra.⁵⁶

1. Inclinando la balanza hacia la justicia

Lo cierto es que en Guatemala, las estructuras de poder quedaron mayormente intactas después de la firma de la paz.⁵⁷ Esto permite explicar los obstáculos a la persecución penal, tanto legales como fácticos, que las víctimas han enfrentado.⁵⁸ Para sobreponerse a los mismos, los actores nacionales que abogan por la investigación, persecución y castigo de los responsables por las violaciones de derechos humanos, frecuentemente han colaborado con actores más allá de las fronteras guatemaltecas para impulsar o reavivar procesos que, por designio o desidia, se encuentran estancados. El

55. El 23 de junio de 1994 se firmó el Acuerdo sobre el establecimiento de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico, la cual se instaló en 1996 y entregó su informe final titulado "Guatemala: Memoria del Silencio" el 25 de febrero de 1999.

56. Entre otras razones, por la lucha de su director para que se nombrara a un Fiscal General independiente, véase el Reporte de la Federación Internacional de Derechos Humanos, op. cit. 4., pág 4. Además ayudó a crear los tribunales de mayor riesgo ante los cuales se ventiló el caso, proveyendo jueces con una formación especializada a quienes se les provee con mayor seguridad a su persona, véase el reporte de International Crisis Group, Latin America Report No. 50, Justice on trial in Guatemala: The Ríos Montt Case, 23 de setiembre de 2013, pág. I, disponible en: <http://www.crisisgroup.org/-/media/Files/latin-america/Guatemala/050-justice-on-trial-in-guatemala-the-rios-montt-case.pdf> [consultado por última vez el 28 de julio de 2014].

57. ONU, Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Guatemala (MINUGUA), Decimocuarto informe sobre derechos humanos de la Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Guatemala, noviembre de 2003, A/58/566. Sobre la permanencia de las estructuras de poder a pesar de las transiciones democráticas, véase Gargarella, Roberto, Latin American Constitutionalism, Oxford University Press (2014), pág. vii y passim (una de las tesis centrales del libro es que el "cuarto de máquinas" – es decir, las estructuras de poder – de la Constitución queda cerrado a las transformaciones constitucionales).

58. El obstáculo legal mayor es el uso abusivo del amparo, la Corte IDH se pronunció al respecto en el Caso de la Masacre de las Dos Erres, op. cit. 27, párr. 124. Existe una cultura de amenazas e intimidación hacia los defensores de derechos humanos, ONU, Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Sra. Hina Jilani, Representante Especial del Secretario General sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, Misión a Guatemala, 16 de febrero de 2009, A/HRC/10/12/Add.3, en especial los párrafos 42-52 y 104. De hecho, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos otorgó medidas de protección a los jueces del caso contra Ríos Montt, MC 125/13 - Iris Yassmín Barrios Aguilar y otros, Guatemala, 28 de junio de 2013.

enjuiciamiento de Ríos Montt es un ejemplo particular de esto, ya que fue producto de una estrategia de litigio transnacional reforzada por la jurisprudencia interamericana.

Siguiendo el ejemplo del proceso contra Pinochet,⁵⁹ a finales de 1999, la Premio Nobel de la Paz y ciudadana guatemalteca de origen Maya, Rigoberta Menchú Tum, presenta una denuncia ante la Audiencia Nacional en España contra Ríos Montt y siete personas más, que ocuparon puestos de alto rango durante la época de mayor violencia de la guerra civil por el crimen de genocidio y varios crímenes de lesa humanidad.⁶⁰ No sin una cierta medida de reticencia,⁶¹ la denuncia siguió su curso ante la justicia española y luego de que tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional de España se pronunciaran al respecto, se permitió que prosiguiera con base en la jurisdicción universal.⁶² La reacción de las autoridades guatemaltecas al proceso en España fue cambiante. Por ejemplo, en 2006, una comisión judicial española viajó a Guatemala para tomar la declaración de los acusados y de algunos testigos. Inicialmente contaban con permiso de las autoridades guatemaltecas para cumplir con esta diligencia judicial pero éste fue revocado repentinamente y la comisión judicial tuvo que regresar a España sin haber cumplido la diligencia.⁶³ De manera similar, las órdenes de arresto que se emitieron en España fueron acogidas por algunos tribunales penales en Guatemala en un primer momento (incluso se detuvo a dos personas) y se iniciaron trámites de extradición que luego fueron rechazados por la Corte Constitucional.⁶⁴

De manera paralela al proceso español, dos organizaciones no gubernamentales locales, (el Centro Para la Acción Legal en Derechos Humanos – CALDH – y la Asociación Para Justicia y Reconciliación– AJR –) presentaron una denuncia ante el Ministerio Público en Guatemala en 2001 contra Ríos Montt por las violaciones de derechos

59. Explicando como el caso guatemalteco en España se modeló en el caso Pinochet ya que se basa en la jurisdicción universal, Roht Arriaza, Naomi, *The Pinochet Effect: Transnational Justice in the Age of Human Rights*, University of Pennsylvania Press (2005), págs. 171-179.

60. Denuncia de Rigoberta Menchú Tum ante el Juzgado Central de Instrucción de Guardia de la Audiencia Nacional, 2 de diciembre de 1999, disponible en: http://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Spain/Guatemala_Complaint_02-12-99.pdf (consultado por última vez el 28 de julio de 2014).

61. Para un relato detallado sobre la historia del caso español consúltese el sitio web de la organización que lidera el equipo legal de litigio, el Center for Justice and Accountability (CJA), disponible en: <http://www.cja.org/article.php?list=-type&type=83> (consultado por última vez el 28 de julio de 2014), así como el artículo de Roht-Arriaza, Naomi, *Making the State do Justice*, op.cit. 52. En diciembre de 2000, la Audiencia Nacional resolvió que no se había constatado la inactividad de los tribunales guatemaltecos y por tanto rechazó la jurisdicción.

62. Sala Segunda del Tribunal Constitucional, Asunto STC 237/2005, Sentencia de 16 de setiembre de 2005, reproducida por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de las UNAM, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/juicio/cont/2/cnt/cnt7.pdf> (consultado por última vez el 28 de julio de 2014).

63. Roht-Arriaza, Naomi, *Making the State do Justice*, op.cit. 52, pág. 86; Relato de Center for Justice and Accountability (CJA), op. cit. 60.

64. Roht-Arriaza, Naomi, *Making the State do Justice*, op.cit. 52, págs. 79-80; Corte de Constitucionalidad, Expediente 3380-2007, Sentencia de 12 de diciembre de 2007.

humanos cometidas en 1982 y 1983.⁶⁵ La investigación fue abierta por el Ministerio Público pero hubo que esperar más de una década antes de que se llegara a emitir una acusación. Pero los años que siguieron a esta denuncia no fueron años perdidos. El caso español tuvo efectos considerables en el caso guatemalteco. Inicialmente no guardaban una relación estratégica entre sí y transcurrieron unos cinco años antes de que el vínculo se forjara.⁶⁶ Esto sucede en 2006 cuando la comisión judicial española se encuentra en suelo guatemalteco sin la posibilidad de tomar el testimonio que había cruzado el Atlántico para recoger. La Junta Directiva de la AJR se reunió en esa ocasión con la comitiva española para discutir el caso y a partir de ese momento los equipos legales de los procesos guatemalteco y español persiguieron una estrategia de litigio transnacional conjunta⁶⁷ que se destaca por su sofisticación.

Así, por ejemplo, al no poder recoger testimonio en Guatemala, se organiza el traslado de sesenta personas, en su mayoría sobrevivientes pero también expertos, a España para estos efectos.⁶⁸ En España se “arma” un caso muy completo que incluye: i) el testimonio de los afectados; ii) el testimonio del Presidente de la CEH, el jurista alemán Christian Tomuschat; iii) documentos militares estadounidenses desclasificados sobre la guerra civil guatemalteca, los cuales son explicados y puestos en contexto por Katherine Doyle del Archivo de Seguridad Nacional estadounidense;⁶⁹ iv) el testimonio del Presidente de la Fundación de Antropología Forense de Guatemala sobre las más de 400 exhumaciones de fosas que su equipo llevó a cabo a lo largo de su carrera profesional;⁷⁰ v) el testimonio de la cineasta Pamela Yates sobre el metraje que rodó en donde Ríos Montt admite tener control sobre las fuerzas armadas;⁷¹ y vi) el testimonio de dos expertas en violencia de género sobre los crímenes de género perpetrados en el conflicto.⁷² Este cuerpo considerable de evidencia fue clave para el Ministerio Público de Guatemala, el cual lo utilizó para litigar el caso en ese país.⁷³

65. Reporte de la Federación Internacional de Derechos Humanos, op. cit. 4., pág. 7.

66. Explicando en mayor detalle la relación entre el caso español y el guatemalteco, la abogada principal del caso español, Almudena Bernabeu “El día en que se va a juzgar a Efraín Ríos Montt”, en el blog *Al revés y al derecho*, disponible en: <http://alrevesyalderecho.infolibre.es/?p=348> [consultado por última vez el 28 de julio de 2014].

67. Relato de Center for Justice and Accountability sobre el caso español (CJA), op. cit. 60.

68. *íbid.*

69. Estos documentos son citados en la Sentencia Penal contra Ríos Montt, op. cit. 1, folios 667-669.

70. Su peritaje es citado en la Sentencia Penal contra Ríos Montt, op. cit. 1, folios 258-260.

71. El video es usado en la Sentencia Penal contra Ríos Montt, op. cit. 1, folios 670-671.

72. Relato de Center for Justice and Accountability (CJA) sobre el caso en Guatemala, disponible en: <http://cja.org/article.php?id=1297> [consultado por última vez el 28 de julio de 2014].

73. Relato de Center for Justice and Accountability sobre el caso español (CJA), op. cit. 60.

Los avances en el caso español y las fuertes críticas expresadas por el Juez español Santiago Pedraz⁷⁴ respecto de la decisión de la Corte Constitucional de Guatemala que rechazaba las solicitudes de órdenes de arresto y extradición, aumentaron la presión para que las autoridades guatemaltecas tomaran alguna medida al respecto. Así, en febrero de 2008, el Presidente Álvaro Colom anunció que haría públicos los archivos militares del período de la guerra civil.⁷⁵ Además, en abril de ese mismo año, el juez guatemalteco que había recibido las cartas rogatorias del juez español emitió una resolución que, sin abiertamente contradecir la decisión de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala denegando el permiso a la Comisión Rogatoria, permitió la declaración de los testigos en Guatemala.⁷⁶

La Comisión y la Corte Interamericanas también han sido actores que han inclinado la balanza a favor de las víctimas de la guerra civil. La relación del Estado de Guatemala con estos órganos no ha sido particularmente pacífica, pero sí particularmente influyente. Guatemala se convirtió en Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en 1978 y aceptó la competencia contenciosa de la Corte IDH en 1987. Desde un primer momento, la situación de los derechos humanos en ese país llamó la atención en el sistema interamericano. La Comisión elaboró informes sobre la situación de los derechos humanos del Estado⁷⁷ e hizo por lo menos una docena de visitas *in loco* desde 1982.⁷⁸ La reacción inicial consistía en ignorar o bien obstruir el trabajo de la Comisión así como en negar la responsabilidad estatal por violaciones de derechos humanos.⁷⁹ No es sino hasta los acuerdos de paz que el Estado de Guatemala empieza a tomar la justicia interamericana más en serio y a promover soluciones amistosas, aceptar la responsabilidad del Estado, y ofrecer reparaciones a las víctimas y las comunidades.⁸⁰ No obstante, no se puede hablar de un viraje radical

74. Al regresar a España, el Juez Pedraz emite un auto en el cual expresa que “la actividad de las autoridades guatemaltecas fue -y sigue siendo- nula” y que Guatemala incurre “en flagrante violación de sus obligaciones internacionales como Estado”, Audiencia Nacional, Diligencias Previas 331/1999, Auto de 16 de enero de 2008, disponible en: http://cja.org/downloads/Guatemala_Judge_Pedraz_Resolution_in_Response_to_Court_Decision_Spanish.pdf (consultado por última vez el 15 de junio de 2014).

75. Agencia EFE, Gobierno de Guatemala hará públicos archivos del ejército, 25 de febrero de 2008, disponible en: <http://www.esmas.com/noticierostelevisa/internacionales/707956.html> (consultado por última vez el 28 de julio de 2014).

76. Roht-Arriaza, Naomi, *Making the State do Justice*, op.cit. 52, págs. 100 y 101. Lo que hizo el Juez José Eduardo Cojúlún fue tomar las declaraciones él mismo para luego enviarlas a España. Esto ya que la Corte de Constitucionalidad había descartado la posibilidad de permitir a la Comisión Rogatoria hacerlo.

77. Los informes de 1982 y 1983 son citados en la Sentencia Penal contra Ríos Montt, op. cit. 1, folio 665

78. Merksy y Roht-Arriaza, op. cit. 5, pág. 8.

79. *ibid.*, pág. 10

80. *ibid.*, págs. 10-12

en la política sobre derechos humanos sino más bien del comienzo de una apertura mayor hacia el derecho internacional de los derechos humanos que se caracteriza por avances y retrocesos. Así, el incumplimiento de algunas soluciones amistosas respecto a la investigación, enjuiciamiento y castigo de los responsables por violaciones graves de derechos humanos⁸¹ hizo que muchos de estas situaciones tuvieran que ser ventiladas ante la Corte IDH. En cuestión de pocos años, la Corte tuvo la oportunidad de pronunciarse ampliamente sobre el trasfondo del conflicto, las violaciones graves que contaron con el patrocinio estatal, el estado de impunidad en que se encontraban las mismas y los obstáculos (legales y fácticos) que el Estado guatemalteco toleraba o hasta propiciaba.⁸²

La actitud de las autoridades guatemaltecas en el proceso en general eran de cooperación y se veía una anuencia a aceptar la responsabilidad internacional, lo cual en muchas ocasiones se opone a la realidad de la implementación de las reparaciones ordenadas.⁸³ Es necesario acotar que el Estado no es un ente monolítico y hay instituciones u órganos dentro del Estado guatemalteco que están más anuentes a seguir las recomendaciones y ordenes provenientes del sistema interamericano que otras.⁸⁴

A la luz de los mencionados desarrollos, la presión aumentó para nombrar a un Fiscal General independiente que abordara la cuestión de los crímenes de la guerra civil.⁸⁵ En 2010 se logró el cometido y Claudia Paz y Paz asume dicha función. Inmediatamente reactivó e impulsó la persecución penal de casos emblemáticos de alto perfil, incluyendo el caso contra Ríos Montt.⁸⁶ Respecto de éste último, la Fiscal invitó al equipo legal del

81. *ibid.*, pág. 22. Suelen cumplir con las reparaciones pero no con los otros compromisos. Por ejemplo, así llegó el Caso de la Masacre de las Dos Erres a la Corte IDH, *op. cit.* 27, párr. 1.

82. En especial, véase Corte IDH, Caso Mack Chang vs. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas); Corte IDH, Caso de la Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala, Sentencia de 29 de abril de 2004 (Fondo); y Caso de la Masacre de las Dos Erres, *op. cit.* 27; Corte IDH, Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, Sentencia de 4 de setiembre de 2012 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

83. Refiriéndose a la pugna entre el Ministerio de Relaciones Exteriores y la COPREDEH, Merksy y Roht-Arriaza, *op. cit.* 5, pág. 14

84. Vera Parra, Óscar, "El impacto de las decisiones interamericanas. Notas sobre la producción académica y una propuesta de investigación en torno al 'empoderamiento institucional'", en von Bodandy, Armin et al. (coord.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (2014), págs. 383-384, 390 et seq.

85. CICIG, Informe de la Comisión Internacional contra la Impunidad con ocasión a la elección de Fiscal General y Jefe del Ministerio Público, 19 de noviembre de 2010, pág. 2, disponible en: http://www.cicig.org/index.php?page=informes_tematicos, (consultado por última vez el 28 de julio de 2014).

86. Ministerio Público (Guatemala), Informe del tercer año de gestión – diciembre 2012 a diciembre 2013- de la Dra. Claudia Paz y Paz Bailey, Fiscal General y Jefe del Ministerio Público, folios 36-38, disponible en: <http://www.mp.gob.gt/2013/12/fiscal-general-presento-informe-de-tercer-ano-de-gestion/>, (consultado por última vez el 28 de julio de 2014).

caso español a jugar un rol más activo en el caso guatemalteco.⁸⁷ Como consecuencia, a partir de 2011, los esfuerzos del equipo litigando en España fueron dirigidos hacia el litigio en Guatemala.⁸⁸ Colaboraron en la formulación de argumentos y entregaron la prueba y peritajes que habían recabado. Así, la estrategia del Ministerio Público en gran parte refleja la estrategia perseguida en el caso español.⁸⁹ El ímpetu favorable a las persecuciones penales permiten que en enero de 2012, tan sólo una semana después de haber perdido su inmunidad parlamentaria en razón de la expiración de su mandato legislativo, Ríos Montt fuese acusado formalmente por los crímenes cometidos durante su mandato. Poco más de un año después de haber sido acusado formalmente, inicia el juicio el 19 de marzo de 2013. Después de haber escuchado a más de 100 personas, entre víctimas y peritos, el 10 de mayo de 2013 se rinde una sentencia condenatoria contra Ríos Montt y absolutoria para su co-imputado, el antiguo Director de Inteligencia Mauricio Rodríguez Sánchez. Ríos Montt es sentenciado a 50 años de prisión por el crimen de genocidio y a 30 años por los crímenes de lesa humanidad. Por un momento parecía que el reacomodo de fuerzas en Guatemala había sido drástico.

2. Inclinando la balanza hacia la impunidad

Pero la balanza se inclinó de nuevo en la dirección contraria. Apenas 10 días después de este histórico fallo, la Corte de Constitucionalidad hizo descender una nube de incertidumbre sobre el mismo, la cual, más de un año después, sigue sin disiparse. Lo cierto es que la estrategia de defensa de Ríos Montt no se libró en el juicio penal. En lugar de intentar mostrar que el acusado no tenía conocimiento ni control de los hechos de los cuales se le acusaba, la defensa planteó 20 amparos.⁹⁰ Es importante acotar que la naturaleza garantista del amparo se desvirtúa en Guatemala ya que se ha convertido “en un medio para dilatar y entorpecer el proceso judicial y en un factor para la impunidad”.⁹¹ Siete de los amparos se referían a la admisión de ciertos testigos, dos a la aplicación de amnistías previstas en un decreto de 1986⁹² y uno – el

87. Relato de Center for Justice and Accountability (CJA) sobre el caso en Guatemala, op. cit. 60.

88. *ibid.*

89. *ibid.*

90. International Crisis Group, op. cit. 55, págs. 8-9.

91. Caso de la Masacre de las Dos Erres, op. cit. 27, párr. 124.

92. El tema de las amnistías se había discutido en relación con la Ley de Reconciliación Nacional de 1996, cuyo artículo 8

más importante hasta ahora – a la violación del derecho de defensa de Ríos Montt.⁹³ Este último recurso fue acogido por la Corte de Constitucionalidad en una decisión en donde tres magistrados votaron a favor y dos en contra.⁹⁴ En una decisión 3-2, la Corte de Constitucionalidad anuló todo lo actuado desde ese día.⁹⁵

Las repercusiones para la Fiscal General, Claudia Paz y Paz, han sido graves. La Corte de Constitucionalidad recientemente interpretó que su plazo debe acabar 9 meses antes de lo previsto, por lo cual tuvo que abandonar su cargo en el mes de mayo.⁹⁶ Por su parte, la Presidente del Tribunal que condenó a Ríos Montt, Yassmin Barrios, fue suspendida por el plazo de un año por el Tribunal de Honor del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala.⁹⁷

No hay que perder de vista que la reticencia de calificar lo sucedido en Guatemala como genocidio es patente en ciertos sectores poderosos de la sociedad guatemalteca. El mismo Presidente de Guatemala, mientras se estaba llevando a cabo el juicio penal contra Ríos Montt, dio declaraciones en donde expresó que “aquí no hubo genocidio”, ... “aquí lo que hubo fue un conflicto armado interno que la guerrilla llevó al interior del país y quisieron involucrar a los pueblos mayas”.⁹⁸ Aunado a esto, el Comité Coordinador de Cámaras Agrícolas, Comerciales, Industriales y Financieras (CACIF), el cual reúne a parte importante del sector productivo del país, rechazó vehementemente el fallo contra Ríos Montt y en particular la descripción de lo sucedido como genocidio.⁹⁹

El juicio contra Ríos Montt y la sentencia condenatoria, en particular respecto del crimen de genocidio, ha llevado los mecanismos de transición a su límite. Queda por ver si habrá un retroceso duradero en relación con los avances que se habían hecho

expresamente excluye a los delitos de genocidio y de lesa humanidad de su ámbito de aplicación. Ahora se está reabriendo el tema con una auto-amnistía promulgada por el sucesor de Ríos Montt, el General Humberto Mejía Victores en 1986.

93. El abogado defensor de Ríos Montt fue expulsado de la Sala de Juicios el primer día del juicio, el abogado del co-imputado asumió su defensa durante ese día. Al día siguiente, el abogado de Ríos Montt reasumió la defensa. En mayor detalle Reporte de la Federación Internacional de Derechos Humanos, op. cit. 4, págs. 21-22, 26-27.

94. Corte de Constitucionalidad (Guatemala), Expediente 1904-2013, 20 de mayo de 2013.

95. Mientras tanto, José Efraín Ríos Montt se encuentra bajo arresto domiciliario. A sus 87 años de edad y en un pobre estado de salud, quedará por verse si el juicio, el cual ha sido reprogramado varias veces, se llevará a cabo, véase Agencia AP, Juicio contra Ríos Montt por Genocidio podría ser en 2015, 5 de noviembre de 2013, Prensa Libre (Guatemala), disponible en: http://www.prensalibre.com/noticias/justicia/Juicio-Genocidio-Guatemala-Rios_Montt-Aministia-Justicia-Impunidad_0_1024097806.html (consultado por última vez el 28 de julio de 2014).

96. Corte de Constitucionalidad (Guatemala), Expediente No. 461-2014, 5 de febrero de 2014.

97. Álvaro Montenegro, “Yassmin Barrios suspendida un año por el Tribunal de Honor del CANG”, *El Periódico* (Guatemala), 5 de abril de 2014, disponible en <http://elperiodico.com.gt/es/20140405/pais/245373> (consultado por última vez el 15 de junio de 2014).

98. Daniela Castillo, “En Guatemala no hubo genocidio”, *El Periódico* (Guatemala), 27 de enero de 2013, , disponible en: <http://www.elperiodico.com.gt/es/20120127/pais/207115> (consultado por última vez el 16 de abril de 2014).

99. Noticias CACIF, “¡Ahora dicen que los guatemaltecos somos genocidas!”, op. cit. 19.

en materia de derechos humanos. Es cierto que la situación en este momento no es particularmente alentadora pero considero un error pensar que las secuelas del caso Ríos Montt signifiquen una derrota total para los que luchan contra la impunidad. Sería muy difícil para las autoridades guatemaltecas dar marcha atrás. Dentro del aparato estatal mismo existe crítica respecto de lo sucedido,¹⁰⁰ muchas organizaciones de la sociedad civil guatemalteca, organizaciones no gubernamentales,¹⁰¹ e incluso organizaciones internacionales y gobiernos de otros países,¹⁰² han levantado una voz de protesta. El discurso sobre los derechos humanos, es una constante en Guatemala, tanto dentro del Estado como en la sociedad civil. Tomando en cuenta el arraigo del mismo, un retroceso radical parece impensable.¹⁰³

IV. Interamericanización del discurso jurídico

Es imposible separar hoy en día el tema de los derechos humanos en América Latina de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹⁰⁴ Junto con la Comisión, la Corte es un punto de referencia obligatorio.¹⁰⁵ En Guatemala, la jurisprudencia de la Corte IDH está en boca de todos, tanto de sus aliados como de sus detractores. La prensa informa de manera regular sobre las vicisitudes de los casos

100. Respecto de la suspensión de Yassmin Barrios, Procuraduría de Derechos Humanos, Comunicado de Prensa de 10 de abril de 2014, disponible en: http://www.pdh.org.gt/archivos/descargas/Sala%20de%20prensa/Comunicados/comunicado_pdh_por_caso_contra_jueza_yassmin_barrios_100414.pdf (consultado por última vez el 28 de julio de 2014).

101. Las siguientes ONGs emitieron un comunicado de prensa conjunto condenando la suspensión de la jueza Barrios: Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), Comisión de Derechos Humanos de Guatemala en Washington (GHRC), Fundación para el Debido Proceso (DPLF), Open Society Justice Initiative (OSJI), Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos (WOLA), Plataforma contra la impunidad, "Organizaciones internacionales condenan suspensión de la jueza Yassmin Barrios en Guatemala", 8 de abril de 2014, disponible en: <http://cejil.org/comunicados/organizaciones-internacionales-condenan-suspension-de-la-jueza-yassmin-barrios-en-guatem> (consultado por última vez el 28 de julio de 2014).

102. "CICIG brinda apoyo a la fiscal general Claudia Paz y Paz", El Periódico (Guatemala), 7 de febrero de 2014, disponible en, <http://elperiodico.com.gt/es/20140207/pais/242249> (consultado por última vez el 15 de junio de 2014).

103. Con este enunciado no quiere decir que Ríos Montt terminará cumpliendo una pena de prisión por los crímenes que cometió. Con su edad avanzada (87 años) y las notorias tácticas dilatorias de sus abogados, esa posibilidad es más bien difícil. Me refiero más bien a la política general en materia de derechos humanos.

104. Figuras como el bloque de constitucionalidad y la estatalidad abierta han contribuido a estos desarrollos. Entre otras, véase, Góngora Mera, Manuel Eduardo, "La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius commune* latinoamericano", en von Bodandy, Armin et al. (coord.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (2014), págs. 301-328 y Morales Antoniazzi, Mariela, "El Estado abierto como objetivo del *ius constitutionale commune*", en el mismo volumen editado, págs. 265-300.

105. Burgogue-Larsen, El diálogo judicial, op. cit. 11, págs. 57 y 59; Ayala Corao, op. cit. 8, págs. 72-73

llevados al sistema interamericano,¹⁰⁶ las organizaciones de la sociedad civil impulsan y dan seguimiento a los casos¹⁰⁷ y existe un interés académico grande respecto del efecto que éstos tienen en el ordenamiento jurídico nacional.¹⁰⁸ En particular los jueces penales y constitucionales, así como los abogados que litigan ante la jurisdicción penal y constitucional, tienen conocimiento detallado de la jurisprudencia y hacen uso de la misma en su argumentación. En otras palabras, existe una discusión general sobre el valor y alcance de la jurisprudencia de la Corte IDH, así como sobre su relevancia para casos en concreto.

Un factor que quizás haya influido en la acrecentada atención a los órganos interamericanos es el tipo de casos guatemaltecos que han llegado a la justicia interamericana. Desde 1996, la Corte IDH ha condenado a Guatemala por 17 casos de violaciones a los derechos humanos, la mayoría por hechos ocurridos antes de 1987, en el contexto de la guerra interna que vivió el país.¹⁰⁹ Precisamente éste ámbito, el de la justicia de transición, es el más regulado de todo el sistema interamericano y uno de los más sensibles desde el punto de vista político. La competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se inaugura justamente con un caso que sienta las bases de su hoy firme posición respecto de la obligación del Estado de investigar, perseguir y castigar las violaciones graves de derechos humanos: la piedra angular de la estrategia de transición en la opinión de la Corte (según se puede desprender de su jurisprudencia). El Caso Velásquez Rodríguez es únicamente el inicio de lo que hoy constituye una enfática y detallada jurisprudencia que toma muy en serio el legado de impunidad de los regímenes autoritarios de la región. Así, a lo largo de los años ha sido tajante respecto del rechazo de las amnistías y otros obstáculos a la justicia y la

106. Únicamente en los primeros cinco meses de 2014 ha habido 50 notas periodísticas sobre la Corte Interamericana en uno de los periódicos de circulación nacional "Prensa Libre", búsqueda por palabra clave 'interamericana' en: <http://www.prensaescrita.com/>.

107. El Centro para la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) ha litigado muchos de los casos contra Guatemala ante el Sistema Interamericano y se encarga de informar sobre la situación general en Guatemala y sobre los casos en los que ha estado involucrado <http://cejil.org/noticias>; Asociación Familiares de Detenidos-Desaparecidos en Guatemala (FAMDEGUA) <http://famdeguagt.blogspot.de/>; Coordinación Genocidio Nunca Más, <http://www.paraqueseconozca.blogspot.de/>; Equipo Nizkor <http://www.derechos.org/nizkor/>; Fundación Myrna Mack <http://www.myrnmack.org.gt/>.

108. Como ejemplo, Vásquez Girón, Angélica Yolanda, Sistema Ejecución de Sentencias de la Corte Interamericana de DDHH. En Guatemala, Editorial Académica Española, 2012; una búsqueda del catálogo de tesis de graduación de una sola facultad de derecho guatemalteca (de la Universidad Rafael Landívar), arroja como resultado 13 tesis sobre la jurisprudencia interamericana en relación a Guatemala, entre ellas: Mungía Sosa, Cruz. Tesis de Maestría. "Comentarios a las Actitudes del Estado de Guatemala frente a Recientes Casos Tramitados en su contra ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos". Universidad Rafael Landívar. (2000); Gudiel Samayoa, Fredy Misael. Tesis de Licenciatura. "La Posición del Ombudman Frente a las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Pretensión de Fiscalizar su cumplimiento por parte del Estado (Procedencia o Improcedencia en Relación a su Competencia)". Universidad Rafael Landívar. (2007). Todas disponibles en: <http://biblio2.url.edu.gt/F/3A75Q1Q9IN4S6X2L68Y815MQPCV13ARSXB4K6SRTYM-Y42IBK55-39344?func=short-refine>

109. Sin contar los más de 80 asuntos ante la Comisión Interamericana, Merksy y Roht-Arriaza, op. cit. 5, pág. 8.

verdad,¹¹⁰ temas que aquejan de manera muy aguda a las sociedad guatemalteca. La participación de la Corte IDH en un debate cargado de conflicto social, ayuda a explicar su prominencia.

Así, por ejemplo, respecto de la tipificación del delito de desaparición forzada, necesaria para la persecución penal de una conducta violatoria de los derechos humanos, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala estableció que el carácter permanente del delito es acorde con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹¹¹ Por su parte, la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala declaró la auto-ejecutabilidad de una serie de sentencias dictadas contra Guatemala por la Corte IDH.¹¹²

Incluso en casos en donde se avanzan posiciones que están en conflicto con la jurisprudencia de la Corte IDH, se utiliza la jurisprudencia de la misma en el razonamiento. Así, respecto de las resoluciones declarando la auto-ejecutabilidad, varias personas que estaban siendo perseguidas penalmente por las violaciones conocidas en el Caso de la Masacre de las Dos Erres¹¹³ y en el Caso Bámaca Velásquez¹¹⁴ interpusieron recursos de amparo contra estas resoluciones. Los amparos fueron acogidos por la Corte de Constitucionalidad,¹¹⁵ en sentencias que aluden a la jurisprudencia de la Corte IDH respecto del derecho a la defensa.¹¹⁶ De igual manera la Corte de Constitucionalidad,

110. El caso más conocido en este sentido es Barrios Altos, en donde por primera vez la Corte ordena “dejar sin efectos” una ley, Corte IDH, Caso Barrios Altos vs. Perú, Sentencia de 14 de marzo de 2001 (Fondo) Barrios Altos vs. Perú, párr. 41. La lista de sentencias en donde los obstáculos es numerosa, unos poquísimos ejemplos en este sentido, Corte IDH, *Caso Gelman v. Uruguay*, Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones), párrs 195 et seq.; Caso de la Masacre de las Dos Erres, op. cit. 27, Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile*, Sentencia de 26 de setiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 115 et seq.

111. Corte de Constitucionalidad (Guatemala), Expedientes número 929-2008, 7 de julio de 2009, el texto completo de la misma se encuentra en la Revista Diálogo Jurisprudencial del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 5(2008), págs. 207-217, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DialogoJurisprudencial/5/cnt/cnt12.pdf> (consultado por última vez el 28 de julio de 2014).

112. Para una tabla detallada de las sentencias declarando la auto-ejecutividad, véase César Ricardo Crisóstomo Barrientos Pellecer, La justicia transicional: un ejemplo de la evolución del sistema de justicia guatemalteco: avances y retos, Informe sobre la participación del Magistrado Vocal II, Dr. César Ricardo Crisóstomo Barrientos Pellecer en la reunión de expertos de Europa, Canadá, Estados Unidos, África y Asia sobre justicia transicional y Estado de Derecho, realizada en Nueva York, Estados Unidos, del 7 al 8 de diciembre de 2011, disponible en <http://www.oj.gov.gt/camarapenal/index.php/publicaciones/otras-publicaciones> (consultado por última vez el 28 de julio de 2014); Sentencias de 11.12.2009, Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal. Expedientes de solicitud de ejecución. Archivo de expedientes Corte Suprema de Justicia citado en Vásquez Girón, Angélica Yolanda, *Sistema Ejecución de Sentencias de la Corte Interamericana de DDHH. En Guatemala*, Editorial Académica Española, 2012, nota al pie de página 83.

113. Caso de la Masacre de las Dos Erres, op. cit. 27.

114. Corte IDH, Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2000 (Fondo).

115. Corte de Constitucionalidad, sentencias emitidas dentro de los expedientes 548-2010 y acumulados 655-2010 y 656-2010, 25 de agosto de 2010 y de 18 de enero de 2011 citadas en Vásquez Girón, Angélica Yolanda, *Sistema Ejecución de Sentencias de la Corte Interamericana de DDHH. En Guatemala*, Editorial Académica Española, 2012, nota al pie de página 84.

116. Así, la CC expresa en su sentencia 548-2010: “...sin desconocer en lo mínimo la autoridad de la Sentencia dictada por

al resolver un amparo impugnando una decisión que rechazaba la aplicación de una amnistía, cita una decisión de la Corte Interamericana respecto de la obligación de fundamentar la sentencia.¹¹⁷ Es decir, la Corte de Constitucionalidad toma la jurisprudencia de un tribunal conocido por repudiar las amnistías para dejar sin efecto una resolución que se apegaba a la línea jurisprudencial del mismo. En ese mismo fallo, los dos magistrados que emitieron votos razonados disidentes¹¹⁸ argumentan recurriendo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de amnistías. Así, por parte de las autoridades judiciales al menos no existe un rechazo frontal a la autoridad de la Corte IDH. Queda claro que no siempre se está de acuerdo con su jurisprudencia, pero su relevancia en el ordenamiento jurídico guatemalteco no está en disputa.

Pero el ámbito judicial no es el único que se ha interamericanizado. Quizás a raíz de la gran cantidad de casos que las autoridades guatemaltecas han litigado, el alto perfil de los mismos y su seguimiento mediático, así como el elenco de reparaciones que en cada ocasión han estado llamadas a implementar, todos los poderes de la República y distintas dependencias de los mismos se han familiarizado con las posturas e interpretaciones interamericanas. Incluso existe una dependencia especializada del Poder Ejecutivo, la Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en Materia de Derechos Humanos (COPREDEH), que tiene como objetivo velar por el cumplimiento del Estado en materia de derechos humanos.¹¹⁹

La autoridad de la Corte IDH sí ha sido desafiada por el Ejecutivo, pero aún en semejante situación vemos que la interamericanización sigue su curso. En enero de 2013, el Presidente de Guatemala, Otto Molina Pérez, promovió un decreto en donde “desconocía” las sentencias de la Corte IDH que versaran sobre hechos ocurridos antes de marzo de 1987 (excluyendo así del ámbito de competencia de la Corte la mayor parte de las violaciones de derechos humanos de la guerra civil).¹²⁰ Dicho decreto alude a una reserva que se había hecho en el momento de ratificación. Más allá de los

la Corte Interamericana de Derechos Humanos... es necesario que el Tribunal reclamado fundamente jurídicamente la resolución objeto del amparo, como lo manda el artículo 11 bis del Código Procesal Penal y lo tutelan los artículos 12 de la Constitución Política de la República y 8.1 y 8.2.b. de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos...”

117. Corte de Constitucionalidad (Guatemala), Expedientes acumulados 1523-2013 y 1543-2013, 22 de octubre de 2013, página 17.

118. Mauro Roderico Chacón Corado y Gloria Patricia Rojas Escobar.

119. Acuerdo Gubernativo No. 111-2012 Según lo dispuesto en el sitio web de la COPREDEH, esta está llamada a “Dar seguimiento y promover el cumplimiento de las recomendaciones hechas por los mecanismos convencionales y extraconvencionales de protección internacional a los derechos humanos” <http://copredek.gov.gt/index.php?showPage=2> de las instituciones con mejor record de querer cumplir pero que se enfrentan al ministerio de relaciones exteriores y al poder judicial, explicando esta problemática – Merksy y Roht-Arriaza, op. cit. 5, pág. 14.

120. Acuerdo Gubernativo No. 370-2012.

posibles méritos legales de semejante decreto o de la reserva planteada, lo interesante es la reacción que esta medida desencadenó en Guatemala, así como los argumentos ofrecidos en apoyo a la misma. La crítica que le llovió al decreto resultó en su suspensión tan solo un día después de su promulgación, mientras el mandatario de este país confería con las organizaciones de derechos humanos sobre el futuro de la medida.¹²¹ Poco tiempo después el decreto fue derogado.¹²² Tanto al momento de anunciar la medida, como al momento de dar marcha atrás con la misma, se expresó que el objetivo no era proteger a los militares responsables de las violaciones. Se alegó que se buscaba evitar el pago de “*sentencias millonarias*” que son pagadas “*con los impuestos de los guatemaltecos*” siendo que existe un Programa Nacional de Resarcimiento para estos efectos.¹²³ Al derogar el decreto expresó “*no queremos dar la más mínima señal de querer dar una regresión en el tema de derechos humanos*”.¹²⁴ Las razones ofrecidas para justificar el actuar del Ejecutivo revelan una vez más la importancia del discurso sobre los derechos humanos.

La interamericanización es particularmente palpable en la sentencia contra Ríos Montt. Quien está familiarizado con las sentencias de la Corte IDH, podría creer que la sección sobre reparación digna de las víctimas de la sentencia dictada por el Tribunal Primero A de Mayor Riesgo de Guatemala se trata de una sentencia interamericana. Por ejemplo, como reparación se ordena a las personas que ejercen como Presidentes de los tres poderes del Estado a pedir perdón al pueblo Maya-Ixil por los actos de genocidio y delitos de lesa humanidad, y a las mujeres Maya-Ixil por la violencia de género sufrida. Se obliga a las autoridades educativas de centros de formación militar y policial a dar capacitaciones en temas de derechos humanos y derecho internacional humanitario, se ordena la construcción de monumentos y de escuelas bilingües, a difundir la sentencia y a crear un museo itinerante.¹²⁵ Este tipo de medida reparatoria es típica de la Corte IDH. Las reparaciones dictadas por la Corte se caracterizan procurar generar efectos que trasciendan al caso en concreto y que sean aptos para cambiar la coyuntura que

121. EFE, Pérez Molina suspende el decreto que limita la competencia de la Corte IDH en Guatemala, 4 de enero de 2013, publicado en La Información, disponible en: http://noticias.lainformacion.com/policia-y-justicia/corte-o-tribunal-internacional/perez-molina-suspende-el-decreto-que-limita-la-competencia-de-la-corteidh-en-guatemala_8FACJfUmF8Hj4m-q0uJLLb7/ (consultado por última vez el 28 de julio de 2014).

122. EFE, Presidente de Guatemala deroga decreto que limitaba competencia de la Corte IDH, 12 de enero de 2013, publicado en CR Hoy, disponible en: <http://www.crhoy.com/presidente-de-guatemala-deroga-decreto-que-limitaba-competencia-de-la-corte-idh/> (consultado por última vez el 28 de julio de 2014).

123. op. cit. 119.

124. op. cit 120.

125. Sentencia Penal contra Ríos Montt, op. cit. 1, folios 708-712.

propicia las violaciones de derechos humanos.¹²⁶

Que se ordenen reparaciones a cargo del Estado en un proceso penal es insólito. Al fin y al cabo, en los procesos penales se decide sobre la responsabilidad penal de un individuo – no sobre la responsabilidad del Estado –, y en general, si se dicta alguna reparación a favor de la víctima, ésta suele ser a cargo de la persona condenada. Estas limitaciones no existen en el ordenamiento jurídico guatemalteco; el artículo 124 del Código Procesal Penal Guatemalteco establece la reparación integral a las víctimas:

“Artículo 124. Derecho a la reparación digna. La reparación a que tiene derecho la víctima comprende la restauración del derecho afectado por el hecho delictivo, que inicia desde reconocer a la víctima como persona con todas sus circunstancias como sujeto de derechos contra quien recayó la acción delictiva, hasta las alternativas disponibles para su reincorporación social a fin de disfrutar y hacer uso lo más pronto posible del derecho afectado, en la medida en que tal reparación sea humanamente posible y, en su caso, la indemnización de los daños y perjuicios derivados del delito.”¹²⁷

La interpretación literal de esta disposición no arroja como resultado una obligación del Estado de dar reparación a la víctima. Sin embargo, esta ha sido la interpretación de las autoridades jurisdiccionales guatemaltecas. Fue la Corte Suprema quien elaboró la iniciativa de ley que culminó en el Decreto 7-2011 y la disposición sobre la reparación integral. Un antiguo juez de la Cámara Penal de la Corte indicó que esta ley fue inspirada por *“los esfuerzos de la Cámara Penal para lograr el equilibrio de los derechos de las víctimas y los imputados, conforme los avances del Derecho Internacional y las sentencias de la Corte IDH contra el Estado de Guatemala...”*¹²⁸ No obstante, se reconoce que las reparaciones, aun estando a cargo del Estado, no

126. Prácticamente todos los casos en donde se ordenan reparaciones sucede esto, a título de ejemplo, en el Caso de la Masacre de las Dos Erres, se ordena al Estado que “organice e inicie de manera independiente o en fortalecimiento de los ya existentes, un programa permanente de educación en derechos humanos destinado a los miembros de las Fuerzas Armadas, así como a jueces y fiscales”, op. cit. 27, párr. 251; en el Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia, se le exige al Estado adoptar “las medidas que sean necesarias para fortalecer los mecanismos de control existentes en los centros estatales de detención, con el propósito de garantizar condiciones de detención adecuadas y el respeto a las garantías judiciales. Los referidos mecanismos de control deben incluir, inter alia...”, Corte IDH, Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia, Sentencia de 12 de setiembre de 2005, párr. 112.

127. Decreto legislativo 7-2011.

128. César Ricardo Crisóstomo Barrientos Pellecer, El Poder Judicial de Guatemala frente a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponible en <http://www.oj.gob.gt/camarapenal/index.php/publicaciones/otras-publicaciones> (consultado por última vez el 28 de julio de 2014).

implican una declaración de responsabilidad del mismo.¹²⁹

Más allá de las reparaciones ordenadas, el Tribunal de Juicio utilizó argumentos y un derecho que la Corte Interamericana ha creado por vía jurisprudencial y que no tiene arraigo positivo en el ordenamiento jurídico guatemalteco. Se trata del derecho a la verdad,¹³⁰ derecho que no se encuentran expresamente en los instrumentos convencionales pero que:

“se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención”

Así, expresa el Tribunal de Juicio guatemalteco:

“A lo largo de las audiencias del debate, observamos que los testigos al narrar lo acontecido en sus comunidades, y referir la forma en que murieron sus familiares, concluyen en el clamor porque se les haga justicia y la exigencia que éstos hechos no se vuelvan a repetir, lo cual encaja perfectamente en el Derecho a la Verdad, a la Justicia y a la No Repetición de los Hechos...”¹³¹

Es decir, la legislación penal guatemalteca incorpora la sensibilidad hacia la víctima que es característica de la Corte IDH y no necesariamente del proceso penal,¹³² y se refiere a figuras legales mejor conocidas en el ámbito internacional, mostrando así como voces guatemaltecas pueden hablar con acento interamericano.

129. Sentencia, folio 712se deja constancia de que en ningún momento se está condenando al Estado de Guatemala, las formas de reparación que fueron aceptadas, no constituyen condena al Estado, sino es utilización de los mecanismos adecuados, para hacer efectivo el derecho de reparación a las víctimas.”

130. Caso *Bámaca Velásquez*, op. cit. 114, párr. 201.

131. Sentencia Penal contra *Ríos Montt*, op. cit. 1, folio 708.

132. Maier, Julio B. J., “La víctima y el sistema penal”, en *Jueces para la democracia*, No. 12 (1991), págs. 31-52.

V. Conclusiones

El contexto del diálogo en Guatemala respecto del alcance y contenido de los derechos humanos, y en particular respecto de la obligación de investigar, perseguir y castigar violaciones graves de derechos humanos, sin duda alguna es difícil. Las estructuras del poder económico, militar y político no experimentaron cambios drásticos tras la guerra civil lo cual imposibilita acciones firmes de oprobio que gocen de amplio apoyo estatal y social a las prácticas violatorias del pasado. La vulnerabilidad de las víctimas, en su mayor parte indígenas, y su persistente exclusión, se añan a la problemática. Se trata de un ambiente complicado, en donde, por un lado la poderosa cámara de empresarios, los veteranos y los mandos militares se oponen visceralmente a la calificación de lo sucedido en la guerra civil como genocidio y a la persecución penal de los responsables y, por el otro, las organizaciones de la sociedad civil, tanto guatemaltecas como extranjeras luchan por el reconocimiento de lo sucedido y el castigo de los responsables. Los órganos interamericanos han dado apoyo a esta segunda postura y poco a poco sus decisiones se han convertido en punto de referencia obligatorio del debate.

Varias razones explican la interamericanización del debate. En primer lugar, las organizaciones de la sociedad civil que representan a las víctimas lo han impulsado. Frecuentemente se trataba del único foro institucional en el cual sus peticiones serían escuchadas. Además, los reclamos reconocidos ante el sistema interamericano en general infunden a sus autores de una mayor legitimidad para exigir su cumplimiento en el ámbito interno o para hacer reclamos similares. En segundo lugar, la continua rendición de cuentas del Estado ante los órganos interamericanos, ya sea en el marco de los asuntos que se ventilan ante la Comisión, respecto de los informes preparados por la misma, en los casos ante la Corte IDH o en la supervisión de cumplimiento con las sentencias y medidas reparatorias interamericanas, constituyen instancias en donde el Estado debe responder a estos órganos. La pérdida de reputación en el plano internacional es un factor importante para interactuar con los mismos y para recurrir a argumentos que encajen dentro de la lógica del sistema. En tercer lugar, la presencia de interlocutores dentro del Estado mismo dispuestos a tomar las decisiones del sistema interamericano en serio ha sido clave para este fenómeno.

Hasta ahora he hablado de la interamericanización del debate y del diálogo (entre actores guatemaltecos e interamericanos) indistintamente. Sin embargo, creo que no se trata de lo mismo y que el diálogo representa un tipo de interacción mucho más exigente. En Guatemala observamos los dos pero la incidencia de la primera es mucho mayor que la del último. Es decir, las decisiones, opiniones, e interpretaciones de los

derechos humanos emitidas por los órganos interamericanos han penetrado el discurso jurídico en prácticamente todas las ramas de gobierno y respecto de una amplísima gama de actores. Forman parte del discurso público y proveen razones de peso en sus debates. No obstante, el verdadero diálogo únicamente se ha producido en pocas ocasiones. No basta con acatar una decisión usando un argumento de autoridad para que se produzca diálogo (meramente alegando obligatoriedad). Según mi concepción del diálogo, es necesario expresar razones independientes por las cuales se estima que una determinada interpretación es adecuada o correcta. Estimo que una instancia de diálogo ha sido la sección sobre reparación digna de las víctimas en la sentencia penal contra Ríos Montt.

Aclaro que no llego a la conclusión de que en Guatemala hay pocas instancias de diálogo debido a que la posición del sistema interamericano no siempre es acatada. Aun cuando hay desacuerdo se puede producir diálogo. La base del diálogo no es el acuerdo sino más bien la voluntad de intercambiar opiniones de buena fe, estando los interlocutores comprometidos con los principios superiores sobre cuyo contenido y alcance se discute. En este caso, para que haya diálogo entre los actores interamericanos y los guatemaltecos, se requiere un compromiso serio y de buena fe con el proyecto de los derechos humanos. Por ejemplo, las preocupaciones expresadas por el Presidente Otto Molina respecto de las diferencias tan grandes entre las reparaciones ante el sistema interamericano y las reparaciones del Programa Nacional de Resarcimiento para las víctimas de la guerra civil, podrían dar lugar a un diálogo fructífero con los órganos interamericanos. Sin embargo, la utilización de las formas jurídicas para cubrir actuaciones estratégicas y las expresiones vacías de compromiso con los derechos humanos no son base suficiente para el diálogo. A menudo parece que el amparo y la Ley de Reconciliación Nacional – la cual en múltiples ocasiones se ha interpretado, tanto por los órganos interamericanos como guatemaltecos, que no permite la amnistía por los crímenes de genocidio o de lesa humanidad – se utilizan como meros pretextos para no enjuiciar a los militares o al menos para dilatar los procesos.

Con la sentencia sobre el genocidio, y a pesar de que la misma fue dictada por un tribunal de juicio guatemalteco, la relación entre Guatemala y el sistema interamericano ha sido puesta a prueba. El desenlace no es seguro. No obstante, juzgando por la huella profunda del discurso interamericano en la sociedad y el Estado guatemalteco, un desenlace positivo es posible. Es más, la sentencia penal contra Ríos Montt nos muestra la contundencia con que las voces guatemaltecas pueden hablar con acento interamericano.

Conversando sobre derechos: ¿una nueva actitud dialógica de la Suprema Corte?

Mauro Arturo Rivera León¹

Sumario: I. Introducción. A) Diálogo Judicial. B) Diálogo y Control de Convencionalidad. II. La Suprema Corte como Líder Dialógico. A) Precedentes. B) El Paradigmático Caso Radilla. C) Un Diálogo en Potencia. III. Conclusiones. IV. Bibliografía.

RESUMEN: Este artículo analiza la disposición dialógica de la Suprema Corte de Justicia mexicana respecto a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tras el caso Radilla y la interpretación que la Suprema Corte hizo de sus obligaciones derivadas, el control de convencionalidad ha desatado una dinámica favorable al diálogo judicial en México. Esto se ha materializado no en sólo en un incremento cuantitativo de citas a la jurisprudencia de San José, sino en una postura interactiva que puede coadyuvar a la formación de estándares interamericanos en materia de derechos humanos en la región.

ABSTRACT: This article intends to analyze the current dialogical predisposition between the Mexican Supreme Court towards the Inter-American Court of Human Rights. After the Radilla Case and its interpretation by the Mexican Supreme Court, the conventionality control doctrine has triggered a favorable dynamic to judicial dialog. This has been shown concretely not only by a substantial increment on the cross-

1. El autor desea agradecer el apoyo del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional para la realización de este artículo, particularmente al Prof. Dr. Armin von Bogdandy y la Dra. Mariela Morales. Un primer borrador de este artículo se discutió en el Coloquio Iberoamericano en Heidelberg, el 25 de marzo. A los asistentes se les agradecen sus sugerentes comentarios.

references to inter-american case law but also by an interactive open position which could positively aid the formation of human rights standards in the Inter-American system.

I. Introducción

a) Diálogo judicial

El diálogo judicial ha sido analizado extensamente en años recientes. Este diálogo no es sólo una consecuencia natural de la creciente importancia del derecho internacional, sino también del cruce de ideas y el flujo de información, particularmente a través de la jurisprudencia constitucional². En el caso latinoamericano, debemos recordar también, que el diálogo representa uno de los tres conceptos claves pilares del *ius constitutionale commune* en América Latina.

El diálogo judicial ha roto barreras y rebasa continentes. Las decisiones de la Corte Interamericana se citan en Estrasburgo³. La jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos es tratada con familiaridad por la Corte Interamericana⁴. Muchos Tribunales Constitucionales dialogan con decisiones tomadas en diferentes órdenes jurídicos. Las preocupaciones comunes relativas al contenido y límite de los derechos han desatado un debate global en el que diferentes Tribunales fungen como interlocutores. SLAUGHTER inicialmente denominó este fenómeno como *transjudicial communication*⁵: una conversación acerca de derechos humanos en una red judicial en la cual el derecho es el lenguaje común.

Smits ha puesto sobre relieve que no todos los argumentos comparados (en nuestro caso, citas judiciales) son iguales y difieren en su naturaleza. En primer lugar

2. Cfr. Choudhry, Sujit, "Migration as a new metaphor in comparative constitutional law", in Choudhry, Sujit (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, 2006, pp. 1-35.

3. Véase el informe *References to the Inter-American Court of Human Rights in the case-law of the European Court of Human Rights*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2012. Disponible en línea: goo.gl/KhMoGR. Última consulta 09.07.2015.

4. Respecto a esta experiencia dialógica concreta véase in toto García Roca, Javier et al (Eds.), *El diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Thomson Reuters, Navarra, 2012.

5. SLAUGHTER, Anne-Marie, "A typology of transjudicial communication", 29 *University of Richmond Law Review* 99, 1994, págs. 99 y ss.

está lo que podríamos llamar citas *no normativas*, en los cuales la comparación con otro sistema jurídico diferente busca encontrar ideas útiles al caso pero sin un peso decisivo en el resultado de la decisión. En segundo lugar, citas normativas, en los cuales la referencia tiene un peso considerable en la decisión. En tercer lugar, se encuentra lo que SMITS llama citas con “propósitos ornamentales”, es decir, referencias que no tienen una conexión visible o necesaria con el asunto en cuestión y, por tanto, son superfluas⁶. Algunas razones para realizar este tipo de citas puede ser contribuir al prestigio del redactor o convencer a otros órganos (el Parlamento, por ejemplo) de la calidad de la sentencia, facilitando su aceptación.

Las causas por las cuales un Tribunal determinado cita a otro también deben distinguirse. La elección rara vez se realiza al azar. Un Tribunal Latinoamericano pocas veces citará a un Tribunal Constitucional asiático y el Tribunal Constitucional alemán cita con más frecuencia a la Suprema Corte de Estados Unidos que al Tribunal Constitucional polaco. SIEMS toma en cuenta tres factores en dicha elección. En primer lugar, la accesibilidad de las decisiones, es decir, qué tan fácil es encontrar las sentencias respectivas. La tendencia actual de facilitar el encuentro de las resoluciones por el uso global de bases de datos y publicación en línea ha contribuido a la diseminación de ideas. Dentro de este concepto, debemos también tomar en cuenta el lenguaje. Las citas entre Tribunales Latinoamericanos se encuentran facilitadas por el hecho de que comparten un mismo idioma. En segundo lugar, se encuentra la autoridad del Tribunal citado. El Tribunal Constitucional alemán o la Suprema Corte de Estados Unidos se encuentran entre los tribunales más citados precisamente porque los operadores jurídicos les conceden un estatus diferenciado a sus resoluciones en virtud de su prestigio, historia o calidad. De esta forma, en México se cita mucho más al Tribunal Constitucional español que al Tribunal Constitucional de República Dominicana, aunque la accesibilidad y lenguaje sea el mismo en ambos casos. Finalmente, la similaridad de los sistemas juega un rol crucial en el *cross-referencing*⁷ (por ejemplo, los países del *common law* tienen una alta tendencia a citar otros países del *common law*).

6. SMITS, Jan, “Comparative law and its influence on national legal systems”, in Reimann, Mathias and Reinhard, Zimmermann (Eds), *The Oxford handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, New York, 2008, p. 527.

7. GELTER, Martin and SIEMS, Mathias, “Citation to foreign courts. Illegitimate and superfluous, or unavoidable? Evidence from Europe”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. LXII, no. 1, 2014, p. 69.

b) Diálogo y control de convencionalidad

Como muchos autores han subrayado, las posibilidades de interacciones dialógicas se incrementan notablemente en el caso de sistemas regionales de protección de los derechos humanos, dado su especial naturaleza en contextos de pluralismo constitucional⁸. La dinámica propia de la coexistencia entre Tribunales Constitucionales locales/Poder Judicial con Tribunales internacionales, facilita este tipo de interacción⁹. Frecuentemente, los tratados internacionales protegen derechos con un contenido sustancialmente similar al de derechos constitucionales, proveyendo un material interpretativo parecido. Aún así, en este contexto, las relaciones entre los Tribunales Constitucionales nacionales y los Tribunales Internacionales debe verse como de cooperación y no de jerarquía¹⁰.

Existe, así, una diferencia sustancial entre las citas o referencias de Tribunales fuera del sistema constitucional y aquélla que puede desarrollarse dentro de un sistema regional de protección de derechos humanos. La distinción es, incluso, intuitiva. La Corte Constitucional colombiana frecuentemente cita las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la misma forma en que el Tribunal Constitucional polaco cita las decisiones de Estrasburgo. La cita aquí es de una naturaleza diferente que cuando, por ejemplo, la Suprema Corte mexicana cita a la Suprema Corte de Estados Unidos.

En el primer ejemplo, estamos tratando con relaciones sistémicas entre actores que pertenecen a un modelo de protección de derechos humanos, en el segundo caso no existe una interacción intrasistémica del todo, son actores sin una relación jurídica directa. La pertenencia a un sistema regional crea un lazo jurídico que puede robustecerse a través del diálogo. De alguna forma, resulta normal que tal diálogo suceda porque, como sugiere GÓNGORA, existe un cierto sentido de pertenencia a una comunidad de derecho que se reconoce mediante este diálogo judicial¹¹. El diálogo en

8. Bustos Gisbert, Rafael, "XV Propositiones generales para una teoría de los diálogos judiciales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, n. 95, 2012, p. 21.

9. Un buen estudio del caso europeo puede verse en Cartabia, Marta, "Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously", *European Constitutional Law Review*, núm. 5, 2009, pp. 5-31.

10. Bazán, Víctor, "Hacia un diálogo crítico entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las Cortes supremas o tribunales constitucionales latinoamericanos" en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera, Alfonso, *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Madrid, Tirant Lo Blanch, 2013, p. 591.

11. Góngora-Mera, Manuel, "Interacciones y Convergencias entre la Corte Interamericana de derechos humanos y los tribunales constitucionales nacionales", *Estudos Avançados de Direitos Humanos*, en von Bogdandy, Armin; 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, p. 334.

los sistemas regionales de protección de derechos es, por así decirlo, menos espontáneo e indeterminado que en el resto de los casos¹².

En el caso Interamericano, la propia CortelDH frecuentemente considera y analiza la jurisprudencia de los Estados miembros en sus decisiones¹³. En años recientes, los Estados miembros han comenzado a mostrar posturas más aperturistas respecto a la jurisprudencia emanada de San José. Ello se ha visto coadyuvado por la doctrina del control de convencionalidad, que ha comenzado a generar una relación más estrecha entre la Corte Interamericana y Tribunales nacionales.

Los jueces de los Estados miembros y, particularmente, los Tribunales Constitucionales, necesitan cada vez más considerar la jurisprudencia interamericano en sus resoluciones. En los casos en que las competencias de los órganos lo permitan, el poder judicial local podría concebirse como parte de un sistema difuso de control de convencionalidad¹⁴. En virtud de los tratados firmados, el poder judicial se encuentra tan obligado como el poder legislativo y ejecutivo a respetar y cumplir las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado. El control de convencionalidad implica que los Tribunales locales considerarán la convención interamericana y su interpretación por la Corte en sus decisiones como forma de cumplimiento de las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado del que forman parte.

La doctrina del control de convencionalidad¹⁵ se ha ido perfilando¹⁶ a través de una larga serie de sentencias. Desde el conocido caso *Almoacid Arrellano y otros vs. Chile*, la Corte afirmó (parr. 124) que:

“(...) 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.”

12. Burgogue-Larsen, Laurence, “De la Internacionalización del Diálogo entre jueces”, en Bogdandy, Armin; Piovesan, Flávia; Morales Antoniazzi, Mariela (coord.), Op. Cit., p. 234 .

13. Nogueira Alcalá, Humberto, “El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno”, Estudios Constitucionales, vol. 9, n. 2, 2011, p. 27.

14. Góngora-Mera, Manuel, Op. Cit., p. 315.

15. La Cantuta vs. Perú (párr. 173) y Boyce y otros vs. Barbados (párr. 78) son casos conocidos que siguieron la misma doctrina.

16. Recientemente en la opinión consultiva OC-21/14 en el 2014, la Corte Interamericana precisó que el control de convencionalidad debe realizarse “[...] también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva”.

Aunado a esta doctrina, muchas Constituciones latinoamericanas conceden un estatus privilegiado al derecho internacional lo cual obliga a los jueces a aplicar directamente derechos humanos derivados de tratados internacionales. En el caso mexicano, el artículo primero de la Constitución realiza un reconocimiento expreso de los derechos internacionales dotándoles materialmente de un estatus constitucional. Estos derechos pueden ser protegidos por instrumentos nacionales como el juicio de amparo o procesos constitucionales como la acción de inconstitucionalidad. Adicionalmente, en México el entramado de derechos se engarza por el principio *pro homine* que en todo momento favorece la protección más amplia a la persona.

Como veremos a continuación, el sistema mexicano se ha vuelto incluso más abierto. Tras la sentencia del caso Radilla Pacheco, la Suprema Corte debatió las obligaciones del Poder Judicial Federal derivadas de la resolución de la Corte Interamericana (expediente Varios 912/2010). La Suprema Corte afirmó que, como parte de las obligaciones fijadas por la sentencia al Poder Judicial, se encontraba el que los jueces (incluso los jueces locales) debían ejercer un control de convencionalidad y constitucionalidad *ex officio* dentro de un modelo difuso. Todos los jueces debían, en última instancia, evitar la aplicación de leyes que contrariasen la Constitución o la Convención Americana y su interpretación por la Corte Interamericana si una interpretación conforme no era posible.

Así las cosas, la situación descrita concibe al juez mexicano como un actor capaz de desempeñar un rol relevante en un proceso dialógico. En la siguiente sección se estudiará la predisposición dialógica por parte de la Suprema Corte.

Debe advertirse que en el análisis siguiente empleamos la terminología “predisposición dialógica” en lugar de “diálogo judicial”. No sólo se ha mostrado que frecuentemente la noción de “diálogo judicial” resulta ser poco clara¹⁷ sino que en este caso no existen aún casos de interacciones recíprocas. La noción empleada nos permite, en cambio, analizar una actitud jurisdiccional respecto a otro Tribunal.

Las referencias jurisprudenciales empleadas sólo como argumento *a fortiori* o *ad autocritas* no serán consideradas como parte de esta “predisposición dialógica” aunque son tomadas en cuenta como ejemplos de interacción. Nos interesa, sobre todo, enfatizar metodológicamente la predisposición de la Suprema Corte al intercambio de ideas o al desarrollo de una construcción jurisprudencial común.

17. De Vergottini, Giuseppe, “El diálogo entre Tribunales”, Teoría y realidad constitucional, núm. 28, 2011, p. 345; López Guerra, Luis, “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales españoles: convergencias y divergencias”, Teoría y realidad constitucional, Madrid, n. 32, 2013, p. 141.

II. La Suprema Corte como Líder Dialógico¹⁸

a) Precedentes

La Suprema Corte ha asumido en años recientes una predisposición dialógica ejemplar dentro del poder judicial mexicano. Aún cuando el caso Radilla representó un importante detonador para el cambio actitudinal, es posible apreciar algunas interacciones antes del año 2010¹⁹.

Incluso antes del 2010 no era poco común que algunos demandantes utilizaran jurisprudencia de la Corte Interamericana para fortalecer su argumentación, particularmente las Comisiones de Derechos Humanos. Este es el caso de las sentencias AI 45/2006 y AI 46/2006; CC 1/2007, CC 61/2005, AI 37/2006, AI 61/2008 y FI 1/2009. En la FI 1/2009 es interesante subrayar que quien inició el procedimiento fue Sergio Valls, ministro de la Suprema Corte.

Algunas resoluciones de la Corte Interamericana habían sido utilizadas como argumentos *a fortiori*, sin ser discutidas dentro del razonamiento principal. Este es el caso de las decisiones CT 105/2006-PS o CT 50/2008-P. Otro grupo de referencias se utilizaban intentando determinar el significado de conceptos jurídicos concretos (“interés superior del niño” en la CT 154/2005-PS) o a modo de consideraciones jurídicas accesorias como en la CT 147/2006-PS20, CT 160/2006-PS21 y AI 7/2009, 8/2009 y 9/200922.

De cualquier forma, debe notarse que algunas resoluciones presentaban indicios de una predisposición abierta. En la AI 146/2007 (impugnación de una ley sobre aborto) podemos encontrar una discusión de la jurisprudencia interamericana para determinar si la Corte Interamericana tenía una interpretación concreta del derecho a la vida en los

18. En las páginas siguientes utilizo abreviaturas al hacer mención de las diferentes sentencias:

ADR= Amparo directo en revisión, AD= Amparo directo, AI= Acción de inconstitucionalidad, AR= Amparo en revisión, CC= Controversia constitucional, CT= Contradicción de tesis, FI= Facultad de Investigación, MJ= Modificación de jurisprudencia, RR= Recurso de reclamación, SMJ= Solicitud de modificación de jurisprudencia.

19. Aún cuando el expediente Varios 912/2010 fue finalmente aprobado en el 2011 (20 de septiembre) la discusión comenzó el 26 de Mayo de 2010.

20. Discusión que involucró la interpretación de la Corte Interamericana de las medidas privativas de libertad (caso Suárez-Rosero vs. Ecuador).

21. Citando los casos Fermín Ramírez vs. Guatemala e Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago en lo concerniente al derecho a una defensa adecuada.

22. La sentencia cita una interpretación realizada en el caso Castañeda Gutman vs. México. La intención era demostrar que no había vulneración de los derechos garantizados en la Convención Americana al requerir un certificado de residencia para registrar candidatos a diputados y regidores.

Construcción de un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina

parámetros relevantes al caso. La decisión realiza un cuidadoso análisis para determinar que de la jurisprudencia de la Corte Interamericana no es posible extraer una concreta idea de protección de la vida desde el momento de la concepción.

Otro ejemplo lo constituye el AR 173/2008 que entra en diálogo con *Alban Cornejo y otros vs Ecuador* respecto a los servicios médicos en un intento de determinar la validez de las restricciones al ejercicio de la profesión médica en México. Esta interacción es notoria en tanto se utiliza la jurisprudencia de la Corte Interamericana como un punto de inicio para analizar hipótesis posteriores y extraer conclusiones directamente aplicables al punto medular del caso. Finalmente, en MJ 2/2006-PL la Suprema Corte debatía un cambio a su propia jurisprudencia en respuesta al caso *Castañeda Gutman vs México*. La doctrina jurisprudencial anterior prohibía al Tribunal Electoral realizar control constitucional de normas. En el caso *Castañeda Gutman vs México*, el Estado mexicano fue condenado por infringir el derecho de protección judicial dada la falta de un recurso judicial efectivo en contra de leyes inconstitucionales. La tutela de los derechos electorales era inadmisibles a través del juicio de amparo mexicano y la acción de inconstitucionalidad no era un medio idóneo dada su legitimación restringida a ciertos órganos. Por tanto, en MJ 2/2006-PL la Corte discutía modificar la interpretación anterior para dar protección a estos casos variando su propia jurisprudencia. El procedimiento de modificación fue suspendido al sobrevenir una reforma constitucional que resolvía el problema en cuestión. Sin embargo, resulta claro que, ante un llamamiento directo de la Corte Interamericana, se gestaba una respuesta directa de la Suprema Corte.

Interacciones Suprema Corte de Justicia



b) El paradigmático caso Radilla

En el 2009 la Corte Interamericana condenó a México por la desaparición forzada de Rosendo Radilla Pacheco. Entre otras cosas, la Corte ordenó al Estado mexicano investigar la desaparición forzada en cuestión y reformar el Código de Justicia militar que permitía la extensión de la jurisdicción militar a particulares si éstos habían sido sujetos pasivos de un delito cometido por militares en activo.

La Corte Interamericana afirmó que el Poder Judicial debía asegurarse de que las provisiones de la Convención no se vieran afectadas por leyes contrarias a los derechos garantizados en ella. Así, en palabras de la Corte Interamericana debía ejercerse una especie de “control de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana²³”.

El caso Radilla representó la primera ocasión en que la Corte Interamericana formulaba la doctrina del control de convencionalidad en un caso contra México. Después de Radilla, la Corte ha reiterado sistemáticamente su doctrina en todos los casos contra México²⁴, con algunas importantes precisiones. Por ejemplo, como lo señaló el juez Ferrer Mac-Gregor en el caso *Cabrera García y Montiel Fores vs. Mexico*, la Corte sustituyó la expresión “poder judicial” por “todos sus órganos [del Estado]” “incluidos sus jueces”. Esta sutileza nos permite incluir a cualquier juez independientemente de si forma parte formal o no del Poder Judicial o a órganos que materialmente realicen funciones jurisdiccionales (por ejemplo, Tribunales Constitucionales). De igual forma, esta precisión (“...vinculados a la administración de justicia en todos sus niveles”) robustece la posibilidad de argumentar a favor de un control difuso de convencionalidad²⁵.

Después de la publicación de la Sentencia, el entonces Presidente de la Suprema Corte, Guillermo Ortiz Mayagoitia, presentó una consulta a trámite relativa a la potencial participación del poder judicial federal en el cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana.

En el expediente Varios 912/2010, la Suprema Corte mexicana sostuvo que carece de competencia para cuestionar si las sentencias de la Corte Interamericana son correctas o no, sino que debe limitarse al cumplimiento respectivo en sus términos

23. Radilla Pacheco vs. México (2009), párr. 339.

24. Casos Fernández Ortega y otros vs. México (párr. 236), Rosendo Cantú y otra vs. México (párr. 219), Cabrera García y Montiel Flores vs. México (párr. 225) –en el cual el Estado mexicano alegó haber realizado un control de convencionalidad-, e inclusive en el reciente acuerdo de solución amistosa y reconocimiento de la responsabilidad del Estado Cruz y Sánchez Silvestre vs. México (párr. 59, note 76).

25. Véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Voto Razonado, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, (párr. 18-20).

(párr. 15). Por tanto, la sentencia y sus consideraciones son *res judicata* en el orden jurídico mexicano y poseen un carácter vinculante. (párr. 17-18). De igual forma, se afirmó que la Suprema Corte debe cumplir con la interpretación restrictiva del fuero militar ordenada por la Corte Interamericana. El máximo órgano judicial mexicano reconoció la incompatibilidad del artículo 57 del Código Militar respecto a los derechos garantizados por la Constitución y la Convención Americana.

Sin embargo, lo que constituyó una verdadera revolución, fue las implicaciones que la Suprema Corte extrajo de la doctrina del control de convencionalidad establecida en el párrafo 339 de la Sentencia Radilla Pacheco. La Suprema Corte afirmó que, dado que el Poder Judicial debe ejercer un control de convencionalidad y dadas las recientes reformas en derechos humanos a la Constitución mexicana (incluyendo derechos humanos contenidos en tratados internacionales al parámetro constitucional), el sistema de control mexicano cambiaría a un sistema difuso de control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad. Anteriormente, el control de constitucionalidad mexicano se centraba en la Suprema Corte y el Tribunal Electoral (en materia electoral) con la participación de los Juzgados de Distrito y Tribunales Colegiados en materia de amparo. De tal suerte, todos los jueces, incluyendo los locales, deben aplicar la ley de conformidad con la Constitución y tratados internacionales, prefiriendo la interpretación de la norma que sea conforme a la Constitución y Tratados y, en caso de no ser posible, abstenerse de aplicar la ley en cuestión.

En este artículo no entraremos en el debate acerca de si la Corte Interamericana concibió al control de convencionalidad como un sistema difuso sin importar el modelo de competencias de los poderes judiciales locales²⁶. La Corte Interamericana ha afirmado constantemente que el control de convencionalidad debe ser realizado "...evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes" (párr. 339, Caso Radilla). Este fue, precisamente, uno de los argumentos constantemente mencionados en los votos particulares a la anteriormente mencionada resolución Varios 912/2010.

Hasta el 2011, se encontraba prohibido que el Poder Judicial local realizase cualquier tipo de control constitucional, a pesar de la redacción del artículo 133 de nuestra Constitución, sustancialmente similar al artículo VI de la Constitución de Estados Unidos que ha servido de base para la doctrina del *Judicial Review*. El hecho de que el significado del artículo 133 constitucional haya sido sujeto de gran debate

²⁶. En contra de esta noción: García Ramírez, Sergio, "Relación entre la jurisdicción interamericana y los Estados (sistemas nacionales): Algunas cuestiones relevantes", Working paper n. 3, Center for Civil & Human Rights, University of Notre Dame, 2014, p. 27. "La Corte Interamericana no ordenó un régimen control difuso aunque probablemente simpatizara con él".

respecto al control de constitucional, podría ser un argumento para afirmar que quizá la Suprema Corte tomó la oportunidad dada por la redacción de la Sentencia de la Corte interamericana para arrojar nueva luz a un viejo debate nacional.

Las implicaciones han sido enormes. De acuerdo al expediente Varios 912/2010, cualquier juez sea ya local o federal, puede abstenerse de aplicar una norma que vulnere derechos constitucionales o derechos humanos reconocidos en tratados internacionales y la interpretación del corpus interamericano por la Corte Interamericana²⁷.

A través de la decisión *Varios*, la Suprema Corte mexicana acentuó que considerar las sentencias de la Corte Interamericana no es voluntario ni libre, sino obligatorio. Al incorporar criterios de la Corte Interamericana al proceso del control difuso de convencionalidad, las consideraciones sobre la jurisprudencia de San José dejaron de ser un lujo del juzgador para convertirse en una actividad mandatoria. Resulta claro que el caso Radilla Pacheco y su interpretación por la Suprema Corte desataron una discusión sobre derechos humanos y una invitación abierta al diálogo judicial en donde puede haber múltiples interlocutores nacionales y no sólo la propia Suprema Corte u otros órganos de control constitucional.

c) Un diálogo en potencia

Después del inicio de la discusión sobre las implicaciones del caso Radilla (Varios 912/2010) y motivado por la importante reforma en derechos humanos de 2011, es posible percibir un cambio significativo en el tratamiento de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Los demandantes entendieron las nuevas posibilidades y continuaron invocando jurisprudencia de la CorteIDH (AD 14/2011, AI 3/2010, CT 415/2012, AI 29/2011, AI 17/2011, AI 32/2012, ADR 2896/2012, RAD 426/201428, RR 463/2013, ADR 1338/2014). El ADR 2896/2012 es un caso clarísimo, en el que el demandante alegó tener acceso al amparo directo en revisión invocando que su caso implicaba una interpretación directa de la Convención Americana, no de la Constitución. La ley de amparo prevé que el Amparo Directo en Revisión sólo procede cuando el caso involucre una interpretación directa de un artículo constitucional. En el futuro, resultará interesante ver si opera algún cambio

27. El expediente Varios 912/2010 (par. 31) afirma que tales criterios son vinculantes cuando México ha sido parte en la decisión. Por otro lado, en el resto de los casos en que México no ha sido condenado, resultan criterios orientadores.

28. En el ADR 426/2014 el quejoso alegaba que no se había realizado un adecuado control de convencionalidad.

respecto a la procedencia del amparo directo en revisión en base a vulneraciones a la Convención Americana.

Como afirmamos en la introducción, no todas las interacciones tienen la misma predisposición dialógica. Las citas *a fortiori* continuaron siendo el método predominante de relación con la jurisprudencia interamericana. Estas citas se concentran en cuatro grandes áreas: *Drittwirkung*, sistema electoral/derechos políticos, libertad de expresión/acceso a la información y el mayor grupo constituido por el debido proceso y garantías judiciales.

Respecto al efecto horizontal de los derechos fundamentales, la Suprema Corte citó una jurisprudencia consolidada de la CoIDH (AR 1621/2010 y ADR 2903/2011). Las citas *a fortiori* concernientes al sistema electoral/derechos políticos paradójicamente han sido en lo relativo a la libertad de configuración del sistema electoral de los Estados miembros (AI 26/2010), la posibilidad de limitar derechos electorales como fue señalado en el caso Castañeda Gutman vs México (AI 36/2011) y el derecho de acceso a la función pública (AI 35/2014). En lo relativo a la libertad de expresión y el derecho a la información, la mayoría de las citas han sido argumentos *a fortiori* relativos a la justificación y forma de restringir tales derechos (AI 41/2012, AI 29/2011 y CT 56/201129) o su importancia en una sociedad libre y democrática (AR 448/2010 y AI 35/201430). La categoría mayor la constituyen citas relativas al debido proceso y garantías judiciales. Aquí, la Suprema Corte ha citado frecuentemente la definición y contenido del debido proceso (MJ 4/2011, ADR 1603/2011, CC 10/2011, CT 414/2011, AD 77/201231), derecho a la tutela judicial (CT 139/2013 y CT 265/2013), presunción de inocencia (CT 200/2013 y CT 383/2013), condición de los detenidos (AI 21/2013 y AI 24/2012) y la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes (AD 33/200832). Sin embargo, la gran mayoría de las citas se relacionan a la definición de “recurso judicial efectivo³³” y los criterios para limitar su admisibilidad (CT 286/2011, ADR 279/2013, CT 152/2014,

29. Herrera Ulloa vs. Costa Rica y Claude Reyes y otros vs. Chile.

30. Perozo y otros vs. Venezuela, Olmedo Bustos y otros vs. Chile y Ricardo Canese vs. Paraguay.

31. Gangaram Panday vs. Surinam; ADR 1603/2011, Tribunal Constitucional vs. Perú; Baena Ricardo y otros vs. Panamá.

32. Loayza Tamayo vs. Perú.

33. La Corte Interamericana ha enfatizado la idea de que el artículo 25 de la Convención constituye “one of the basic pillars not only of the convention but of the rule of law in a democratic society”. CANCADO, Antonio, “The Inter-American system of protection of human rights: The developing Case-Law of the Inter-American Court of Human Rights”, en GÓMEZ, Felipe y DE FEYTER, Koen, *International Protection of Human Rights: Achievements and Challenges*, Bilbao, University of Deusto, 2006, p. 491. Este tema también ha sido debatido con intensidad en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una aproximación en CARMONA CUENCA, Encarnación, “El Derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional. Problemas interpretativos”, en GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA, Pablo (Eds.), *La Europa de los Derechos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 707-732.

SMJ 11/2013, y CT 397/201334). Debe notarse que la Constitución mexicana carece de este derecho, al menos en esta forma específica. De un estudio cuidadoso de los diálogos judiciales en el sistema interamericano, podríamos intuir que la Convención Americana y su interpretación por la CortelDH presentan oportunidades para que los intérpretes nacionales expandan derechos apelando a contenidos o formulaciones que no necesariamente se encuentran presentes en las respectivas constituciones de los países miembros.

Finalmente, otras referencias fuera de estas categorías se refieren al acceso a la justicia de las víctimas (CT 163/201235), la importancia del derecho comparado en la interpretación evolutiva (CT 21/2011-PL36), las medidas provisionales (CT 492/2012), la protección de las conversaciones telefónicas dentro del derecho a la vida privada (también la CT 492/201237), el derecho de consulta de pueblos indígenas (CC 32/201238) y el principio de proporcionalidad (AI 26/201039).

Curiosamente, la Suprema Corte ha comenzado inclusive a realizar esporádicamente una cita genérica de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Es decir, una cita en donde se menciona la interpretación general sin hacer referencia a ninguna resolución en específico. Este es el caso del AR 315/2010 (referencia al entendimiento de la Corte Interamericana del derecho a la salud), CT 121/2012 (cita genérica a la jurisprudencia que define la duración razonable de un proceso judicial) y CT 371/2012 (referencia general sobre el derecho de acceso a la justicia). Aunque ello pueda parecer una característica positiva al, de cierta forma, tomar la jurisprudencia de la CortelDH como un hecho notorio, resultaría adecuado siempre incorporar las citas concretas. Sólo así los lectores de jurisprudencia podrán seguir la discusión o verificar la línea jurisprudencial a la que se ha hecho alusión.

34. *A fortiori Ivcher Bronstein vs. Perú, Aguado-Alfaro y otros vs. Perú y Castañeda Gutman vs. México,*

35. *Rosendo Cantú y otra vs. México.*

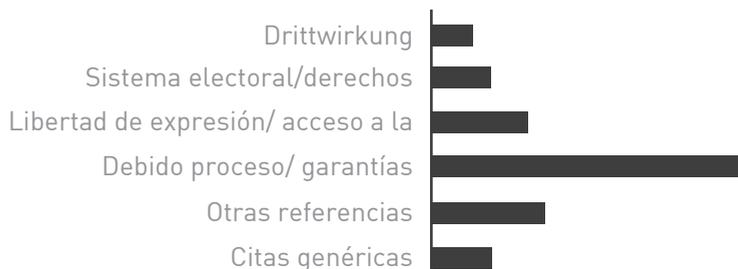
36. *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica.*

37. *Entre otros, Escher y otros vs. Brasil.*

38. *Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador y Saramaka vs. Surinami.*

39. *Ricardo Canesse vs. Paraguay.*

Citas a fortiori



Aún cuando hemos afirmado que las citas *a fortiori* u ornamentales no deben ser percibidas como una voluntad interactiva, el drástico incremento de tales citas sí puede reflejar un cambio concreto dentro de la Suprema Corte mexicana. Se reflejaría una decisión consciente de darle mayor visibilidad e importancia a la jurisprudencia de la Corte Interamericana inclusive en casos puramente *nacionales*.

Sin embargo, no sólo la cantidad de interacciones se incrementó después del inicio de la discusión Varios 912/2010. También ha existido un incremento cualitativo. En este periodo es posible ver algunos ejemplos de disposición dialógica. Por ejemplo, en la AI 32/2011 la Suprema Corte utilizó extensivamente los casos *Castañeda Gutman vs. México* y *Yatama vs. Nicaragua* para crear el entramado jurídico aplicable al caso⁴⁰. Se ha vuelto común para la Suprema Corte expresamente afirmar la realización de un control de convencionalidad (CT 172/2012⁴¹), con un profundo análisis de la jurisprudencia interamericana⁴². Ocasionalmente, la Suprema Corte mexicana también ha incurrido en préstamo metodológico de la Corte Interamericana. En el ADR 2618/2013 la Suprema Corte empleó la metodología desarrollada por la Corte Interamericana en *Atala Riffo e hijas vs. Chile* para evaluar si una decisión judicial era discriminatoria y resolver el caso dentro de este marco. Por tanto, no sólo fue un reconocimiento de la autoridad de la decisión, sino un uso de herramientas

⁴⁰. Un caso similar es el AD 16/2012 y AI 11/2013 en el cual se fija el marco jurídico dentro de la libertad de expresión y libertad de prensa para resolver el caso. De igual forma, en el AD 74/2012 en el que se fijan los estándares de las restricciones a la libertad de prensa y expresión.

⁴¹. La CT 185/2013 es otro claro ejemplo de control de convencionalidad en lo concerniente al remedio judicial efectivo. En la misma línea se encuentra AD 55/2012 y CT 5/2013 que discuten si la interpretación del Tribunal Colegiado de Circuito se realizó de acuerdo a los estándares constitucionales y convencionales.

⁴². La CT 172/2012 analiza la jurisprudencia del remedio judicial en los siguientes casos: Velásquez Rodríguez vs. Honduras; Castillo Petruzzi y otros vs. Perú; Ivcher Bronstein vs. Perú; Ivcher Bronstein vs. Perú; Castañeda Gutman vs. México; trabajadores cesados del Congreso vs. Perú. Un caso similar es el AR 198/2011 sobre garantías judiciales.

metodológicas adaptadas y utilizadas por un Tribunal Nacional que conscientemente confronta sus razonamientos con aquéllos delimitados por la convención y su máximo intérprete. Finalmente, también puede decirse que el seguimiento de la jurisprudencia de la Corte Interamericana también ha producido cierta interacción aperturista. Por ejemplo, en el ADR 1157/2014 la Suprema Corte manifiesta que su interpretación es acorde con la interpretación del derecho a una defensa adecuada de la Corte Interamericana, analizando por tanto *Barreto Leiva vs. Venezuela e Hilaire, Constantine, Benjamin et al vs. Trinidad y Tobago*. Una experiencia similar puede verse en la AI 22/2014 en el cual fue necesario entrar en diálogo con la jurisprudencia del caso Yatama para demostrar por qué no era aplicable al caso concreto⁴³.

III. Conclusiones

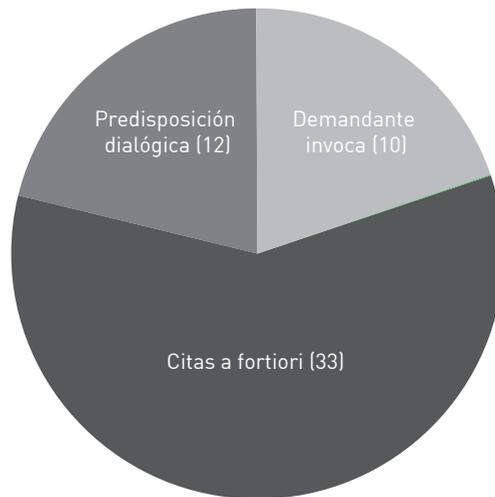
El análisis previo ha intentado demostrar la existencia de una predisposición dialógica por parte de la Suprema Corte respecto a la jurisprudencia de la Corte Interamericana. La reforma constitucional de derechos humanos de 2011 y la sentencia del caso Radilla sirvieron como ocasión a la Suprema Corte para emprender grandes cambios respecto a su modelo de control constitucional y convencional.

La Convención Americana y su interpretación son empleadas cada vez con más frecuencia no sólo como fuentes jurídicas por la Suprema Corte, sino como herramientas metodológicas que aportan estándares y someten disposiciones nacionales a un escrutinio distinto. Esto forma parte de una clara tendencia aperturista al diálogo judicial que también se encuentra en gestación en otros países del sistema interamericano⁴⁴. El diálogo dentro de nuestro sistema regional es esencial como herramienta para una construcción conjunta de criterios sobre derechos humanos.

43. Un caso parecido puede ser la CT 218/2011 que cita la definición de "remedio judicial efectivo" para justificar la presentación de un amparo sin haber promovido un recurso de apelación.

44. Cfr. Morales, Mariela, "El Estado abierto como objetivo del *Ius Constitutionale Commune*", en von Bogdandy, Armin et al, *Ius Constitutionale Commune en América Latina*, México, IJ-UNAM, 2014, págs. 281-291. Existe también una revista denominada Diálogo Jurisprudencial que explora la recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana por los más altos órganos judiciales de los Estados miembros. Puede consultarse en línea: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/DialogoJurisprudencial/> (última consulta 01.07.2015).

Citas a fortiori



Sin embargo, la Suprema Corte no es completamente representativa del poder judicial y no debemos apresurarnos a extrapolar la anterior situación a toda la judicatura. En primer lugar, la Suprema Corte materialmente desempeña las funciones de un Tribunal Constitucional. Por tanto, se encuentra acostumbrada a resolver casos con contenido constitucional, ponderación de derechos y otros métodos interpretativos que le facilitan interactuar efectivamente con la jurisprudencia de San José. En segundo lugar, resulta usual pensar que la Suprema Corte tiene los medios materiales para tomar en cuenta en la jurisprudencia de la Corte Interamericana en su análisis mientras que otros jueces (por ejemplo, jueces de primera instancia) carecen de estos medios debido a la sobrecarga laboral y falta de formación. Dado que la apertura del modelo mexicano implica la pérdida de una concepción monopólica del control de constitucionalidad y convencionalidad anclada en la Suprema Corte o en los juzgados federales, el papel de la judicatura local será crucial.

Resulta claro que para la funcionalidad del modelo de control difuso de convencionalidad establecido por la Suprema Corte, es esencial un cambio de mentalidad y formación en los jueces locales. En un modelo difuso de control de convencionalidad, los jueces locales deben ejercer un papel protagónico dentro del sistema. Una natural progresión del modelo implicaría observar con mayor

frecuencia diálogos entre jueces nacionales sobre cómo entienden los derechos de la convención americana y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. La Suprema Corte seguramente tomará la palabra en un gran número de ocasiones, pero esta palabra no será necesariamente única ni última. Los jueces mexicanos deben reconocer que la Convención y su interpretación por la Corte Interamericana no deben ser vistas como elementos externos sino como parte del núcleo de derechos fundamentales del ordenamiento nacional.

Restricciones institucionales de los gobiernos para el fortalecimiento de los Derechos Humanos

Rocío Flores Calderón¹

Martha Miranda Muñoz²

Orlando Espinosa Santiago³

Víctor Manuel Figueras Zanabria⁴

Introducción

El Estado debido a la globalización, desde hace décadas perdió la centralidad que lo caracterizó por mucho tiempo⁵; hoy en día, limitado y en ocasiones claramente debilitado, juega su permanencia y legitimidad en la habilidad de ser reconocido por la comunidad internacional como capaz de garantizar las condiciones mínimas básicas de protección a sus ciudadanos, un viejo problema en la región latinoamericana si se recuerda el establecimiento de dictaduras militares a lo largo de varias décadas.

1. Estudiante del Doctorado en Ciencias de Gobierno y Política, Instituto de Ciencias de Gobierno y Desarrollo Estratégico de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (ICGDE-BUAP). Correo electrónico: rocio.flores@correo.buap.mx;

2. Doctora en Economía, Universidad de Essex, Reino Unido. Profesora-investigadora del ICGDE-BUAP. Correo electrónico: martha.miranda@correo.buap.mx

3. Doctor en Ciencias Sociales con mención en Ciencia Política por la FLACSO México. Profesor-investigador del ICGDE-BUAP. Correo electrónico: orlando.espinosa@correo.buap.mx

4. Doctor en Política, Universidad de Essex, Reino Unido. Profesor-investigador del ICGDE-BUAP. Correo electrónico: victor.figueras@correo.buap.mx

Los autores son miembros del grupo de investigación "Dinámica democrática y políticas públicas".

5. Sobre el punto puede consultarse CANÇADO TRINDADE, A., *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, Netherlands, 2010; BOGDANDY A., "Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum: una aclaración conceptual", *Ius Constitutionale Commune en Derecho Humanos en América Latina*, BOGDANDY A., MORALES. M., FERRER E., México, 2013; HELD, D., "The Changing Structure of International Law: Sovereignty Transformed?", HELD, D. & MCGREW, A., *The Global Transformations Reader*, Cambridge-Malden, 2008, pp.162-176; JACKSON, J. H., "Sovereignty-Modern: A New Approach to an Outdated Concept", *The American Journal of International Law*, Vol. 97, No. 4 [Oct., 2003], pp. 782-802; KREIJEN, G., *State, Sovereignty, and International Governance*, Oxford, 2002; SERNA DE LA GARZA, J.M., *Impacto e Implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, 2012, pp. 13-14.

La posible emergencia de un *Ius Constitutionale Commune Latinoamericano* (ICCAL) puede verse como una manifestación del fenómeno –más amplio y difuso– de Gobernanza Global, concepto sobre el que no existe aún consenso en la comunidad académica y que busca dar cuenta de un conjunto de transformaciones en la política mundial como la aparición de actores y formas de organización transnacionales que cuestionan el papel tradicional de la figura del Estado⁶.

Las interconexiones globales han existido por siglos, ya sea por la vía de rutas comerciales o por los efectos de las políticas colonialistas, sin embargo, lo novedoso radica en lo Held denomina la “intensificación crónica de las pautas de interconexión”⁷. Crecientes flujos migratorios y de información, nuevos esquemas de intercambio y de posibilidades de interconexión, han permitido el surgimiento de nuevas formas de organización y de espacios de autoridad, afectando las negociaciones entre los propios Estados⁸. Los nuevos detentores de la autoridad supranacional, las nuevas “autoridades”⁹, se caracterizan fundamentalmente por la capacidad de toma de decisiones relativamente autónomas, por parte de actores no estatales y supra estatales¹⁰.

Este fenómeno de dispersión del poder presenta para los países retos nunca antes vistos, en su naturaleza y magnitud. Tanto la Gobernanza Global como el *Ius Constitutionale Commune Latinoamericano* aparecen no solo como una categoría analítica en construcción¹¹ sino como una aspiración concreta de un conjunto de países de poder desarrollar instrumentos, basados fundamentalmente en la cooperación y la coordinación, que permitan establecer ciertos ámbitos de orden, objetivos comunes

6. GONZÁLEZ, G.; PELLICER, O. y SALTALAMACCHIA, N. (eds.), *México y el multilateralismo del siglo XXI*, México, 2015, pp. 16-17

7. HELD, D., *La democracia y el orden global: del estado moderno al gobierno cosmopolita*, Madrid, 1997, p. 43

8. Véase DINGWERTH, K. & PATTERBERG P., “Global Governance as a Perspective on World Politics,” *Global Governance: Global Governance: A Review of Multilateralism and International Organizations*, Vol. 12, N° 2, April 2006.

9. Algunos ejemplos serían “... los regímenes inter-firmas privadas que regulan segmentos de mercado enteros; arreglos cooperativos estándar privados establecidos entre diferentes actores sociales; redes movilizadoras (advocacy networks) transnacionales que ejercen autoridad moral en ciertas áreas temáticas que van desde la biodiversidad hasta los derechos humanos; y autoridades ilícitas como la mafia y los ejércitos mercenarios.” FUCHS citado en DINGWERTH, K. & PATTERBERG P., “Global Governance as a Perspective on World Politics,” *Global Governance: Global Governance: A Review of Multilateralism and International Organizations*, Vol. 12, N° 2, April 2006, p. 193. Autores como BOGDANDY et al. definen a la Autoridad Pública Internacional como “Cualquier tipo de actividad de gobernanza realizada por una institución internacional, sea administrativa o intergubernamental, debe ser considerada como un ejercicio de autoridad pública internacional si esta determina a individuos, asociaciones privadas, empresas, estados u otras instituciones públicas” (traducción propia), véase BOGDANDY A. V., DANN, P. & GOLDMANN, M. “Developing the Publicness of Public International Law”, *German Law Journal*, Vol. 9, no. 11, 2008, p.1376

10. DINGWERTH, K. & PATTERBERG P., “Global Governance as a Perspective on World Politics,” *Global Governance: Global Governance: A Review of Multilateralism and International Organizations*, Vol. 12, N° 2, April 2006, p. 193

11. *Ibidem*.

y procesos homologados, para generar “capacidad gobierno” a nivel supranacional.¹² En este escenario la emergencia de un *lus Constitutionale Commune Latinoamericano* parece no sólo factible sino necesaria para generar *capacidad de gobierno de la globalidad*, lo que implica atender, simultáneamente: (1) la integración global, (2) la diferenciación local, y (3) las demandas de una sociedad civil de orden mundial¹³.

Un país podría plantearse varios escenarios de integración a la Gobernanza Global dependiendo de sus intereses y capacidades; parece razonable suponer que la adhesión a diversos acuerdos de Gobernanza Global impone ciertos costos domésticos, entendidos como el producto de las acciones internas requeridas para materializar un acuerdo signado. Las organizaciones del gobierno requerirán ajustar sus reglas y formas de operar bajo una nueva lógica. Para las organizaciones del sector público la adopción de regulación internacional, traducción material de las iniciativas de Gobernanza Global, representa un incentivo exógeno que altera su funcionamiento cotidiano y que no siempre tiene sentido dentro del entramado de relaciones e intereses locales.¹⁴

Además, las organizaciones gubernamentales se verían obligadas a dedicar parte de su tiempo y recursos para cumplir la nueva directriz, por lo que se genera una tensión permanente entre rutinas existentes y nuevos procedimientos, que desviaría la implementación exitosa hacia patrones de adaptación.¹⁵ Habría que añadir que las organizaciones públicas no se conducen bajo una lógica teleológica, donde para fines bien establecidos se supone un automático alineamiento de estructuras, recursos y procesos suficientes para lograrlos. Más bien son híbridos que funcionan bajo las lógicas política y administrativa simultáneamente¹⁶ por lo que para evitar resistencias, boicots y/o simulaciones, que dispersen la acción organizacional es indispensable dotar de sentido al cambio. Así, para dar sentido al cambio organizacional es necesaria una estrategia amplia que contemple, a un tiempo, trabajar en la tensión interna entre la exigencia de técnica de gestión y los imperativos políticos, y buscar apalancamiento en los *stakeholders* (partes interesadas o afectadas) claves del contexto organizacional relevante.

12. *Ibidem*, pp.193-196.

13. “... world wide civil society demands” en el original BEAUSANG, F., “Democratising Global Governance: The Challenges of the World Social Forum”, *Discussion Paper 59*, United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, France, 2002, p.32

14. ARELLANO, D., “Transparencia desde un análisis organizativo: los límites del nuevo institucionalismo económico y las “fallas de transparencia”, *Reforma y Democracia*, N°. 40, febrero 2008, p. 7

15. MERINO, M. y MACEDO, I., “La política autista. Crítica a la red de implementación municipal de la Ley de Desarrollo Rural Sustentable”. *Gestión y Política Pública*, Vol. XV, N° 2, Julio - Diciembre 2006, p. 415

16. Para una introducción a esta concepción dual de las organizaciones del sector público, puede consultarse CHRISTENSEN, T.; LÆGREID, P.; RONESS, P; & RØVIK, K., *Organization Theory and the Public Sector: Instrument, Culture and Myth*, USA, 2007.

Paradójicamente, el mundo sigue organizado en Estados-Nación, integrado por países que, aun cuando perciben las nuevas fuerzas globales que parecieran vulnerarlos, se mantienen como las unidades fundamentales de la comunidad internacional. En este sentido, sus intereses y decisiones aún son de enorme importancia en cuanto a las posibilidades reales de desarrollo de algunas tendencias globales y regionales, entre ellas la posibilidad de la expansión y consolidación de un *Ius Constitutionale Commune Latinoamericano*.

En suma, los países que contemplan su integración a esquemas de Gobernanza Regional enfrentan, al menos, los siguientes costos: el de redireccionamiento de la estructura gubernamental de gobierno para que opere incorporando las nuevas directrices; el de oportunidad por las cosas que efectivamente dejará de hacer (de su operación tradicional) para atender nuevos temas; y el costo de “dar sentido” al cambio, de construir una visión que incorpore los nuevos valores y logre empatarlos con los existentes, siendo un claro ejemplo el Programa de capacitación de la Suprema Corte de Justicia de México, acerca de las reformas constitucionales en materia de amparo y derechos humanos aprobadas durante 2011¹⁷. Frente a estos retos, entonces, ¿por qué un país decide no resistir sino participar en la Gobernanza Regional?

Con fines estrictamente analíticos se pueden dividir las razones de la cooperación en externos e internos. En las primeras se dará cuenta de cómo los gobiernos buscan cooperar a partir de las restricciones que como gobiernos enfrentan en términos federalistas y organizativos; en la segunda, se dará cuenta de las restricciones y oportunidades que ofrece la particular estructura política del país para su concreción a partir de los intereses, legitimidad y restricciones político-electorales.

El objetivo del capítulo es analizar cómo para los gobiernos, la cooperación respecto de los procesos de gobernanza global atraviesa dimensiones externas (federalistas, comportamiento apropiado e isomorfismo institucional) e internas (político y electoral) del país en cuestión. Para llevarlo a cabo, en primer lugar se presentará un breve bosquejo sobre la globalización y el consecuente debilitamiento del Estado frente a procesos que escapan estrictamente a su control soberano y local. En un segundo

17. Dicho programa consistió en la impartición de varios cursos de alcance nacional, entre los que destacan: “Diplomados Virtuales Sobre Aplicación de los Estándares Internacionales y Regionales de Derechos Humanos y la Perspectiva de Género en la Argumentación Jurídica y la Impartición de Justicia”, “el Seminario introductorio: Las Reformas Constitucionales en Materia de Amparo y Derechos Humanos y sus Implicaciones para el Trabajo Jurisdiccional”, dirigido a 1,137 titulares de Juzgados y Tribunales federales. Dicha actividad se desarrolló en siete sedes en seis ciudades del país (Distrito Federal, León, Puebla, Mazatlán, Tuxtla Gutiérrez y Saltillo) y contó con alrededor de 90 ponentes nacionales e internacionales; “las Jornadas Itinerantes: el impacto de las reformas constitucionales de amparo y de derechos humanos en la actividad jurisdiccional”, en ésta asistieron en las Conferencias Magistrales 820 juzgadores y en las Mesas de Debate y Análisis asistieron 875 jueces y magistrados federales. http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/acc_ref/Comunicado_124-2012.pdf Además en el Informe Anual de Labores 2012 de la Suprema Corte de Justicia, en el diplomado en Derechos Humanos intervinieron 3,500 servidores públicos. <https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Paginas/informe2012.aspx>

momento se enunciarán cuáles son las implicaciones externas de cooperación de los gobiernos frente a la gobernanza global; y por último, las dimensiones internas que moderan la cooperación a partir de factores internos. El texto finaliza con un apartado de conclusiones sobre los principales puntos discutidos y la agenda de investigación.

1. Globalización y el debilitamiento del Estado

El concepto de globalización, en sentido estricto, nace y se nutre en la década de los setenta con el análisis de la conformación de las corporaciones transnacionales a escala mundial, para dar lugar, posteriormente, al desarrollo de un enfoque basado en la globalización de los mercados, fundamentalmente en el ámbito de los estudios de economía internacional. En función de su acepción más estrecha, y más allá de las ambigüedades y confusiones sobre el término, podemos precisar inicialmente tres presupuestos generalmente presentes en estos discursos: “a) la globalización se entiende como un *proceso* predominantemente económico, articulado en torno a una reestructuración productiva a escala mundial (...); b) la globalización conlleva una *visión* del sistema internacional como un sistema interdependiente e inter-conectado, proceso que se refuerza con el desarrollo de las comunicaciones y la liberalización y la apertura comercial (...); c) la globalización, en esta perspectiva, postula una *visión unidimensional*, centrada en lo económico, la preeminencia de los agentes del mercado sobre las economías nacionales y sobre el rol del Estado-nación visto como un actor crecientemente debilitado, la acelerada permeabilidad y articulación entre las dinámicas domésticas y las internacionales, y el papel crucial del mercado como autorregulador y actor protagonista del sistema.”¹⁸

La concepción imperante de la globalización remite y se asocia a un paradigma y a un discurso ideológico dominante a nivel mundial en función de un esquema privilegiado de interpretación económica y política: el neoliberalismo que legitima su emergencia y desarrollo.

Por otra parte, para una serie de analistas la globalización es crecientemente asumida como un proceso multidimensional, caracterizado por el cambio acelerado y la creciente complejidad de las interacciones y nexos de diverso orden que lo distinguen, en un entorno global de rasgos nuevos. Este fenómeno se articula con un proceso de

18. SERBIN, A., “La sociedad civil trasnacional y los desafíos de la globalización”, *Ciudadanía y mundialización. La sociedad civil ante la integración regional*, PODESTÁ, B., GÓMEZ, M., JÁCOME, F., y GRANDI, J. [Coords.], España, 2000, pp. 13-14. *Cursiva nuestra.*

compresión espacio-tiempo¹⁹. A la vez, y desde esta perspectiva, la globalización no se percibe como un proceso uniforme, homogeneizador en lo económico, cultural, ideológico, político y social, sino como el proceso generador de un espacio mundial frecuentemente fragmentado que engendra contradicciones, desigualdades y conflictos específicos, y que lleva a la emergencia de una sociedad mundial, caracterizada más por sus fragmentaciones, exclusiones y divisiones, en distintos planos y dimensiones, que por su ficticia unidad. Las tensiones y contradicciones se incorporan tanto a nivel estructural como dinámico, en términos de los procesos de conformación de una sociedad global por parte de un conjunto de actores que cuestionan el proceso de globalización en sí, y, eventualmente, su propia participación en el mismo.

En este plano surge, a partir de la consideración del rol de los agentes, el debate acerca de los alcances de una “globalización desde arriba” promovida por las corporaciones transnacionales, los organismos multilaterales, la banca internacional y los países de mayor dinamismo económico, y una “globalización desde abajo” que aspira a regular y poner coto —a través de las acciones e iniciativas de diversos movimientos y organizaciones sociales de carácter asociativo— a los imperativos impuestos por los actores del mercado y los Estados-nación más poderosos²⁰. Como consecuencia, se abre el debate acerca de quién toma las decisiones que conducen el proceso de globalización y en representación de quién lo hacen, introduciendo la necesidad de promover, asimismo, formas de gobernabilidad democrática global para regular el proceso de globalización en su vertiente actual²¹ y superar tanto los “déficits democráticos” existentes, como los “déficits sociales” y las exclusiones que impone la “globalización desde arriba.”

Frente a este proceso de globalización, el Estado como figura central de la gestión de soluciones pierde fuerza. Mientras sigue siendo predominante en asuntos como la migración, seguridad pública y territorial, así como en la ratificación de tratados internacionales, en otros su centralidad disminuye y se iguala en importancia a lado de otros actores estratégicos en la solución de asuntos globales: medio ambiente, transferencia de tecnologías, expansión y regulación de internet, flujo de datos personales, movilización de demandas sociales y civiles transnacionales,

19. GIDDENS, A., *The Third Way. The Renewal of Social Democracy*, Cambridge, 1998.

20. FALK, R., “The World Order between Inter-State Law and the Law of Humanity: the Role of Civil Society Institutions”, *Cosmopolitan Democracy. An Agenda for a New World Order*, ARCHIBUGI, D. AND HELD, D. (eds.), Cambridge, 1995, pp. 163-179; FALK, R., *On Humane Governance. Toward a New Global Politics*, Pennsylvania, 1995.

21. HELD, D., “Democracy and the New International Order”, *Cosmopolitan Democracy. An Agenda for a New World Order*, ARCHIBUGI, D. AND HELD, D. (eds.), Cambridge, 1995; HELD, D., *La democracia y el orden global: del estado moderno al gobierno cosmopolita*, Madrid, 1997, p. 383.

cooperación en energía, flujos financieros, resistencias contra las minerías, e incluso, el terrorismo, trata de personas, pornografía infantil, narcotráfico, tráfico de armas, piratería, entre otros.

Si bien en un primer periodo de la historia el proceso de centralización estatal fue benéfico ya que otorgó eficacia y legitimidad para atender distintos problemas, hoy en día “su papel regulador de conflictos es suplantado por otras instancias en la que los actores pactan o negocian desacuerdos al margen del estado”²². Este debilitamiento del Estado como actor central se conecta adecuadamente con las demandas de mayor democracia participativa. Cada vez más se requiere una ciudadanía involucrada en la toma de decisiones gubernamentales, incidiendo en la definición de los problemas públicos y contribuyendo en su solución. También está en concordancia con el reconocimiento de que la gestión de soluciones no puede estar exclusivamente en la administración pública o burocracia gubernamental, quien unilateralmente y de forma precaria puede atender las múltiples demandas en un contexto de creciente complejidad. Los partidarios de la democracia participativa cuestionan la idea según la cual las empresas o el sector privado son más eficientes o el canal privilegiado para lograr mejores resultados.

El proceso de globalización descrito impacta directamente en la relación entre gobierno y sociedad. De hecho, ya no existe tal vinculación jerárquica o tradicional. En este sentido, Manuel Castells describió lo que a su juicio era la agenda de investigación considerando el vínculo entre globalización y política: *crisis de eficiencia* (los problemas no pueden ser resueltos o administrados correctamente desde lo nacional – local), *crisis de legitimidad* (mayor distancia entre el ciudadano y su representación política; y la habilidad del gobierno nacional o subnacional de administrar sus intereses en una red global de generación de políticas), *crisis de identidad* (los ciudadanos de un país pierden su orientación definida) y *crisis de equidad* (Estados con capacidades desiguales para enfrentar los crecientes procesos de desigualdad capitalista).²³ Las diferentes crisis y la creciente incapacidad del Estado han favorecido el fortalecimiento de los actores no gubernamentales para contrarrestar los desajustes y conflictividades anunciadas como propias del capitalismo y la globalización. Esas nuevas condiciones tensaban cada vez más la relación jerárquica y soberana del gobierno con el resto de actores nacionales y domésticos, toda vez que el contexto favorecía formas más

22. VALLÈS, J., *Ciencia política*, Barcelona, 2006. p. 134.

23. CASTELLS, M., “Global governance and global politics”, *Political Science & Politics*, Vol. 0, Issue 1, January 2005, pp. 9-16

descentralizadas, cooperativas y coordinadas, acciones consideradas como propia de la gobernanza.²⁴

En cambio, la Gobernanza Global se entiende como un modo de conducción, de atención y resolución de problemas, donde el gobierno forma parte de un conjunto de actores involucrados en una temática específica, pero donde se enfatiza su orientación-vinculación hacia lo que sucede internacionalmente; en otras regiones, en otros países, y más específicamente hacia otros Estados, organismos multilaterales, asociaciones, ONGs. Para especialistas como Mayntz “Las organizaciones internacionales, gubernamentales y no gubernamentales componen conjuntamente lo que por lo general se denomina gobernanza global. La gobernanza por definición se refiere a la solución de problemas colectivos; no se refieren a la dominación de por sí”²⁵. La *Comission on Global Governance* la entiende como un “conjunto de disposiciones pluralistas a través de los cuáles las diversas instituciones, organizaciones, movimientos, actores tanto nacionales como internacionales, públicos y privados consigan regular o gobernar los diversos asuntos globales”.²⁶

No es raro en este sentido que los defensores de la gobernanza global vean en la participación, la transparencia y la rendición de cuentas, una continuidad global de la democracia usualmente confinada al ámbito local o nacional. Recientemente, en un esfuerzo por esclarecer y potenciar la capacidad conceptual se ha definido como “las relaciones (formales e informales) entre actores (gubernamentales o no gubernamentales) a través de normas y reglas para identificar, entender, manejar y solucionar problemas que se ubican en diferentes estratos de autoridad y formas de ejercer el poder”²⁷. Más allá de la forma particular de conceptualizar a la gobernanza global, el modo privilegiado en el que el gobierno se inserta en la gobernanza global es la red, por tanto, se espera que se inserte en relaciones con otros Estados, con instituciones y que a su vez descentralice su poder.

24. Para algunos autores la gobernanza ha sido definida como “la capacidad de auto coordinación propia de redes constituidas por una variada constelación de organizaciones y entidades privadas y públicas, estatales y transestatales” VALLÉS, J., *Ciencia política*, Barcelona, 2006. p. 430. Para otro estudioso del tema “Gobernanza significa en gran medida la coordinación y cohesión sostenida de múltiples actores con diferentes propósitos y objetivos, tales como actores e instituciones políticas, intereses corporativos, sociedad civil y organizaciones transaccionales” SÁNCHEZ, J. J., “Usos de los conceptos de gobernabilidad y gobernanza [una manera de diferenciarlos]”, *Gobernabilidad y gobernanza en los albores del siglo XXI y reflexiones sobre el México contemporáneo*, LERNER, B., UVALLE, R., Y MORENO, R. (Coords.), México, 2012, p. 228

25. MAYNTZ, R., “Los estados nacionales y la gobernanza global”, *Reforma y Democracia*, N° 24, Octubre 2002, p. 2

26. COMMISSION ON GLOBAL GOVERNANCE, *Our global Neighborhood: The Report of the Commission on Global*, Oxford, 1995. [<http://www.eldir.org/static/DOC2163.htm>]

27. SCHIAVON, J., ORTEGA, A., LÓPEZ-VALLEJO, M., y VELÁZQUEZ, R., *Teorías de Relaciones Internacionales en el siglo XXI: Interpretaciones críticas desde México*, México, 2014, p. 422

La pregunta sobre cómo construir una gobernanza global democrática atraviesa por el logro de una soberanía compartida involucrando las asociaciones público-privadas, el desarrollo de una sociedad civil global, la creación de un movimiento de justicia global, redefiniendo el papel de las instituciones internacionales, promoviendo la carta universal de derechos, la creación de instituciones en temas específicos –como la corte penal internacional-, campañas en medios y la promoción del internet como requisito global.

Esas tensiones del Estado en red también generan sus propios riesgos: la diferenciación de organizaciones de acuerdo a los temas y problemas que se quiere resolver, la descoordinación política entre niveles horizontales y verticales de toma de decisiones; la incompatibilidad ideológica; la dimensión geopolítica de imponer unilateralmente sus intereses por encima del resto de naciones o redes; la asimetría de información entre actores estratégicos. Además de estos riesgos, en términos generales la “Gobernanza” supone la vigencia, en el mejor de los casos, de un Estado mínimo (pero fuerte y eficaz), y en el peor de ellos, un Estado claramente debilitado. Sin embargo, esto se puede soslayar porque más allá de que exista una estatalidad fuerte o débil, la centralidad del Estado se ha desdibujado.²⁸

Aunque la noción de gobernanza supone que no importa la debilidad o fortaleza del Estado dado que no es el actor central en los procesos iterativos globales, ¿por qué razones hay una incorporación heterogénea de los gobiernos a estos procesos globales-regionales? Según lo expuesto, el debilitamiento del Estado es hasta cierto punto normal dado el proceso de globalización, si esto es así, quizá habría que observar una creciente marginación de los gobiernos respecto de los procesos contemporáneos como el *Ius Constitutionale Commune Latinoamericano* dado que se realizará como algo ineludible e incontrolable.

El asunto es que los gobiernos, aunque debilitados, siguen siendo piezas nodales de la globalidad en cuanto son responsables de administrar un espacio, un territorio y de proteger una comunidad política. En otras palabras, siguen siendo responsables frente a la ciudadanía, son responsables de la apertura o del cierre frente a esas dinámicas emergentes globales, de hacer vigente el orden constitucional y de proteger su nación. Los gobiernos expresan el pacto político que les dio origen frente a la degradación del Estado de naturaleza, justifica su existencia como gobierno a partir de la imposibilidad del uso de la fuerza por cada uno de los ciudadanos en la consecución de sus intereses, y en lo indeseable del avasallamiento del débil por el fuerte. Si entonces

28. SÁNCHEZ, J. J., “Usos de los conceptos de gobernabilidad y gobernanza (una manera de diferenciarlos)”, *Gobernabilidad y gobernanza en los albores del siglo XXI y reflexiones sobre el México contemporáneo*, LERNER, B., UVALLE, R., y MORENO, R. (Coords.), México, 2012.

el gobierno no puede evitar integrarse a los procesos globales y de responder frente a ellos, lo interesante es analizar qué hacen los gobiernos para acomodarse a las nuevas circunstancias tratando de sacar ventaja o partido a su favor.

2. Decisiones y razones externas para integrarse al *Ius Constitutionale Commune Latinoamericano*

A pesar de las muchas críticas que ha recibido la Unión Europea, sigue siendo -quizás- el único referente realmente funcional de una comunidad supra-estatal y, en este sentido, un modelo a seguir para avanzar en la construcción de la capacidad de gobierno de la globalidad. El problema central que la creación de la Unión Europea resolvió, fue el de llevar a países con capacidades e intereses diferentes a integrarse y sujetarse a una entidad supra-nacional. A continuación se explora el dilema de la integración que enfrentan los países ante la evolución de la Gobernanza Global a la luz de tres perspectivas: la Teoría Realista del Federalismo, la noción del Comportamiento Apropriado, y el Isomorfismo Institucional.

El estudio de la formación de la Unión Europea se ha apoyado tradicionalmente en las teorías del federalismo; entre ellas se encuentran la visión del federalismo como un arreglo que fomenta la democracia y el crecimiento a la par que permite preservar las diferencias locales; el federalismo como una forma política surgida alrededor de una noción de bien común; y el federalismo “ideológico” que atribuye a este tipo de estructuras ciertos beneficios intrínsecos.²⁹ La experiencia europea ha mostrado la insuficiencia de estas explicaciones toda vez que la integración no ha sido lineal y que los beneficios supuestos no han aparecido ni se han extendido en forma automática,³⁰ ante este escenario surge como alternativa la Teoría Realista del Federalismo.

La también conocida como Teoría del Federalismo como una Negociación Racional afirma que una federación es el resultado de la negociación política -racional- entre las partes interesadas; de esta manera unidades políticamente independientes en forma voluntaria renuncian a una fracción de su poder político para de esta forma obtener los beneficios económicos y militares de un gobierno más grande y presumiblemente más fuerte.³¹ Los países (quienes los gobiernan) realizan un cálculo racional ya que

29. MCKAY, D., *Federalism and European Union: A Political Economy Perspective*, Oxford, 1999, pp. 22-23

30. *Ibidem*, p.27.

31. RIKER, W., *Federalism: origins, operation and significance*, Boston, 1964.

confrontan los beneficios contra los costos de unirse; no están dispuestos a ceder poder de manera voluntaria a menos que consideren que los beneficios de hacerlo exceden los costos.³² Para que haya integración se requiere, además, que los gobernantes tengan deseos de expansión que por sí mismos no lograrían y/o que perciban una amenaza (que puede ser externa o interna) u oportunidad, que tampoco pueden enfrentar solos.³³ El corazón de este argumento es que, ante la existencia de un motivador externo para la expansión, el país en situación de decidir sopesa si los beneficios que obtendrá superan los costos que debe asumir por la unión, como los discutidos en la sección anterior pero de manera sustancial por la magnitud del poder al que debe renunciar y que debe entregar al ente supranacional resultante de la integración.

Una segunda explicación de porqué los países deciden integrarse a esquemas de Gobernanza Global es la noción del Comportamiento Apropriado en organizaciones según la cual los procesos de razonamiento no están básicamente conectados con la anticipación de las consecuencias futuras sino con criterios de similitud y congruencia. De ahí que se “actúa de manera apropiada” cuando se siguen las prácticas institucionalizadas de una colectividad, con base en acuerdos no explícitos de lo que se considera verdadero, razonable, natural, correcto y bueno;³⁴ en otras palabras, el comportamiento se ajusta a estas normas porque son legítimas y obligatorias, y porque ellas definen el papel y la responsabilidad de que se cumpla como miembro de una cierta comunidad.³⁵ Lo “apropiado” no tiene una connotación moral ni debe entenderse como algo inherentemente bueno, ya que sólo tiene validez dentro de su marco de referencia, es decir que está vinculado a un contexto particular. Considérense, por ejemplo, las limitaciones impuestas a la vida de las mujeres en sociedades no occidentales; en este entorno específico las conductas de los hombres serían apropiadas, aunque no necesariamente deseables. Entendida así, esta propuesta establece que los actores toman decisiones de comportamiento razonadas la mayor parte del tiempo, tratando de responder dos preguntas básicas: ¿Qué clase de situación es esta? ¿Qué hace un “actor” como yo en una situación como esta?³⁶

Esta perspectiva permite analizar las decisiones de los países tomando en cuenta que a ellos se les pueden atribuir comportamientos como actores unitarios, como

12. MCKAY, D., *Federalism and European Union: A Political Economy Perspective*, Oxford, 1999, p. 4

33. *Ibidem*, p. 29.

34. Traducción e interpretación propia del original MARCH, J. & OLSEN, J.P., “The Logic of Appropriateness”, *The Oxford Handbook of Public Policy*, MORAN, M., REIN, M., AND GOODIN, R. E. (eds.), Oxford, 2006, p.691.

35. MARCH, J. & OLSEN, J.P., “The Logic of Appropriateness”, *The Oxford Handbook of Public Policy*, MORAN, M., REIN, M., AND GOODIN, R. E. (eds.), Oxford, 2006, p. 689

36. *Ibidem*, p. 689.

tradicionalmente se hace en Relaciones Internacionales; así, las preguntas que guían las decisiones darían cuenta de: (1) la situación en la que el país *x* está inmerso; (2) la autodefinición del país *x*; por ejemplo por criterios de región, tipo de gobierno, alianzas existentes, etc.; y (3) (qué hace) cuál es el comportamiento apropiado del país *x* en esa situación específica. En particular, en situaciones donde se percibe alta incertidumbre, como el entorno de grandes cambios que rodea el desarrollo de la Gobernanza Global, los actores usualmente se replantean quienes son con respecto a los otros y a qué comunidades pertenecen o quieren pertenecer, y buscan modelos legítimos de comportamiento en su historia o copian sistemas políticos que puedan ser aceptados como ejemplares.³⁷

Una tercera aproximación para entender la decisión de los países por alinearse a los esquemas de Gobernanza Global, es el denominado Isomorfismo Institucional; se trata de una explicación de la paradoja organizacional de que entre mayores cambios buscan y realizan las organizaciones, más similares se vuelven entre ellas.³⁸ Esta perspectiva es pertinente en el sentido que analiza fuerzas que presionan a las comunidades para llevarlas a cierto acomodo en el mundo, considerando que la primera influencia del cambio de una organización son las demás organizaciones, que compiten entre sí por obtener poder político y legitimidad institucional³⁹.

Hay tres fuentes del isomorfismo Institucional: el primero es el Isomorfismo Coercitivo, se refiere al proceso mediante el que la expansión de grandes estructuras racionales lleva a que las organizaciones reflejen las reglas operantes que están institucionalizadas y legitimadas.⁴⁰ Por ejemplo, es un proceso de Isomorfismo Coercitivo el que los estados en México gradualmente homologuen su legislación y normatividad con la establecida en el nivel federal. Es coercitivo porque, en el extremo, implica la imposición de formas organizativas y hasta de procedimientos operativos.⁴¹ Una segunda fuente, es el Isomorfismo Mimético que se refiere al resultado de respuestas estandarizadas ante la incertidumbre, a la imitación, a la réplica de un modelo. La modernización de Japón en el siglo XIX es un caso ejemplar de “modelización,” toda vez que con ése propósito el gobierno imperial mandó a sus oficiales a que estudiaran las cortes, el ejército y la

37. *Ibidem*, p. 700.

38. DIMAGGIO, P. & POWELL, W., “The Iron Cage revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields”, *American Sociological Review*, Vol. 48, N° 2, April 1983, p. 147

39. *Ibidem*, p. 150.

40. *Ibidem*, p. 150. En el original, el término “organizaciones” no se utiliza en un sentido estrecho más para señalar a las organizaciones como empresas del sector privado, sino que más bien se aplica en general a cualquier estructura racionalizada (en el sentido Weberiano), incluyendo al Estado. Ver como referencia la discusión en la página señalada.

41. *Ibidem*, p. 151.

policía en Francia, la marina y el servicio postal en Gran Bretaña, y el sistema bancario y educativo en los Estados Unidos.⁴² La tercera fuente es el Isomorfismo Normativo que indica los cambios que llevan a la convergencia institucional debido a las presiones o influencias de la profesionalización y que se promueve vía la formación educativa y el reconocimiento profesional de los conocimientos adquiridos en las universidades; las asociaciones de profesionales que reconocen conductas y prácticas de sus agremiados, son también promotores de este tipo de isomorfismo⁴³.

Las tres perspectivas presentadas de forma resumida dan cuenta de tres modelos que enfatizan diferentes elementos a considerar para un actor que se encuentra en una posición de decisión. En el caso particular que aquí se discute de porqué un país decidiría alinearse con la Gobernanza Global, aun cuando reconoce que asumirá ciertos costos por hacerlo, tenemos que la primera aproximación plantea que una decisión afirmativa dependerá de que los beneficios superen los costos percibidos. En términos empíricos esto concibe retos para definir los beneficios y los costos, y para determinar la forma de realizar el “cálculo”.

Por ejemplo, si un tribunal local adopta como válida la jurisprudencia internacional (como por ejemplo, el *Ius Constitutionale Commune Latinoamericano*) y falla sobre la propiedad de ciertas tierras, hoy fraccionadas y urbanizadas por grandes corporaciones, en favor de los desplazados, podría plantearse que el país obtiene beneficios considerables en términos de reputación internacional, legitimidad interna y, quizás lo más importante, porque se ha hecho justicia. No obstante, la materialización del fallo, sea vía compensatoria o resarcitoria, o ambas, implica que la autoridad deberá enfrentar a las corporaciones para hacer efectivos las devoluciones o las indemnizaciones, lo que no queda en esta acción sino que sienta precedentes (de todo tipo) para las relaciones futuras entre el país y los inversores ¿Qué son mayores, los costos o los beneficios? ¿Qué es preferible: indemnizar a los desplazados o mantener buenas relaciones con los inversionistas? ¿Debe el país ser justo pero pobre? ¿Son éstos valores excluyentes? Como puede verse, aunque la visión del Federalismo Realista es atractiva porque respeta la parsimonia de los esquemas racionales de decisión, surge inevitablemente –como en otras áreas de las Ciencias Sociales- el problema de la determinación de costos y beneficios, y de la competencia entre valores deseables socialmente.⁴⁴

42. *Ibidem*, p. 151.

43. *Ibidem*, pp. 152-153.

44. Habría muchos otros retos metodológicos a resolver, como identificar quiénes deciden y cómo (las reglas de la decisión), aspectos que ya se han criticado a esta visión, que se ha tachado de “elitista”.

Si optamos por la segunda perspectiva, el análisis indica que se debe identificar el comportamiento adecuado esperado de un actor (en una situación específica) por parte de los otros actores, de acuerdo con las normas internalizadas en el contexto particular; en el caso aquí discutido el actor es el país y la situación de decisión es la de permanecer y participar o no en el sistema de Gobernanza Regional ¿cuál es el comportamiento apropiado esperado de este país? Intuitivamente, puede afirmarse que los procesos globales llegaron para quedarse, con las bondades y males que ello conlleva, y que más que lidiar con ellos, los países se verán crecientemente en la situación de cumplir expectativas de comportamiento; así, el “Comportamiento Apropiado” estaría dado por los valores compartidos entre los países que buscan avanzar la Gobernanza Regional, y el conjunto de reglas y prácticas acordadas por las organizaciones y redes internacionales correspondientes. Ello incluye, como se dijo, valores tales como la democracia, las garantías de derechos, la transparencia, la rendición de cuentas, el gobierno abierto, la gobernanza, etc.; pero también compromisos operativos, es decir la promesa de acciones concretas a cumplir y, de la mano de ellas, van los procesos y recursos necesarios para su realización. Así, la inserción del país en este proceso se explicaría porque requiere del reconocimiento de la comunidad internacional como un interlocutor válido, merecedor de confianza, con el que pueden establecerse compromisos de largo plazo. Parece, entonces, sensato suponer que el país en cuestión decidirá por el ingreso a la Gobernanza Global y Regional para, de esta manera, adquirir de sus pares la credibilidad, legitimidad y confianza que provienen de hacer lo que es correcto, apropiado.

Por último, tenemos una propuesta que pone el foco de la decisión de participar o no a la Gobernanza Regional en procesos de homologación impuesta o inducida. En el caso de los países ante la Gobernanza Regional puede suponerse que están mayormente expuestos a proceso de Isomorfismo Institucional Coercitivo e Isomorfismo Institucional Mimético. La inserción de los países, en la realidad, no se observa como un proceso con etapas claramente definibles, donde hay un “antes”, un momento de “decisión” y un “después”; más bien es un conjunto de procesos que pueden suceder a un tiempo, con distintos grados de progresión, profundidad, e interacción entre uno y otro. Un país funciona ya en un contexto internacional y cuenta con múltiples relaciones con otros países para actividades comerciales, de cooperación e intercambio; para hacer todo esto opera un conjunto de reglas aceptadas en estructuras supra-nacionales específicas, como los tratados comerciales, migratorios o de seguridad. El tema de la “decisión” que se ha discutido aquí es una suerte de convergencia hacia el gobierno de la globalidad, hacia marcos

de funcionamiento con objetivos comunes y procesos homologados de cooperación y la coordinación que lleven al desarrollo e implementación de una “capacidad gobierno” a nivel supranacional. Puesto de esta manera, la “decisión” de un país por la Gobernanza Global y Regional tomaría más bien la forma de una adopción gradual de valores, objetivos y prácticas, a veces inducidas y a veces replicadas, es decir que estaría sujeto a procesos de isomorfismo coercitivo y mimético.

3. Gobiernos democráticos: intereses, reglas y compromisos

A continuación se presentan argumentos de carácter interno o domésticos que los gobiernos consideran al momento de integrarse a esquemas de gobernanza. En términos generales, los gobiernos democráticos, y en específico las nuevas democracias de finales de los años noventa, tienen incentivos para participar de la Gobernanza Regional a través del *Ius Constitutionale Commune Latinoamericano* por cuanto contribuye a fortalecer la vigencia y protección de los derechos humanos, sobre todo si en el pasado se tiene registro de dictaduras militares. Estudios recientes que vinculan el apoyo ciudadano a las nuevas democracias, con la percepción del respeto de los derechos humanos, confirman empíricamente esta relación para el caso mexicano⁴⁵. No obstante, en países como México, la inserción a este sistema interamericano de protección constitucional de derechos humanos –reconocida desde 2011– es rezagada comparada con sus pares de la región que lograron integrarse desde los años noventa: habían transcurrido 14 años para ser reconocido en el terreno constitucional por gobiernos democráticos (desde 1997), y 21 años desde que se creó la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en 1990. Si bien desconocemos por qué razón tardó tanto el reconocimiento constitucional de los derechos humanos, se sabe que la creación de la comisión respondió al entorno de apertura económica neoliberal con democracias avanzadas. La inoperancia de la comisión ha sido documentada a partir de su diseño institucional que fomenta su ineficacia a partir de la nula rendición de cuentas de quien lo vigila o controla, en este caso el Senado mexicano.⁴⁶ La simulación prevalece, pero

45. HILLEBRECHT, C., MITCHELL, D. G. & WALS, S. “Perceived human rights and support for new democracies: lessons from Mexico”, *Democratization*, Vol. 22, N° 7, 2015, pp. 1230-1249. Vale la pena subrayar que la evidencia vincula datos de percepción sobre la protección de los derechos humanos, no se refieren a los datos duros sobre la protección actual de los derechos humanos.

46. FINKEL, J., “Explaining the Failure of Mexico’s National Commission of Human Rights (Ombudsman’s Office) after Democratization: Elections, Incentives, and Unaccountability in the Mexican Senate”, *Human Rights Review*, Vo. 13, Issue 4, December 2012, pp. 473-495.

la modernización económica exigió en su momento garantías democráticas con un gobierno que autoritariamente implementó la lógica neoliberal.

Por vía de la competencia electoral también se espera que los gobiernos sean premiados si protegen los derechos humanos, y sancionados si los reprimen o los violan sistemáticamente⁴⁷. Las elecciones son un mecanismo que obliga a los políticos a vigilar el abuso y a exponer a los funcionarios que no logran proteger los derechos humanos⁴⁸ al menos por tres vías: “para que la democracia exista son necesarios ciertos derechos civiles y políticos como precondition de la misma (. . .); el gobierno que viole sistemáticamente los Derechos Humanos será castigado por el voto de los ciudadanos en la siguiente elección (*accountability vertical*); el ciudadano acudirá a otros órganos gubernamentales, para, en principio, detener la violación a los Derechos Humanos e iniciar posteriormente, un proceso de investigación, sanción y reparación (*accountability horizontal*)”⁴⁹. No obstante es común hoy en día encontrar países que reprimen marchas o movilizaciones, y no asumen con responsabilidad política su omisión o falla en la protección de los derechos humanos. En México, algunas entidades como Guerrero, Michoacán y Tamaulipas, entidades con graves problemas de marginación, pobreza, narcotráfico y violencia, el partido gobernante en las elecciones para gobernador en 2016 ha sido castigado por el electorado ante los magros resultados, pero no alcanza para castigar carreras políticas en tanto no se permite la reelección consecutiva, y por lo tanto, los ex gobernantes continúan en otros cargos hasta cierto punto sin pagar los costos de sus errores u omisiones.

Según la literatura especializada, ciertas reglas electorales favorecen de manera empírica la promoción y protección de los derechos humanos con mayor cobertura, sobre todo en aquellos países donde todos los miembros del parlamento son elegidos a través de distritos de representación proporcional de magnitud media y donde los votantes pueden votar por candidatos individuales⁵⁰. La evidencia señala que cuando las minorías, que son los favorecidos por el principio de representación proporcional, acceden a cargos de elección, y a su vez, es el votante el que tiene la capacidad de elegir al candidato registrado en la boleta electoral, independientemente de quienes hayan sido

47. Véase en particular VÁZQUEZ, D., “Los derechos humanos y la teoría y estudios empíricos sobre la democracia”, *Los derechos humanos en las ciencias sociales: una perspectiva multidisciplinaria*, ESTÉVEZ, A. y VÁZQUEZ, D., (Coords.), México, 2010.

48. CINGRANELLI, D. & FILIPPOV, M., “Electoral Rules and Incentives to Protect Human Rights”, *The Journal of Politics*, Vol. 72, No. 1, January 2010, pp. 243–257.

49. Véase en particular VÁZQUEZ, D., “Los derechos humanos y la teoría y estudios empíricos sobre la democracia”, *Los derechos humanos en las ciencias sociales: una perspectiva multidisciplinaria*, ESTÉVEZ, A. y VÁZQUEZ, D., (Coords.), México, 2010, p. 249. Cursivas en el original.

50. CINGRANELLI, D. & FILIPPOV, M., “Electoral Rules and Incentives to Protect Human Rights”, *The Journal of Politics*, Vol. 72, No. 1, January 2010, pp. 249–255.

propuestos por los partidos políticos, entonces se favorecen los derechos humanos. En contraste, sería razonable esperar que en aquellos cargos uninominales, por el principio de mayoría relativa –que favorece a partidos grandes y con listas bloqueadas por los partidos políticos –, entonces el ciudadano no tiene opciones de elegir a los candidatos que favorecen sus intereses en la protección y vigencia de los derechos humanos. En el caso mexicano, las reglas electorales favorecen la elección de 300 diputados federales por mayoría relativa, y la lista de candidatos, tanto de representación proporcional como de mayoría, está controlada por la cúpula de los partidos. Lo mismo sucede con la elección presidencial y con la elección de los 32 gobernadores.

Los gobiernos emanados de la oposición histórica que lucharon por conseguir la democratización o bien aquellos que emanaron de la alternancia política, deberían de tener mayores incentivos para promover la agenda del respeto a los derechos humanos en la vida pública. Y si esto debería de presenciarse cuando se renueva la presidencia de la república, debería a su vez replicarse en las entidades del país, sin embargo, no tenemos evidencia que lo sustente. El presidente panista Vicente Fox no logró consolidar el reconocimiento constitucional en su periodo de gobierno y el también panista Felipe Calderón en su lucha contra la delincuencia organizada y el narcotráfico, provocó un aumento de violaciones a los derechos humanos cuando sacó a las calles al ejército mexicano para realizar labores de policía.

En el caso mexicano todo parece indicar que no fue la alternancia política con Fox lo que provocó un claro avance en materia de derechos humanos, sino el papel clave del poder judicial –y en menor escala el poder legislativo- quienes impulsaron la perspectiva de los derechos humanos en el nivel constitucional. En el ámbito subnacional, irónicamente las primeras alternancias en las gubernaturas de México no incentivaron la promoción y respeto de derechos humanos, en algunos casos lamentablemente se incrementaron las violaciones por los mismos gobernadores emanados del PAN y/o PRD.

La mayor apuesta política quizá esté en la ciudadanía. Abre ventanas de oportunidad para el ejercicio de una ciudadanía más activa e incentiva la formación de agrupaciones que antes solo eran para profesionales o políticos, aunque con clara asimetría de poder. Si bien se espera mayor democratización, lo cierto es que algunas organizaciones públicas o privadas no se distinguen por buscar sus intereses respetando el juego democrático, los derechos humanos y atenuando las desigualdades (como empresas transnacionales, organismos financieros internacionales, cooperación militar, organismos de inteligencia, etc.). En México existen vastos ejemplos de empresas transnacionales, mineras, organismos financieros y de seguridad que transgreden

los derechos humanos, particularmente de sectores más vulnerables como las comunidades indígenas.

Como la Gobernanza Global y Regional funcionan a través de una idea de red, es muy fácil que se pierdan de vista las malas acciones y las malas jugadas. Básicamente hay coordinación, pero no hay una figura que controle el proceso, de ahí que para muchos el Estado sea el último reducto de control defensivo de daños sobre una población específica. Por ello, “cuando se delega la toma de decisiones a instituciones de autorregulación social, si ésta demuestra ser ineficaz, el Estado conserva el derecho de ratificación legal, así como el de intervención mediante acciones legislativas o ejecutivas”⁵¹. En la red parece que nadie es responsable directo y estaríamos incentivando conductas inapropiadas por actores que ante ese escenario encuentren el medio para ocultarse detrás de la malla de interacciones sociales. En ese sentido, mientras no exista una malla institucional que filtre y pondere la red, estaríamos haciendo que la libre interacción (o las relaciones formales e informales) espontánea y desinteresada sea lo predominante, una lógica semejante a la del libre mercado por todos lados criticado.

Las instituciones políticas en este sentido deberían promover la responsabilidad de los múltiples decisores de toda la red, sean públicos o privados, elevar la instrucción de los involucrados y la transparencia a través de las nuevas tecnologías de información. Involucrar al ciudadano, o la creación de una red sin jerarquías no elimina la responsabilidad y la vigencia de todos los principios de la democracia, y tampoco supone la desaparición del interés, del poder y de la política. ¿A quién se le pedirá rendición de cuentas, si el gobierno no es el responsable directo?, ¿Cómo podríamos evaluar su desempeño, si los resultados no dependen exclusivamente de él? Si inicialmente un gobierno cuando arriba al poder es cercano a mi ideología y preferencia política, pero en la interacción en red por la gobernanza global se modifican sus políticas alejándose de mis preferencias, ¿acarreará mayor desencanto sobre la política? La dificultad para solucionar los problemas derivados de esa conexión global deriva de una falta de congruencia en tres estructuras: “la estructura de aquellos actores que causan ciertos efectos negativos por su comportamiento, la estructura de los actores que sufren estos efectos, y la estructura de los actores responsables de resolver determinado problema. Yo las he denominado la estructura genética, la estructura de impacto, y la estructura regulatoria, respectivamente, de un problema”⁵².

51. SÁNCHEZ, J. J., “Usos de los conceptos de gobernabilidad y gobernanza (una manera de diferenciarlos)”, *Gobernabilidad y gobernanza en los albores del siglo XXI y reflexiones sobre el México contemporáneo*, LERNER, B., UVALLE, R., y MORENO, R. (Coords.), México, 2012, p. 247.

52. MAYNTZ, R., “Los estados nacionales y la gobernanza global”, *Reforma y Democracia*, N° 24, Octubre 2002, p. 3.

Las nociones de Gobernanza Global y Regional de alguna manera suponen que los Estados participantes representan su interés nacional, un “bien común” que no necesariamente es identificable; en ocasiones los gobiernos son claros representantes de intereses de grupo que cabildaron para que sus intereses y preferencias sean prioritarios entre los gobernantes en turno⁵³. La permeabilidad y debilidad institucionales, la corrupción, nepotismo, caciquismo, clientelismo, por mencionar algunos ejemplos, son características de las estructuras internas de los gobiernos por lo cual, frente a la participación del gobierno en la gobernanza global o regional, la estructura política interna y sus problemas limitará en gran medida la potencia o cobertura del *Ius Constitutionale Commune Latinoamericano*. El riesgo es que problemas causados por su propia estructura interna sean atendidos exclusivamente por medio de una Gobernanza Global o Regional, pues la intervención de los organismos internacionales públicos y privados, en realidad equivaldría a “intervenir en su estructura política y social interna”⁵⁴.

Finalmente, estudios previos muestran que la firma de los tratados internacionales de respeto a los derechos humanos muestra dinámicas específicas si el país cuenta o no con instituciones democráticas. Los Estados con instituciones menos democráticas (menos aplicación de la ley y menos beneficios colaterales) son más propensos a firmar tratados de derechos humanos en tanto hay imposibilidad de cumplir los tratados, mientras que aquellos con instituciones más democráticas serán menos propensos a comprometerse con dichos tratados si tienen pobres registros porque de hacerlo produciría cambios en el comportamiento de los gobiernos.⁵⁵ Muchos gobiernos firman tratados, pero con el claro propósito de no cumplirlos, pero sí ganan asuntos colaterales necesarios para la imagen pública democrática internacional. En ocasiones, esta situación se registra por la misma existencia de un Estado débil, y como lo han subrayado estudios recientes, “(...) sólo un Estado fuerte puede darse el lujo de tratar decentemente a sus ciudadanos”⁵⁶.

53. *Ibidem*, p. 3.

54. *Ibidem*, p. 6.

55. HATHAWAY, O., “Why do countries Commit of Human Right Treaties?”, *Journal of Conflict Resolution*, Vol.51, N° 4, August 2007, pp. 588-621.

56. VELASCO, J. L., “Derechos humanos y ciencia política”, *Los derechos humanos en las ciencias sociales: una perspectiva multidisciplinaria*, ESTÉVEZ, A. y VÁZQUEZ, D., [Coords.], México, 2010, p. 279

Conclusiones

En la primera parte de este capítulo se presentan y discuten tres perspectivas desde la conformación del gobierno y de las organizaciones que dan cuenta de diferentes aspectos involucrados en la decisión de un país para integrarse a la Gobernanza Global y/o Regional: la Teoría Realista del Federalismo, la noción del Comportamiento Apropiado, y el Isomorfismo Institucional. Estos enfoques, sus fortalezas y limitaciones, no se describieron a detalle toda vez que el objetivo no es analizar marcos de análisis de la decisión,⁵⁷ sino presentar algunos elementos que contribuyan a la problematización de ésta.

Una visión pragmática de la decisión lleva a la consideración de que la integración externa representa costos internos que, de hecho, pudieran aparecer más claros para un país que los beneficios potenciales de la unión. Sin embargo esta decisión puede entenderse más allá de un “cálculo racional,” que confronta costos y beneficios para el país; puede tratarse de una imposición, si bien con un grado o mecanismos de coerción mínimos; considérese por ejemplo la cooperación internacional de países pobres con agencias internacionales que resulta en un intercambio de apoyo económico por la implantación de ciertas prácticas financieras, de regulación o de gobierno. La integración también puede ser percibida como una suerte de “destino manifiesto” de la comunidad internacional, que no contempla la posibilidad de mantenerse al margen.

En la segunda parte se afirma que la competencia democrática es un terreno fértil para la ampliación de los derechos humanos y la democratización de la vida pública. En este punto México está rezagado doblemente, porque la reforma constitucional en la materia se realizó en 2011 y porque su Comisión Nacional de Derechos Humanos se caracteriza por su ineficacia.

Si bien las recientes elecciones federales y subnacionales de 2016 muestran la derrota de aquellos partidos que gobernaban entidades con alta conflictividad social y con graves violaciones a los derechos humanos, el voto de castigo es insuficiente. Se requiere de mayor justicia y un diseño institucional favorable a la responsabilidad frente al electorado, sea por medio de la rendición de cuentas o bien por vía de la reelección consecutiva.

La regla de la representación proporcional y la posibilidad de modificar la boleta de parte del votante favorecen la protección de los derechos humanos. En nuestro país el sistema electoral es mixto, solo 200 de los 500 diputados se eligen por medio

57. De hecho, hay otras propuestas que aquí no se incluyeron, por ejemplo, las explicaciones desde la disciplina de las relaciones internacionales y la geopolítica.

de la representación proporcional, y aunque tenemos un sector elegido por medio del principio de proporcionalidad esta mediado por el control que sobre las nominaciones ejercen las elites partidistas para garantizar su acceso a los cargos. En México, el votante no tiene la opción de modificar las opciones registradas en la boleta el día de la elección; a causa de la configuración del sistema político mexicano -donde son centrales el presidente y los gobernadores electos por el principio de mayoría-, es poco probable que vaya a cambiar la débil protección y vigencia de los derechos humanos. De hecho, la primera alternancia en la presidencia de la república lejos de generar un impulso decidido en materia de derechos humanos, mantuvo el *statu quo* establecido por el sistema de partido hegemónico.

El triunfo de la oposición en países con pasado autoritario hipotéticamente deberían de mostrar mayor compromiso frente a los gobiernos que reemplazaron, pero esto no aplicó para el caso mexicano, pues si bien se lograron avances en materia constitucional, las diversas políticas de los gobiernos emanados del PAN registraron mayores violaciones de derechos humanos, sobre todo las centradas en el combate a la delincuencia.

Si bien el partido en el gobierno desea ganar las próximas elecciones en los cargos que actualmente posee y en esa medida mostrarse como una opción creíble y preocupada por los derechos humanos, para el votante es difuso el desempeño del funcionario y su responsabilidad en términos de la escasa transparencia y rendición de cuentas que prevalece. Las entidades más pobres, los sectores más vulnerables y las zonas apartadas de los mayores polos de desarrollo seguirán siendo los más propensos a los abusos sobre su persona.

Los gobiernos emanados de los distintos partidos políticos continúan firmando, reconociendo y ratificando compromisos internacionales en materia de derechos humanos, pero ante su debilidad institucional, la corrupción y opacidad, es fácil que se diluyan los buenos propósitos, ante la falta de compromiso real, escaso financiamiento o pasada la coyuntura electoral; no obstante, es preciso reconocer que el gobierno continúa siendo el último reducto del control de daños ante la posible irresponsabilidad y errores derivados del propio esquema de redes y globalización.

En suma, los gobiernos cooperan o no, después de sopesar los distintos factores que incentivan o influyen en su comportamiento. Por lo aquí revisado, la perspectiva “del comportamiento apropiado” parece explicar la dimensión externa, mientras que en el ámbito doméstico, el diseño y la debilidad de las instituciones políticas, restringen la ampliación de los derechos humanos.

Finalmente, la reflexión a partir de estas perspectivas revela los siguientes aspectos para una agenda potencial de investigación.

Hay una dimensión de costos internos que todo país debe enfrentar, definir y determinar –en términos de magnitud- relacionados con la operación de la adopción de nuevas leyes y prácticas internacionales. Relacionado con ello está la agenda de cómo lograr el cambio institucional resolviendo la tensión entre valores (simbólicos, de gestión) tradicionales y nuevos valores a adoptar.

Un tema particular es la determinación del cálculo costo-beneficio, que requiere estudiarse caso por caso y que conlleva retos metodológicos de gran magnitud. De lo anterior surge una dimensión o dilema de “decisión democrática” relacionada con la pregunta ¿quién y cómo decide? (participar o no en la Gobernanza Global o Regional).

En cuanto al comportamiento apropiado, queda pendiente su definición en términos empíricos ¿cuáles son los elementos que lo integran?, ¿quiénes son los “pares” que validan este comportamiento?, ¿se presenta por temas de relación entre países, por ejemplo en seguridad, cooperación, etc.?, de manera similar se abre la línea de investigación de la identificación de procesos de isomorfismo concretos y si es posible percibir una tendencia hacia la generación de esquemas de “gobierno de la gobernanza”.

De igual forma habría que indagar con mayor profundidad si el impacto esperado del principio de proporcionalidad –favorable a la protección de los derechos humanos-, se sostiene cuando en el caso mexicano, los partidos políticos controlan la nominación y la lista de los candidatos por esa vía.

Se requiere avanzar en el estudio empírico comparativo sobre los derechos humanos a nivel subnacional, ámbitos donde al menos en el caso mexicano, es donde se cometen las mayores arbitrariedades. De igual forma, queda pendiente analizar cómo el gobierno federal de Enrique Peña Nieto, ante la inminencia de la Gobernanza Regional y el escrutinio público mediático, intenta contrarrestar o evadir con otros mecanismos, el avance logrado en la materia.

En ausencia de incentivos institucionales para que los funcionarios se comprometan con los derechos humanos, el poder judicial y la movilización ciudadana, son los que pueden potencializar la ampliación de los derechos humanos y la consolidación del *Ius Constitutionale Commune Latinoamericano*.

CONSTRUCCIÓN DE UN *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* EN AMÉRICA LATINA.
CONTEXTO, ESTÁNDARES E IMPACTO A LA LUZ DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer Mac Gregor
(*Coordinadores*)

Se terminó de editar en el mes de septiembre de 2016
en el Instituto de Ciencias de Gobierno y Desarrollo Estratégico
Av. Cúmulo de Virgo s/n. Acceso 4, Complejo Cultural
Universitario, Puebla, Puebla, México. C.P. 72810.

Peso del archivo PDF: 2.5 mb.

El presente volumen tiene como objeto de estudio el *lus Constitutionale Commune* y los derechos humanos, desde una perspectiva interdisciplinaria. Producto de una relación intensa y creciente entre el Max Planck Institute de Heidelberg (Alemania), el Instituto de Investigaciones Jurídicas (Universidad Nacional Autónoma de México), la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Instituto de Ciencias de Gobierno y Desarrollo Estratégico (Benemérita Universidad Autónoma de Puebla), esta publicación condensa la convergencia de voluntades y la calidad académica, con base en el desarrollo de un programa de investigación a largo plazo, cuyo eje es la construcción de un marco interpretativo en el ejercicio del derecho común.

Como propuesta normativa, los editores reconocen que el derecho común busca contribuir a la comprensión de las estructuras fundamentales del derecho público, en el contexto de los procesos de globalización, considerando un entrelazamiento mayor entre los órdenes normativos internacionales y supranacionales para la protección de los derechos humanos durante el siglo XXI. Por tanto, el interés de los investigadores ha sido consignar las características y potencialidades que el *lus Constitutionale Commune* tiene sobre los derechos humanos en México: su observancia en el marco del Estado de derecho y la democracia, y la construcción de instituciones nacionales legítimas y eficaces. El estudio propone la sistematización de conceptos, sobre la base del diálogo interdisciplinario, la inclusión de nuevas aportaciones y el pluralismo normativo. Por ello, estamos seguros que esta publicación contribuirá a la comprensión de uno de los grandes desafíos de la democracia mexicana.

José Antonio Meyer Rodríguez



ISBN: 978-607-525-096-0

