Derecho Internacional de los Derechos Humanos
Curso Avanzado

CLAUDIO NASH ROJAS

KONRAD ADENAUER STIFTUNG

Programa Estado de Derecho Latinoamérica

Derecho internacional de los Derechos Humanos
curso avanzado

CLAUDIO NASH ROJAS

2024

©2024 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.
KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.
Klingelhöferstr. 23
D-10785 Berlín
República Federal de Alemania
Tel.: (#49-30) 269 96 453
Fax: (#49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Calle 93B n.º 18-12, piso 7
Bogotá, Colombia
Tel.: (+571) 743 0947
iusla@kas.de
www.kas.de/iusla
Twitter: KASiusLA
Facebook: /kasiusla

Producción gráfica y editorial
Opciones Gráficas Editores Ltda.
María Teresa Ropaín
Corrección de estilo
Andrés Beltrán Velasco
Diseño gráfico
www.opcionesgraficas.com
instagram: @opcioneseditores
(+57) 3006087236
Bogotá, D.C., Colombia

ISBN digital: 978-628-7708-15-0
Primera edición: Diciembre 2024
Bogotá D.C., Colombia

Esta publicación se distribuye en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer. Los textos que se publican son de exclusiva responsabilidad de su autor y no expresan necesariamente el pensamiento de la FKA. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con inclusión de la fuente.

A mis estudiantes, lo de ayer, hoy y mañana

CONTENIDO

PRESENTACIÓN....9

PARTE GENERAL....11

I. INTRODUCCIÓN A LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS....12

I.1. Derecho internacional y protección de derechos. Antecedentes remotos....12

I.2. Hitos en la historia de la consagración internacional de los derechos humanos....16

I.2.1. El fracaso de los mecanismos de *protección nacional internacional de los derechos individuales*....17

I.2.2. El gran cambio para el derecho internacional: la experiencia de las guerras mundiales....18

I.3. Propósitos de la protección internacional....21

I.4. La especial naturaleza del DIDH y su impacto en las fuentes del derecho internacional....22

II. TEORÍA GENERAL DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS....25

II.1. Concepto y características de los derechos humanos....26

II.2. Categorías de derechos....31

II.2.1. Las categorías y su discusión actual....31

II.2.2. Derecho a la salud....35

II.2.3. Exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales....37

II.2.4. Los derechos colectivos....42

II.3. Normas Comunes....47

II.3.1. El catálogo de derechos y su estructura....47

II.3.2. Las obligaciones generales....58

II.3.3. Los límites legítimos: restricciones y suspensiones....83

II.3.4. La interpretación....96

II.4. La responsabilidad internacional del Estado....103

II.4.1. Elementos de la responsabilidad internacional del Estado por violaciones de derechos humanos....103

II.4.2. Momento en que se configura la responsabilidad internacional *y sus efectos*....107

II.4.3. Excepciones a la responsabilidad....110

II.5. La obligación de reparar a la víctima....113
II.5.1. Naturaleza y concepto de la obligación de reparar....113
II.5.2. Modalidades de reparación....118
II.5.3. Violaciones graves y sistemáticas y Reparación Integral....125
II.5.4. Criterios de legitimidad de las medidas de reparación....126
III. MECANISMOS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE DD.HH.....132
III.1. Aspectos generales....133
III.2. El sistema de Naciones Unidas (ONU)....142
III.2.1. Sistema basado en la Carta de la ONU....142
III.2.2. Sistema basado en los tratados de DD.HH....146
III.2.3. Procedimiento de casos individuales del Comité de Derechos Humanos....150
III.3. El sistema Interamericano (OEA)....157
III.3.1. Sistema basado en la Carta de la OEA....158
III.3.2. *Sistema basado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)*....161
III.3.3. Procedimiento de casos individuales OEA....162
III.4. Otros sistemas regionales de derechos humanos....180
III.4.1. Sistema europeo....180
III.4.2. Sistema africano....181
IV. SISTEMAS NORMATIVOS HUMANITARIOS y DIDH....183
IV.1. Derecho Internacional Humanitario (DIH)....184
IV.2. Derecho Internacional Refugiados (DIR)....189
IV.3. Derecho Penal Internacional (DPI)....193
IV.3.1. Corte Penal Internacional....196
IV.3.2. Crímenes internacionales....198
IV.3.3. Las cuestiones de acceso a la justicia internacional y complementariedad....211
IV.4. Derecho medio ambiente....215

PARTE ESPECIAL....220
V. ESTUDIO DE CASOS DE DIDH....221
V.1. Pauta de análisis general....222
V.1.1. Afectación y violación de un derecho humano, conceptos distintos....222
V.1.2. Pasos para analizar un caso....223
V.2. Derecho a la vida....224

V.2.1. Aspectos generales....224
V.2.2. Calidad de vida....227
V.2.3. Pena de muerte....230
V.2.4. Situaciones de riesgo: indígenas, defensores de derechos humanos, privados de libertad, personas trans y uso de la fuerza policial....232
V.2.5. La obligación de garantía respecto de actos de privados....235
V.3. Prohibición de la tortura....236
V.3.1. Aspectos generales....236
V. 3.2. Derecho a la Integridad Personal....238
V.3.3. La prohibición de tortura y otros tratos crueles inhumanos y degradantes....241
V.3.4. Otras formas de afectación de la integridad personal....248
V.3.5. Las obligaciones del Estado respecto del derecho a la integridad personal....249
V.4. Libertad de expresión....254
V.4.1. Aspectos generales....254
V.4.2. Dimensiones....256
V.4.3. Restricciones....258
V.4.4. Discursos de odio....262
V.5. Libertad Personal....267
V.5.1. Aspectos generales....267
V.5.2. Legalidad y no arbitrariedad en la privación de libertad....270
V.5.3. Información sobre las razones de la privación de libertad....272
V.5.4. Control judicial y prisión preventiva....273
V.5.5. La acción de "hábeas corpus"....276
V.6. Debido proceso....280
V.6.1. Aspectos generales....280
V.6.2. Configurando el Derecho a un Debido Proceso....281
V.6.3. Algunos desarrollos relevantes en materia de debido proceso....284
V.7. Protección judicial - acceso a la justicia....291
V.7.1. Aspectos generales....291
V.7.2. Jurisprudencia....292
V.8. Sujetos de especial protección....298
V.8.1. Aplicación de la minuta a ciertos sujetos de derechos....298
V.8.2. Derechos de las mujeres....299

V.8.3. Derechos de los niños y niñas....306
V.8.4. Derechos de los pueblos indígenas....309
V.8.5. Obligaciones del Estado frente a titulares sujetos de especial protección....316
VI. LA RECEPCIÓN DEL DIDH EN LOS SISTEMAS NACIONALES....320
VI.1. Recepción formal y sustantiva....321
VI.2. Usos del DIDH en el ámbito nacional....324
VI.3. El control de convencionalidad (C.C)....327
VI.4. Las sentencias estructurales y DIDH....330
VI.5. Tendencias regionales....334
VII. TEMÁTICAS AFINES AL DIDH....338
VII.1. Justicia transicional....339
VII.2. Violaciones estructurales de DD.HH. y protección jurisdiccional....349
VII.3. Migración....357
VII.3.1. Los derechos vinculados con migración....358
VII.3.2. Las obligaciones específicas en materia de migración....363
VII.4. Corrupción....367
VII.4.1. El fenómeno de Corrupción....367
VII.4.2. Corrupción y Derechos Humanos....369
VII.4.3. La responsabilidad internacional, corrupción y derechos humanos....371
VII.5. Protesta Social....373
VII.5.1. La protesta social como ejercicio múltiple de derechos....374
VII.5.2. La criminalización de la protesta social....380
VII.5.3. La protesta social en un contexto autoritario....381

ABREVIACIONES USUALES

CADH:	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CDH:	Comité de Derechos Humanos
CDI:	Comisión de Derecho Internacional
CEDH:	Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales
CIDH:	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CORTE IDH:	Corte Interamericana de Derechos Humanos
DD.HH:	Derechos humanos
DIDH:	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DUDH:	Declaración Universal de Derechos Humanos
PDESC:	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PIDCP:	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
OACDH:	Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos
OEA:	Organización de Estados Americanos
ONU:	Organización de las Naciones Unidas
TEDH:	Tribunal Europeo de Derechos Humanos

PRESENTACIÓN

La protección de los derechos humanos, uno de los objetivos primordiales de toda democracia contemporánea y como elemento fundamental para el mantenimiento del Estado de Derecho, requiere cada vez más la incorporación de los estándares internacionales definidos por los diferentes organismos y tribunales internacionales, cuyo trabajo viene ilustrando soluciones a cuestiones de vieja data, pero igualmente introduce nuevas cuestiones que han ameritado la introducción de definiciones, conceptos y estándares que permitan avanzar en esta importante labor. Bajo este panorama, desde el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, nos complace en presentar este manual o, como mejor puede calificarse, el *Curso Avanzado de Derecho Internacional de los Derechos Humanos* elaborado por el profesor Claudio Nash, y que tiene por objetivo principal abordar, desde un ámbito general y un ámbito especial, aquellas viejas y nuevas cuestiones en la protección de los derechos fundamentales, bajo una perspectiva académica que consolida todos los elementos e introduce formas prácticas para su aplicación, dentro de lo reglado por el derecho internacional.

Encontrarán en su *Parte General* los elementos teóricos y los antecedentes históricos relevantes de la protección internacional de los derechos humanos, haciendo un especial énfasis en los propósitos que tiene esta protección y la especial naturaleza que han tenido las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos en la evolución de los estándares internacionales que han sido recogidos posteriormente en tratados internacionales. Al ser el derecho internacional de los derechos humanos una rama viva y en constante evolución dentro del derecho como ciencia, encontraremos que la teoría general del derecho internacional de los derechos humanos resalta la existencia de categorías y normas comunes para los estados basadas en los elementos de su responsabilidad, los cuales se encuentran definidos por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, y que, en el ámbito de la protección de los derechos humanos, supone elementos y momentos concretos que permiten la configuración de la responsabilidad estatal internacional ante presuntas violaciones de derechos humanos. El enfoque de protección de los derechos humanos también demanda entender y conocer qué significa la obligación de reparar violaciones graves y qué modalidades existen en este tema, las cuales tienen un abordaje teórico concreto y una aplicación basada en los casos que han sido presentados ante instancias internacionales.

Posteriormente, este curso avanzado hace nota de los aspectos generales de los mecanismos de protección internacional de derechos humanos, resaltando los diferentes sistemas y procedimientos que se encuentran a disposición de todas las personas y pasando luego por los sistemas normativos que resaltan la protección de grupos poblacionales específicos, como lo son los refugiados y las

víctimas de crímenes internacionales, así como también la regulación de cuestiones del medio ambiente y de la conducción de conflictos armados internacionales dentro del derecho internacional humanitario.

Como *Parte Especial*, quizás la más notable, el curso avanzado brinda casos específicos de análisis y práctica de los estándares internacionales explicados, y del tratamiento de temáticas afines dentro de la protección de los derechos humanos, como el fenómeno de la corrupción, los contextos transicionales y la problemática de la criminalización de la protesta social y su protección como derecho humano autónomo, la cual se ha discutido más recientemente en nuestra región.

Con este curso, lectoras y lectores contarán con un importante referente que refleja la naturaleza cambiante de la protección internacional de los derechos humanos, con el cual podemos observar la evolución que ha tenido esta materia, la cual merece un constante estudio por parte de la academia, así como de los practicantes jurídicos que cada día evidencian las tensiones que existen entre la aplicación de estos estándares internacionales y la normatividad y jurisprudencia nacionales, que todavía encuentran conflictos con dichos sistemas y normas.

Queremos agradecer muy especialmente al profesor Claudio Nash, coordinador académico del Grupo de Estudios en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica quien, bajo su iniciativa, ha logrado compilar su amplísima experiencia en la enseñanza y aprendizaje del derecho internacional de los derechos humanos en estas páginas, y quien decididamente ha querido aportar dichos referentes para el conocimiento y difusión de esta materia en otros escenarios y para otros actores.

Esperamos que esta obra sea de interés y uso permanente para quienes estudian, investigan y especialmente practican, tanto desde ámbitos estatales como de la sociedad civil, la elaboración de estrategias de protección, litigio y activismo en materia de derechos humanos. Son herramientas teóricas y prácticas que aportan a avanzar decididamente en dichas causas y logran, esencialmente. que personas que se encuentren expuestas a violaciones a sus derechos humanos encuentren un remedio efectivo y las garantías de no repetición que les deben ser garantizadas.

Hartmut Rank
Director
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
de la Fundación Konrad Adenauer

Felipe Franco
Coordinador de Proyectos
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
de la Fundación Konrad Adenauer

PARTE GENERAL

I

INTRODUCCIÓN A LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

I.1. Derecho internacional y protección de derechos. Antecedentes remotos

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

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

En medio de un mundo que cambia sus fronteras y sus horizontes, surge la necesidad de resolver aquellos problemas planteados con el conflicto de intereses entre sujetos que no se sienten regidos por un mismo Derecho. Hasta ese momento, en

Europa occidental, había un Derecho que era aceptado por todos y en torno al cual se buscaban las respuestas (derecho común). En la época de los descubrimientos, esa certeza construida sobre la base de un derecho universal deja de estar presente. Por tanto, se pone en duda al Derecho común como una fuente legítima de donde obtener las respuestas que permitan resolver conflictos de la época. Por otra parte, en Europa, se producen cuestionamientos, ya no sobre la validez universal del derecho común, sino sobre la justicia de sus soluciones[1].

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

La escuela clásica del iusnaturalismo católico delimita el campo que abarca el Derecho Natural separado del Derecho de Gentes. Al Derecho Natural pertenecen los principios más evidentes (aquellos que no necesitan demostración alguna), así como también algunas conclusiones que se derivan con absoluta necesidad ("conclusiones necesarias"); al *derecho de gentes* pertenecen las "conclusiones que se derivan de esos principios sin absoluta necesidad, las conclusiones que no son estrictamente necesarias o cuya necesidad no es conocida con evidencia"[2]. De esta forma, la delimitación del Derecho Natural se obtiene a través de un proceso de derivación lógica, tesis que se diferencia de los postulados de Santo Tomás de Aquino.

En ese contexto surgen las primeras nociones de lo que luego se conocerá como derecho internacional o derecho de gentes[3]. La necesidad de la época es resolver los conflictos presentados por aquellos que están fuera del alcance de influencia del derecho común. Los temas son planteados respecto de las nuevas tierras descubiertas y se relacionan con la legitimidad de la ocupación y el trato de las personas habitantes de estos territorios.

VATTEL (s. XVIII) marca el desarrollo del pensamiento sobre el derecho internacional con consecuencias hasta el día de hoy en el debate sobre la justificación de la obligatoriedad de éste. Su tesis puede ser calificada como ecléctica en cuanto sostiene que los derechos positivos, originados en la soberanía de los Estados, estaban sometidos a reglas que aplican las normas del Derecho Natural fundada en la "justa razón". En el pensamiento de VATTEL los Estados constituirían una *sociétê de nations*, sometidas al derecho natural, pero, a la vez, relacionadas con las reglas practicadas y convenidas por los Estados de su tiempo[4]. Es posible sostener que esta visión ecléctica del derecho internacional está en la base de la construcción del actual derecho internacional de los derechos humanos.

---

1 A. García-Gallo, "El derecho común ante el nuevo mundo", en Estudios de historia del derecho indiano, Madrid, 1982. [en adelante García-Gallo, 1982].

2 M. Villey, La formation e la pensée juridique moderne, Cours d'histoire de la philosophie du droit. París, 1975. [en adelante Villey, 1975].

3 F. Mariño, Derecho Internacional Público. Parte General, Editorial Trotta, Madrid-España, 2005. [en adelante Mariño, 2005].

4 A. Ruiz Miguel, Una filosofía del derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo, Editorial Trotta, Madrid-España, 2002. [en adelante Ruiz-Miguel, 2002].

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

Para KANT la forma de superar el estado de guerra en que se encuentran las naciones no es aspirar hacia un Estado único o un Estado mundial centralizado que constituya una *asociación* universal de *Estados,* análoga a la asociación de individuos que constituyen un Estado[5]. Su idea es una "Sociedad de Naciones", esto es, una suerte de Confederación de Estados libres que puede ser disuelta en cualquier momento. La aspiración final de esta "sociedad de naciones", cual sería la "paz perpetua", sólo se conseguiría cuando los Estados sometieran sus actuaciones a un derecho internacional "fundado en leyes públicas con el respaldo de un poder, las leyes a las cuales todo Estado tendría que someterse"[6]. Un elemento del pensamiento kantiano que tiene influencia en el desarrollo del derecho internacional es su tesis de que este proceso sólo sería posible entre Estados "republicanos", entendiendo por tales aquellos que poseen una forma de gobierno no despótica, esto es, que garantizaran derechos individuales a la libertad (sin que fuese necesario estar ante un gobierno de tipo representativo).

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

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

---

5 Ruiz-Miguel, 2002 (supra 4), At. 262.
6 Ruiz-Miguel, 2002 (supra 4), At. 263.

DOCUMENTOS

Carta Magna 1215

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

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

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

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789

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

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

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

I.2. Hitos en la historia de la consagración internacional de los derechos humanos

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

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

Un segundo hito fue la Ilustración y las revoluciones asociadas en el siglo XVIII; el gran cambio cultural y de paradigma estuvo en que se reconocieron derechos subjetivos a los individuos de los cuales estos eran titulares por el solo hecho de ser seres humanos. Un cambio total en la forma que se limitaba el poder: ya no eran privilegios y concesiones, sino que derechos que se podían oponer frente al poder; ya no estaban limitados a un grupo o clase, sino que eran inherentes a todos los seres humanos. Obviamente, estos nuevos límites al poder se insertaban en un contexto histórico y cultural, por lo que esta promesa de universalidad se enfrentó con enormes dificultades que terminaron excluyendo de esta titularidad de derechos a amplios sectores de la sociedad y quedaron radicados en un pequeño grupo (hombres, blancos, propietarios, mayores de edad); empero, las bases para la transformación estaban asentadas[7].

---

7 Para una buena descripción de las limitaciones iniciales a la universalidad del proyecto ilustrado de derechos humanos universales ver L. Hierro. Los derechos humanos. Una concepción de la justicia, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2016, At. 59-114. [en adelante Hierro, 2016]. La conclusión del profesor Hierro es: "ese paradigma de individuo-autónomo sólo se realizaba plenamente, en el imaginario de la época, en el varón adulto propietario, el cual podía ser realmente autónomo si se eliminaban las desigualdades artificialmente introducidas por la legislación del Antiguo Régimen; este paradigma excluía explícita o implícitamente, de todos o de toda parte de los derechos, a los seres humanos que, por una u otra razón, no podían alcanzar una autonomía real: a los esclavos, porque eran propiedad de su amo; a las mujeres, porque estaban sometidas a la autoridad del varón, padre o marido; a los ciervos y trabajadores, porque su sustento dependía del señor o del patrón; y, con mayor naturalidad todavía, a los menores de edad, porque estaban sometidos a la patria potestad. Sin embargo, desde el momento mismo en que inventan los derechos humanos, aparece la reivindicación de iguales derechos para las personas así excluidas". Hierro, 2016, At. 85-86. En particular, para la exclusión de los esclavos en el proceso de independencia norteamericano ver N. Abu-Jamal. Queremos libertad. Una vida en los panteras negras, Virus Editorial, Barcelona, 2007. At. 59-82. [en adelante Abu-Jamal, 2007]. Para la exclusión de las mujeres ver una buena síntesis en L. Fries & N. Lacrampette. Feminismos, género y derecho. En Lacrampette, N. (Ed.), Derechos humanos y mujeres: teoría y práctica, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho – Universidad de Chile, Santiago, 2013. At. 33-65. [en adelante Fries & Lacrampette, 2013]. Sobre la convergencia entre la exclusión por razones raciales y de género ver A. Davis. Mujeres, raza y clase, Ediciones Akal, Buenos Aires, 2019. [en adelante Davis, 2019].

Durante los siglos XIX y XX veremos procesos políticos y sociales destinados a la concreción de esta titularidad universal que incluyeron conflictos, revoluciones, procesos de independencia, guerras civiles, fin de imperios y guerras mundiales. Así, llegamos a nuestro tercer hito: la internacionalización de la protección. Frente a los horrores de las guerras mundiales de la primera parte del siglo XX, la humanidad llegó a un cierto consenso: los derechos humanos no podían quedar entregados a la discrecionalidad del poder soberano, incluido el que emanaba de las mayorías. Así, se desarrollaron nuevas formas de protección nacional de derechos (cartas constitucionales más robustas en materia de derechos y mecanismos de protección) y también comenzó la construcción de un sistema internacional de protección de derechos humanos que limitara la soberanía de los Estados. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 fue el punto de partida de lo que hoy conocemos como derecho internacional de los derechos humanos (DIDH)[8].

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

El desarrollo de un constitucionalismo fuerte en Europa[9] y desde ahí exportado al mundo tiene su origen en el reconocimiento del fracaso de los sistemas de protección de los individuos en el ámbito interno. El constitucionalismo europeo de la posguerra reconoce que el sistema constitucional desarrollado desde el siglo XVII en adelante, sobre la base de la soberanía estatal sin frenos adecuados, no pudo impedir la tragedia de la segunda Guerra y, en particular, los hechos que la desencadenaron. Los sistemas nacionales no fueron capaces de limitar la actividad del Estado y, por tanto, permitieron violaciones masivas de los derechos individuales. Sobre esta premisa se desarrolló una nueva y revitalizada visión de los límites institucionales al poder estatal.

Frente a este análisis de la realidad se desarrollan dos procesos: por una parte, el fortalecimiento de los derechos en el ámbito interno, para lo cual se construye un constitucionalismo fuerte en materia de derechos y un desarrollo conceptual y jurisprudencial en materia de derechos fundamentales[10]. Por otra, el desarrollo de un sistema de protección internacional de los derechos humanos. Este último proceso será el objeto de nuestra atención a continuación.

---

8 Para una completa visión del proceso histórico relativo a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 ver M.A. Glendon. Un Mundo Nuevo. Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 2011. [en adelante Glendon, 2011].

9 E. Böckenförde. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia, Editorial Trotta, Madrid, 2001. [en adelante Böckenförde,2001].

10 L. Favoreu, Droit Constitutionnel, Dalloz, Paris Francia, 1998. [en adelante Favoreu, 1998]; G. Peces-Barba, Curso de derechos fundamentales. Teoría general, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, Madrid-España, 1999. [en adelante Peces-Barba, 1999]; R. Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid-España, 2002. [en adelante Alexy, 2002].

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

Desde sus orígenes el derecho internacional había desarrollado ciertos medios de protección de los individuos. Estos medios de protección tradicionalmente decían tener relación con la intervención del Estado en la protección de los ciudadanos. Los principales ejemplos vigentes en esa época son: protección diplomática, que en palabras de Buergenthal, fue "un primer signo de la intervención de terceros Estados en la relaciones entre un gobernante y sus gobernados (...) que constituía una extensión de la soberanía nacional"; la abolición de la esclavitud que se enmarca entre los "esfuerzos destinados a resolver un problema de derechos humanos, es decir, de derechos pertenecientes a todos los individuos por el solo hecho de existir"; la protección de minorías cuyo "objetivo (...) fue el de asegurar para estas minorías un trato justo e igualitario y el respeto de su lengua, religión y costumbres"; y la intervención humanitaria, entendiendo por tal la "intervención armada en el territorio de un Estado con el fin de proteger la vida de extranjeros o nacionales que habitan ese territorio"[11].

Un primer paso en el sistema internacional para mejorar la protección internacional se produce una vez terminada la I Guerra Mundial. Fundamentalmente, se promueve una actividad importante en el ámbito internacional para hacerse cargo de al menos las siguientes cuestiones: desarrollar un sistema de protección de minorías; desarrollar un sistema internacional de protección de trabajadores (destaca en este campo la creación de la Organización Internacional del Trabajo); y profundizar el sistema internacional de protección de las personas refugiadas[12]. Frente a los horrores de que fue testigo la humanidad durante la II Guerra Mundial, surgió la necesidad de establecer un orden público internacional por encima de los Estados que previniera la repetición de este tipo de situaciones en el futuro: se crearon organizaciones internacionales en el plano político (Naciones Unidas, Organización de Estados Americanos, Consejo de Europa); en lo económico se diseñó un sistema internacional (Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo), en lo militar surgieron pactos internacionales (OTAN, Pacto de Varsovia); en el campo del derecho humanitario se desarrollaron nuevos instrumentos internacionales (Convenciones de Ginebra de 1949) y en materia de refugiados se comenzaron a desarrollar instituciones y documentos internacionales (Alto Comisionado para los Refugiados y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados).

---

11 Un interesante estudio a estos acercamientos de la protección internacional, en T. Buergenthal, C. Grossman & P. Nikken. Derechos Humanos Internacionales, editorial Gernika, México, 1998. [en adelante Buergenthal et al., 1998], At. 31-47.

12 T. Buergenthal, C. Grossman & P. Nikken. Manual Internacional de Derechos Humanos. Editorial Jurídica de Venezuela, Caracas, 1990. [en adelante Buergenthal et al., 1990], At. 12-14.

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

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

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

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

Para entender este desarrollo no podemos dejar de considerar que todo este proceso está marcado por el contexto político del mundo de la posguerra. La Guerra Fría y su consecuente división del mundo en bloques antagónicos impidieron un desarrollo fluido de la idea del derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, la situación política mundial estaba marcada por la división bipolar, y también por un mundo desigual en que había países desarrollados, como Estados Unidos; países que querían volver al desarrollo pleno después de la devastación provocada por la guerra, como muchos países europeos; países que vivían en el subdesarrollo, como los países latinoamericanos; y países que lentamente empezaban su vida independiente, como las excolonias africanas. Estos hechos políticos impidieron por muchos años lograr los propósitos plasmados en el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas[13].

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

---

13 Esta reafirmaba "la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas", ver Organización de las Naciones Unidas (ONU), Carta de las Naciones Unidas, 1945 (junio 26). Firmada en San Francisco, al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, entró en vigor el 24 de octubre del mismo año. [en adelante Carta Naciones Unidas, 1945].

DOCUMENTOS

La Asamblea General (ONU, 1948)

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

Artículo 1

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

Conferencia Mundial Derechos Humanos (Viena, 1993)

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

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

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

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

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

I.3. Propósitos de la protección internacional

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

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

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

En segundo lugar, el establecimiento de un sistema internacional de derechos humanos busca la ***prevención*** de violaciones de derechos humanos. En efecto, el sistema internacional es consciente de sus limitaciones y, por tanto, no tiene pretensiones de transformarse en un sistema que reemplace a las instancias nacionales, ni un sistema que pueda resolver todos los casos de violaciones de derechos humanos. Esta lógica preventiva es esencial tanto en el DIDH como en el Derecho Penal Internacional.

En un reciente fallo, la Corte Europea de Derechos Humanos ha expresado que "el objeto y propósito de la Convención [Europea de Derechos Humanos], como instrumento para la protección de los derechos humanos, requiere que sus disposiciones se interpreten y apliquen de manera que garanticen derechos que sean prácticos y efectivos, no teóricos e ilusorios"[14].

14 TEDH. Caso Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland (application no. 53600/20, sentencia de 09 de abril de 2024, párr. 545 (traducción no oficial).

I.4. La especial naturaleza del DIDH y su impacto en las fuentes del derecho internacional

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

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado este carácter especial de los tratados sobre derechos humanos:

> La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción [...][15].

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

> se inspiran en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano), están dotados de mecanismos específicos de supervisión, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo, y tienen una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados Partes.[16]

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

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

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

> En tal Convención [Genocidio], los Estados contratantes no tienen intereses propios. Tienen solamente, todos y cada uno de ellos, un interés común, que es el de preservar los fines superiores que son la razón de ser de la convención. En consecuencia, en una convención de este tipo no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes.
>
> La consideración de los fines superiores de la convención es, en virtud de la voluntad común de las partes, el fundamento y la medida de todas sus disposiciones[17].

En definitiva, en el campo del Derecho Internacional contemporáneo se ha reconocido la particular naturaleza de los tratados de derechos humanos. Este cambio en la percepción de los tratados de derechos humanos trae importantes consecuencias: el incumplimiento de las obligaciones internacionales de derechos humanos de un Estado no da a los otros Estados Parte del tratado derecho para denunciarlo o terminarlo[18], puesto que las obligaciones se establecen en beneficio de las personas y no de los Estados. En virtud de lo anterior, las reservas a las obligaciones convencionales se encuentran limitadas y restringidas[19]. Así, las actuaciones de los Estados quedan sujetas a un control internacional, cual es, el de los órganos creados por los propios instrumentos internacionales, sin perjuicio de eventualmente sujetarse al control de la Corte Internacional de Justicia.

Un punto evidente de conexión entre el Derecho Internacional Público y el DIDH (ver tabla 1) son las normas *ius cogens* o normas imperativas[20]. Si bien aún es materia de discusión en Derecho Internacional qué son, cómo se identifican y cuáles son los efectos de esta categoría de normas, cada vez hay un mayor consenso en que integran esta categoría de normas varias que corresponden a normas vinculadas con DIDH. Así, en el debate que se lleva a cabo en la Comisión de Derecho Internacional se han identificado algunas de estas normas[21]:

---

17 Corte Internacional de Justicia (CIJ), Réserves á la Convention sur le Génocide (1951), p. 23. Citado en Buergenthal et al., 1990 (supra 12), At. 172.

18 Organización de las Naciones Unidas (ONU). Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980. Viena, 23 de mayo de 1969. [en adelante Convención de Viena, 1969], Art. 60.5.

19 Corte IDH, 1982, OC-2/82 (supra 15), párr. 26.

20 Convención de Viena, 1969 (supra 18), Artículo 53 "53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ("jus cogens"). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración. esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".

21 Comisión de Derecho Internacional (CDI). Draft conclusions on identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (jus cogens), 2022. [en adelante CDI, Draft conclusions, 2022]. Sobre los orígenes del proceso, ver E. Schwelb. "Some aspects of international jus cogens as formulated by the International Law Commission". En The American Journal of International Law, Vol 61, At. 946-975, 1967. [en adelante Schwelb, 1967]

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

Tabla 1. Comparativo entre las premisas del Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Derecho Internacional Público	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
Igualdad formal entre Estados	Desigualdad real entre Estados e individuos
Ejercicio de poder horizontal	Ejercicio de poder vertical
Soberanía como base (independencia)	Límite a la soberanía (excepción al principio)
Objetivo: regular intereses recíprocos entre contratantes	Objetivo: Establecer un código de conducta para los Estados respecto de los individuos sujetos a su jurisdicción

Fuente: Elaboración propia.

II

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

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

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

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

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

II.1. Concepto y características de los derechos humanos

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

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

La Organización de Naciones Unidas los define como:

> derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de raza, sexo, nacionalidad, origen étnico, lengua, religión o cualquier otra condición. Entre los derechos humanos se incluyen el derecho a la vida y a la libertad; a no estar sometido ni a esclavitud ni a torturas; a la libertad de opinión y de expresión; a la educación y al trabajo, entre otros muchos.[22]

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

> conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por el orden jurídico a nivel nacional e internacional.[23]

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

---

22 https://www.un.org/es/global-issues/human-rights

23 A. Pérez Luño. Los derechos humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema (en colaboración con: J. L. Cascajo, B. de Castro y C. Gómez Torres), Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1979. [en adelante Pérez-Luño, 1979].

> …aquellas libertades, inmunidades, pretensiones y potestades que corresponden a todo ser humano como condición necesaria para realizarse como sujeto moral y cuya satisfacción es condición necesaria y suficiente para justificar la existencia, el origen y el contenido de un sistema jurídico.[24]

A partir de estas conceptualizaciones podemos extraer algunas conclusiones. Los beneficiarios son los individuos sujetos al poder del Estado donde a cada persona se le reconocen derechos por el solo hecho de ser un ser humano (le son inherentes) y no es requisito pertenecer a ningún grupo ni detentar una calidad especial para ser titular de esta categoría de derechos. Este carácter universal de los derechos humanos es la gran conquista de la humanidad[25].

Aunque en sus orígenes los derechos humanos no siempre fueron entendidos de la manera en que los conceptualizamos actualmente (por ejemplo, en un comienzo las mujeres no eran consideradas titulares de derechos humanos, tampoco los esclavos, los niños y niñas, entre otros), la exigencia de universalidad se ha ido interpretando conforme a los desarrollos políticos y filosóficos de cada época y sigue siendo una de las grandes promesas incumplidas de la humanidad[26].

Los derechos humanos se caracterizan por ser: i) universales, ii) mínimos y progresivos, iii) indivisibles, iv) interdependientes, y v) inalienables[27].

i Que sean universales significa que, como ya señalamos, protegen a todos los seres humanos sin distinción, en todo tiempo y lugar y, por tanto, no pueden invocarse diferencias sociales, culturales o políticas como excusa para no protegerlos. Esta es la piedra angular de los derechos humanos.

ii Que sean mínimos implica que son un *"piso"* que el Estado está obligado a respetar y garantizar. Son condiciones básicas para que las personas puedan desarrollar su vida con dignidad. Ello implica que a partir de ese piso básico los Estados pueden ir avanzando y proteger de manera cada vez más amplia los derechos humanos y, por ello, también son progresivos (se va ampliando su alcance, contenido y profundidad).

iii Que sean indivisibles expresa que no existe jerarquía entre los derechos, es decir, no existen derechos más importantes que otros. El respeto y garantía de todos los derechos es necesario para cumplir las exigencias de una vida digna.

---

24 Hierro, 2016 (supra 7).

25 P. Nikken, "El concepto de derechos humanos", en Estudios Básicos de Derechos Humanos, IIDH, Costa Rica, At. 15-37, 1994. [en adelante Nikken, 1994]; Glendon, 2011 (supra 8); J. Donnelly. Universal human rights in theory and practice, Ithaca, Cornell University Press, 2003. [en adelante Donnelly, 2003].

26 Peces-Barba, 1999 (supra 10); Hierro, 2016 (supra 7).

27 S. Serrano & D. Vásquez. Los derechos humanos en acción: operacionalización de los estándares internacionales de los derechos humanos, FLACSO, México D. F., 2013. [en adelante Serrano & Vásquez, 2013].

iv Que sean interdependientes reconoce que el goce y ejercicio de todos los derechos se refuerzan mutuamente; así, el avance de uno facilita el avance de los demás derechos.
v Finalmente, que sean inalienables significa que la autoridad los reconoce (no los entrega) y, por tanto, no puede quitarlos. Los derechos humanos no pueden suprimirse y solo pueden ser limitados en determinadas situaciones y según las debidas garantías. Así, hacer depender los derechos humanos del cumplimiento de ciertos "deberes" es inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos.

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

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

Sin duda que la universalidad de los derechos humanos es la gran conquista de la humanidad desde el proceso de la Ilustración; así, cada individuo, por el solo hecho de ser un ser humano, es titular de los derechos humanos como derechos subjetivos que no dependen ni de una concesión de la autoridad ni del cumplimiento de determinados requisitos personales o de comportamiento personal o social. Esta concepción profunda de los derechos humanos ha sido objeto de un difícil proceso de implementación, donde amplios sectores sociales han sido históricamente excluidos atendidas circunstancias políticas, sociales y culturales. Así, en la práctica, la titularidad de derechos quedaba limitada a un paradigma

de titularidad de derechos excluyente (hombre, blanco, mayor de edad, propietario, entre otras características), y quienes no cumplían con estas condiciones quedaban excluidos del goce y ejercicio de derechos. En este sentido, la historia de los derechos humanos ha sido la lucha por la plena universalidad y su efectividad. En particular, el debate en materia de DIDH en las últimas décadas ha sido cómo lograr esta universalidad, sea por vía normativa (nuevas declaraciones, tratados) o por vía jurisprudencial.

Una de las objeciones actuales a la universalidad de los derechos humanos es la del relativismo cultural. Esta postura filosófica y política sostiene que los derechos humanos son una imposición de occidente que debe ceder frente a las prácticas culturales arraigadas en una sociedad. Sin duda el debate sobre la mutilación genital femenina en la década de 1990 fue el punto de quiebre de estas críticas a partir de las cuales se ha ido asumiendo la idea de que las prácticas culturales arraigadas no pueden implicar la violación de ciertos mínimos infranqueables que corresponden a derechos que no admiten ninguna forma de limitación legítima (prohibición de la tortura, prohibición de la esclavitud, prisión por razones de conciencia, entre otras)[28].

28 Desde una visión política liberal, ver Donnelly, 2003 (supra 25) La versión más aceptada por la comunidad de derechos humanos es la que se contiene en la Conferencia Mundial de Viena sobre Derechos Humanos de 1993.

CASOS DE ESTUDIO

Caso Carabinera (Chile)

Una funcionaria de Carabineros (policía) denunció que mientras se dirigía a su domicilio vestida de civil, tras terminar su servicio, fue golpeada por colegas suyos de Fuerzas Especiales.

Los hechos habrían ocurrido el pasado lunes 4 de noviembre a eso de las 20:20 horas en la Alameda con San Isidro.

De acuerdo con lo relatado por la víctima, una cabo 2º de la Primera Comisaría de Santiago, a esa hora, ella se dirigía a su domicilio luego de terminar sus servicios patrullando estaciones de Metro.

En ese contexto, la funcionaria se encontró con un piquete de Fuerzas Especiales de Carabineros que disparaban balines contra manifestantes, razón por la que la funcionaria se agachó para protegerse, escuchando que uno de esos uniformados gritó "llevémonos a todos estos hueones".

Por lo anterior, intentó identificarse como funcionaria policial con el fin de evitar la detención, buscando en su mochila el documento correspondiente.

Sin mediar provocación, en ese momento fue abordada por un carabinero sin identificación que procedió a golpearla en reiteradas oportunidades causándole lesiones.

Preguntas

1. *¿Quién es el titular de derechos humanos afectados en este caso?*
2. *¿Quién es el destinatario de la obligación en materia de derechos humanos?*
3. *¿Quién ha incurrido en este caso en una violación de derechos humanos?*
4. *Si el Carabinero que golpeó a la carabinera hubiese sido herido por ésta, ¿esa sería una violación de derechos humanos?*

II.2. Categorías de derechos

A continuación, se desarrollará la distinción entre las categorías de derechos humanos consagradas internacionalmente. Tradicionalmente la dogmática de los derechos humanos se ha referido a *"generaciones de derechos"*[29], aludiendo con esto a la diferenciación entre los derechos civiles y políticos (o derechos de primera generación), derechos económicos, sociales y culturales (o derechos de segunda generación), y los derechos colectivos (o derechos de tercera generación). Los primeros tienen por objeto la tutela de la libertad, la seguridad y la integridad física y moral de la persona. Los segundos, en cambio, se basan principalmente en el valor de igualdad, refiriéndose a la existencia de condiciones de vida y acceso a bienes materiales y culturales; mientras que los terceros son derechos cuyo titular es un ente colectivo, como la humanidad entera o los pueblos (derecho a la paz, derecho a la autodeterminación de los pueblos).

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

II.2.1. Las categorías y su discusión actual

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

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

La mirada tradicional ha sido muy importante en la práctica de la protección de los derechos humanos y por eso debemos estudiarla con profundidad. Esta teoría que se basa en una clasificación sustantiva entre dos categorías: derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Esta categorización se ha basado en la idea de que la obligación que tiene el Estado respecto de estos grupos de derechos es distinta basada en sus deberes de omisión y prestacionales[30]. Es así como en los derechos civiles y políticos la obligación estatal se basaría en la abstención (se trata de derechos inmediatamente exigibles, cuyo respeto representa para el Estado una obligación de resultado, susceptible de control jurisdiccional, siendo una *obligación de no hacer)*, mientras que la obligación del Estado en los derechos económicos, sociales y culturales, sería prestacional (*obligación de hacer),* donde su exigibilidad está condicionada a la existencia de recursos apropiados para su satisfacción y, por tanto, representa una obligación de medios y que no puede ser judicializada. Sobre esta base se diseñaron los instrumentos internacionales en la década de los 60 que hasta hoy siguen vigentes.

Así las cosas, podemos resumir la diferenciación tradicional de acuerdo con el esquema de análisis que se propone en la tabla 2[31]:

Tabla 2. Esquema de análisis de la diferenciación tradicional entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales.

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

Fuente: Elaboración propia.

30 Nikken, 1994 (supra 25).
31 Los derechos colectivos se tratarán separadamente, por sus particularidades que dificultan su inserción en la tabla.

Sin embargo, esta diferenciación ha sido sometida a diversas críticas, principalmente porque en ambas categorías de derechos encontramos obligaciones de abstención y prestación[32]. Por ejemplo, en los derechos civiles y políticos se puede pensar lo que implica tener un sistema judicial que garantice el debido proceso o un sistema electoral que permita elecciones libres e informadas. De esta forma, los derechos civiles y políticos efectivamente contemplan un complejo de obligaciones de hacer y no hacer. En este mismo sentido, los derechos económicos, sociales y culturales también implican deberes de abstención, por ejemplo, el no dañar la salud o el no impedir el acceso a la educación.

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

Así, como se observa en la tabla 3, el esquema de distinción cambia.

Tabla 3. Cambios en el esquema de distinción entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales.

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

Fuente: Elaboración propia.

32 V. Abramovich & C. Courtis, Los derechos sociales como derechos exigibles, Editorial Trotta, Madrid-España, 2004. [en adelante Abramovich & Courtis, 2004].

En síntesis, en relación con las categorías de derechos humanos, esto es, la forma de agruparlos bajo criterios diferenciadores, la tradicional división entre derechos civiles y políticos y económicos, sociales y culturales[33] ha sido superada por la doctrina[34], pero sigue manteniendo su expresión en los instrumentos de derechos humanos y eso también se refleja en muchas constituciones. Por cierto, en los primeros instrumentos sobre derechos humanos todos los derechos eran consagrados en forma conjunta, sin distinciones entre diferentes categorías (Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 1948; Declaración Universal sobre Derechos Humanos, 1948); sin embargo, las contingencias de la Guerra Fría impactaron fuertemente en el debate sobre derechos humanos y los tratados sobre la materia son fiel reflejo de esta división. De esta forma, en el ámbito de Naciones Unidas, al momento de convenir en el tema de derechos humanos, los Estados no pactaron un solo instrumento, tal como se había hecho en 1948, sino que el debate dio origen a dos instrumentos con énfasis diferentes: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). Asimismo, en el sistema interamericano los instrumentos convencionales son dos: la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988). En esta mirada histórica es interesante tener en consideración que el primer instrumento de la era posterior a la Guerra Fría, la Convención de los Derechos del Niño (1989), se estructura como uno único que contiene derechos de diversas categorías.

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

> 2.1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.[35]

33 Nikken, 1994 (supra 25).
34 Abramovich & Courtis, 2004 (supra 32).
35 Organización de las Naciones Unidas (ONU). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49 Lista de los Estados que han ratificado el pacto (en adelante PIDCP), artículo 2.1.

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

> 2.1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.[36]

Hoy, los principales organismos de derechos humanos han avanzado en una visión integradora de la protección de los derechos humanos a partir del principio de interdependencia. La idea de la interdependencia se dirige a establecer el criterio de que todos los derechos son necesarios para garantizar la dignidad de las personas, independientemente de que estén regulados en instrumentos diferentes. En este sentido, el respeto de un derecho tendrá impacto en otros y viceversa[37]**.** En relación con el principio de interdependencia la Corte Interamericana ha señalado:

> Esta Corte ha reiterado la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello.[38]

II.2.2. Derecho a la salud

En el ámbito internacional ha habido un amplio desarrollo respecto de un derecho con un fuerte contenido prestacional: el derecho a la salud, el que ha adquirido especial relevancia en el marco de la pandemia mundial por el Covid-19 y que nos puede servir de ejemplo acerca de la protección internacional en materia de DESC.

---

36 Organización de las Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Aprobado el 16 diciembre 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27. [en adelante PDESC], Artículo 2.1.

37 E. Ferrer Mac-Gregor. La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el sistema interamericano de derechos humanos, UNAM – CNDH, 2017. [en adelante Ferrer, 2017]; Serrano & Vásquez, 2013 (supra 27). En la jurisprudencia de la Corte IDH hay una interesante evolución que se puede consultar en: Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana. Derechos Económicos, Sociales y Culturales No.22. San José, Costa Rica. Corte IDH, 2021. [en adelante Corte IDH, 2021, Cuadernillo 22].

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

En efecto, ese es buen ejemplo de las obligaciones que surgen para los Estados a partir del reconocimiento y consagración de esta categoría de derechos.

En primer lugar, a nivel internacional se ha avanzado en una concepción amplia del derecho a la salud, que comprende variados aspectos. Un buen resumen es el que hace la Corte Interamericana:

> La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio adecuado de los demás derechos humanos, y todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente, entendida la salud no solo como la ausencia de afecciones o enfermedades, sino también como un estado completo de bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral. En este sentido, el derecho a la salud se refiere al derecho de toda persona a gozar del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.[39]

En cuanto a los aspectos que comprende el derecho a la salud, es el Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el que los ha descrito de mejor forma:

> ***a) Disponibilidad.*** Cada Estado Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas.
>
> ***b) Accesibilidad.*** Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas: i) no discriminación, ii) accesibilidad física, iii) accesibilidad económica (asequibilidad), y, iv) acceso a la información.
>
> ***c) Aceptabilidad.*** Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate.
>
> ***d) Calidad.*** Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad.[40]

A partir de estos elementos que debe satisfacer el Estado respecto del derecho a la salud, la Corte Interamericana ha establecido un estándar general para los Estados (respetar y garantizar), pero también, con relación a la obligación de no discriminación, ha señalado que "el cumplimiento de la obligación del Estado de respetar y garantizar este derecho deberá dar especial cuidado a los grupos

---

39 Corte IDH. Caso Guachalá Chimbo y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie C No. 423, párr. 100.

40 Comité DESC. Observación General No. 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. E/C.12/2000/4, resolución de 11 de agosto de 2000. [en adelante Comité DESC, 2000, OG 14], párr. 12.

vulnerables y marginados, y deberá realizarse de conformidad con los recursos disponibles de manera progresiva y de la legislación nacional aplicable"[41].

En esta misma línea, para que podamos estar ante una acción que comprometa la responsabilidad internacional del Estado en materia del derecho a la salud es necesario que se den algunas condiciones que la Corte Interamericana ha resumido de la siguiente forma:

> a) cuando por actos u omisiones se niegue a un paciente el acceso a la salud en situaciones de urgencia médica o tratamientos médicos esenciales, a pesar de ser previsible el riesgo que implica dicha denegación para la vida del paciente; o bien, b) se acredite una negligencia médica grave; y c) la existencia de un nexo causal, entre el acto acreditado y el daño sufrido por el paciente. Cuando la atribución de responsabilidad proviene de una omisión, se requiere verificar la probabilidad de que la conducta omitida hubiese interrumpido el proceso causal que desembocó en el resultado dañoso. Dichas verificaciones deberán tomar en consideración la posible situación de especial vulnerabilidad del afectado, y frente a ello las medidas adoptadas para garantizar su situación.[42]

Sobre esta base es fácil comprender que en el sistema internacional existe un problema y es que, si bien los DESC son reconocidos y se les ha ido desarrollando progresivamente, estos no cuentan con mecanismos eficaces para su exigibilidad, por lo que se ha debido avanzar en distintas estrategias de exigibilidad que pasamos a revisar en el siguiente apartado.

II.2.3. Exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales

La exigibilidad tiene que ver con la posibilidad de solicitar judicialmente al Estado la prestación que implica el derecho consagrado. Es así como hay quienes sostienen que la exigibilidad dependerá de los recursos que dispone el Estado, pero también se han explorado otras alternativas.Una de ellas es la prohibición de discriminación[43], es decir, la prestación proporcionada por el Estado no puede ser entregada de manera discriminatoria. Una segunda posibilidad está dada por la estrategia de reconducir la problemática a través de los derechos civiles y políticos[44], es decir, utilizar uno de estos derechos para

41 Corte IDH. Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, párr. 107.

42 Corte IDH. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, párr. 148.

43 Un ejemplo de esta estrategia lo podemos encontrar en el Caso Agüero Hernández Ligia contra directora del Centro Educativo Nuestra Señora de Desamparados, sentencia de 20 de junio de 2003. Citado en: N. Espejo. "La Interpretación amplia de la no discriminación a la luz del Principio de Igualdad. Un enfoque Igualitarista del Interés Público". Foro contra la discriminación en el Programa de Acciones de Interés Público de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2000. [en adelante Espejo, 2000].

44 A modo de ejemplo, podemos citar un caso pionero en esta línea, de la Corte Suprema de Costa Rica, donde se resuelve un caso de derecho a la salud (Caso de enfermos de VIH que solicitan atención médica), a través del derecho a la vida. Corte Suprema de Costa Rica, Sentencia No.6096-1997.

fundamentar la pretensión (casos donde el derecho a la salud, o a la vivienda, se reconducen a través del derecho a la vida, por ejemplo)[45]. Finalmente, debe cumplirse la obligación de progresividad y prohibición de regresividad, de acuerdo con la cual el Estado debe tomar las medidas necesarias para dar cumplimiento progresivo a los derechos humanos y evitar la regresividad, y, si se adopta una medida regresiva, ésta debe justificarse adecuadamente[46]. En sentencias recientes la Corte ha aclarado los alcances del principio de progresividad y las obligaciones que surgen para los Estados:

> El Tribunal también ha determinado que en el marco de dicha flexibilidad en cuanto al plazo y modalidades de realización, 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 adquirido. Así, la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos.[47]

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

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre[48] es el primer instrumento regional de carácter general. En ella se reconoce que "los derechos

45 Un claro ejemplo de esto y del razonamiento aplicable lo encontramos en un caso ante la Corte Interamericana donde se analizaba la responsabilidad del Estado por la afectación del derecho a la salud de una niña infectada de VIH. En este caso la Corte señaló que: "Este daño a la salud, por la gravedad de la enfermedad involucrada y el riesgo que en diversos momentos de su vida puede enfrentar la víctima, constituye una afectación del derecho a la vida, dado el peligro de muerte que en diversos momentos ha enfrentado y puede enfrentar la víctima debido a su enfermedad. En efecto, en el presente caso se ha violado la obligación negativa de no afectar la vida al ocurrir la contaminación de la sangre de Talía Gonzales Lluy en una entidad privada. Por otra parte, en algunos momentos de desmejora en sus defensas, asociada al acceso a antirretrovirales, lo ocurrido con la transfusión de sangre en este caso se ha reflejado en amenazas a la vida y posibles riesgos de muerte que incluso pueden volver a surgir en el futuro". Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 190).

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

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

48 Adoptada el 2 de mayo de 1948, meses antes de que se publicara la Declaración Universal de Derechos Humanos. Organización de los Estados Americanos (OEA). Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia, 1948 [en adelante Declaración Americana, 1948].

esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana", es decir, los derechos se fundan en la persona, de tal suerte que los Estados americanos no crean o conceden derechos, sino que los reconocen. La Corte Interamericana, a través de la labor consultiva[49], ha determinado que la Declaración Americana contiene y define los derechos esenciales a los que la Carta de la Organización de los Estados Americanos[50] se refiere.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) es el instrumento principal del Sistema Interamericano[51]. En ella se establece cuáles son los deberes de los Estados, un catálogo amplio de derechos, y define cuáles serán los medios de protección declarando a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y a la Corte IDH como los órganos competentes "para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes de la Convención"[52].

De esta forma, la CIDH y Corte IDH están facultadas para pronunciarse sobre cualquier situación violatoria de los derechos reconocidos en la CADH, siendo ésta su marco jurídico de actuación[53]. Es importante precisar que la Corte IDH estableció, en la Opinión Consultiva No.19, que el marco jurídico de actuación de la CIDH se compone por la CADH, la Declaración, la Carta de la OEA y el reglamento de la Comisión[54]. En el caso de la Corte IDH, su marco jurídico en principio lo constituye la CADH y los tratados internacionales que le den competencia para ello. Consecuencialmente, la CIDH tiene un marco jurídico más amplio para llevar a cabo su labor de observancia y protección de los derechos.

---

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

50 Organización de los Estados Americanos (OEA). Carta de la Organización de los Estados Americanos. Firmada en la IX Conferencia Internacional Americana del 30 de abril de 1948, celebrada en Bogotá. Entrando en vigencia el 13 de diciembre de 1951. [en adelante OEA, 1948, Carta]. Este tratado se suscribió con el objeto de crear la organización regional, por lo que no es propiamente un tratado de derechos humanos. Sin embargo, incluye un capítulo llamado "Desarrollo Integral" en el que se establece el compromiso de los Estados de alcanzar un desarrollo integral, como condición para la paz y seguridad, lo que abarca los campos económico, social, educacional, cultural, científico y tecnológico. Este capítulo es que enuncia, en su mayor parte, metas que los Estados deben cumplir y los medios para ello, reconociendo algunos derechos, como el derecho al trabajo (artículo 45, inciso b) o el derecho a la educación (artículo 49).

51 Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José". Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Adoptada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Entrada en Vigor: 18 de julio de 1978. Serie sobre Tratados OEA Nº 36 – Reg. ONU 27/08/1979 Nº 17955 [en adelante CADH].

52 CADH (supra 51), artículo 33.

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

54 Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-19/05 de 28 de noviembre de 2005. Serie A No. 19 [en adelante Corte IDH, 2005, OC-19/05], párr. 26.

De la lectura de la CADH se desprende un importante catálogo de derechos civiles y políticos[55], y un único artículo que integra el Capítulo III sobre DESC, que refiere lo siguiente:

> Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.[56]

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

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

En este escenario, la vía que —principalmente— ha utilizado la Corte IDH para la protección de estos derechos ha sido la vía indirecta, esto es, vía conexión con la violación de derechos civiles y políticos (vida, integridad personal, entre otros)[57].

Sin embargo, los últimos años la Corte IDH ha dado pasos en relación con la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales[58]; así, podemos destacar el reconocimiento de que la Corte IDH ejerce jurisdicción plena sobre todos los artículos y disposiciones de la Convención Americana, incluido el artículo 26; el reconocimiento de la interdependencia de los derechos

---

55 Del artículo 3 al 25, la CADH (supra 51) reconoce los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la prohibición de la esclavitud y la servidumbre, a la libertad personal, a las garantías judiciales, el principio de legalidad y de retroactividad, el derecho a indemnización, a la protección de la honra y de la dignidad, de libertad de conciencia y religión, de pensamiento y de expresión, de rectificación o respuesta, de reunión, de libertad de asociación, a la protección de la familia, al nombre, los derechos del niño, a la nacionalidad, a la propiedad privada, de circulación y residencia, los derechos políticos, la igualdad ante la ley y a la protección judicial.

56 CADH (supra 51), artículo 26.

57 Ver: Corte IDH, 2021, Cuadernillo 22 (supra 37).

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

económicos, sociales y culturales y los derechos civiles y políticos; la declaración, por primera vez en la historia de la Corte Interamericana, de la violación de una norma prevista en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, declarando la violación del derecho a la educación; o los debates para reconocer la violación directa del derecho a la vivienda, trabajo, seguridad social, salud y otros a partir de la posibilidad de derivar dicho derecho de las normas contenidas en la Carta de la OEA declarando la violación del artículo 26[59].

La jurisprudencia más reciente ha justificado la aplicación directa del artículo 26, razonando en el siguiente sentido:

> La Corte advierte que una interpretación literal, sistemática y teleológica permite concluir que el artículo 26 de la Convención Americana protege aquellos derechos que derivan de las normas económicas, sociales y de educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA. Los alcances de estos derechos deben ser entendidos en relación con el resto de las demás cláusulas de la Convención Americana, por lo que están sujetos a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención y pueden ser sujetos de supervisión por parte de este Tribunal en términos de los artículos 62 y 63 del mismo instrumento. Esta conclusión se fundamenta no sólo en cuestiones formales, sino que resulta de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, así como de su compatibilidad con el objeto y fin de la Convención, que es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos. Corresponderá, en cada caso concreto que requiera un análisis de DESCA, determinar si de la Carta de la OEA se deriva explícita o implícitamente un derecho humano protegido por el artículo 26 de la Convención Americana, así como los alcances de dicha protección[60].

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

> La Corte reitera lo ya establecido en su jurisprudencia, en el sentido que la flexibilidad en cuanto a plazo y modalidades de cumplimiento de sus obligaciones de progresividad conforme al artículo 26 implica, 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 adquirido. Así, la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos.
>
> [...]

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

60 Corte IDH. Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, párr. 97.

> En consecuencia, al existir una obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos contemplados por el artículo 26, en los términos del artículo 1.1 de la Convención, la Corte tiene competencia para calificar si existió una violación a un derecho derivado del artículo 26 en los términos previstos por los artículos 62 y 63 de la Convención. Este último artículo prevé que cuando exista una violación de un derecho o libertad protegido por la Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcado, y dispondrá que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de un derecho. Asimismo, la Corte ha señalado en reiteradas ocasiones que, en virtud del artículo 1.1, todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho Internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos establecidos en la Convención. Así, la Corte considera que ahí donde sea posible identificar una acción u omisión atribuible al Estado, que vulnere un derecho protegido por el artículo 26, la Corte podrá determinar la responsabilidad del Estado por dicho acto y establecer una reparación adecuada.[61]

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

II.2.4. Los derechos colectivos

Cuando nos referimos a derechos colectivos, hablamos principalmente de derechos que tienen por *titular* a una colectividad, es decir a un conjunto de personas. La discusión dogmática se ha basado principalmente en si estos pueden ser considerados derechos humanos, ya que los derechos que integran el sistema internacional han sido consagrados bajo una línea de pensamiento individual, lo que implica el hecho de que los derechos colectivos han sido excluidos del catálogo de derechos humanos[62]. Así, resolver el tema de los derechos colectivos implica ampliar el paradigma de los derechos humanos liberales, basados en derechos subjetivos individuales, para dar paso a una concepción de los derechos humanos que contempla la posibilidad de derechos subjetivos colectivos que puedan ser opuestos al poder estatal.

---

61 Corte IDH. Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, párrs. 81 y 84.

62 Un desarrollo de esta discusión se puede encontrar en R. Stavenhagen. "Los derechos indígenas, algunos problemas conceptuales", en Revista IIDH, vol 15. San José, At. 123-143, 1992. [en adelante Stavenhagen, 1992]. Asimismo, encontramos diversas sentencias de la CIDH en que se otorgan reparaciones a las comunidades indígenas, en virtud de su titularidad de derechos colectivos o en relación con elementos culturales, Ver: Corte IDH, Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, sentencia de 31 de agosto de 2001, Caso Bámaca Velásquez - reparaciones (Artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 22 de febrero de 2002; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010.

Los principales ejemplos de este reconocimiento se dan en los Pactos Internacionales de Naciones Unidas (1966), que comparten un mismo numeral 1 del artículo 1º que dispone que "Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural". En el mismo sentido, la Carta Africana de 1981 consagra derechos humanos individuales y colectivos. Así, a partir de su preámbulo se construye este reconocimiento en los siguientes términos, los Estados miembros "firmemente convencidos de su deber de promover y proteger los derechos y libertades humanos y de los pueblos teniendo en cuenta la importancia tradicionalmente concedida en África a esos derechos y libertades", acuerdan entre los artículos 19 y 24 derechos de los pueblos.

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

> En anteriores oportunidades, en casos relativos a comunidades o pueblos indígenas y tribales el Tribunal ha declarado violaciones en perjuicio de los integrantes o miembros de las comunidades y pueblos indígenas o tribales. Sin embargo, la normativa internacional relativa a pueblos y comunidades indígenas o tribales reconoce derechos a los pueblos como sujetos colectivos del Derecho Internacional y no únicamente a sus miembros. Puesto que los pueblos y comunidades indígenas o tribales, cohesionados por sus particulares formas de vida e identidad, ejercen algunos derechos reconocidos por la Convención desde una dimensión colectiva, la Corte señala que las consideraciones de derecho expresadas o vertidas en la presente Sentencia deben entenderse desde dicha perspectiva colectiva.[63]

En sentido contrario, el Comité de Derechos Humanos sostiene que no tiene competencia para conocer reclamaciones sobre la base del artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (volvemos sobre este tema *infra* en este Curso), pero sí ha considerado que puede analizar las normas relativas a derechos de las minorías (art. 27 Pacto) en relación con el artículo 1, lo que abre la puerta a una mirada más compleja entre los derechos individuales y colectivos consagrados en dicho tratado[64].

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

---

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

64 Un caso muy interesante en este sentido es CDH. Comunicación No. 547/1993. CCPR/C/70/D/547/1993, dictamen de 16 de noviembre de 2000, párr. 9.2.

Caso Virginia Marcell

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

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

Preguntas

1. *¿Qué derechos se ven afectados en este caso*
2. *¿Podría la Corte acoger la pretensión de la recurrente a través del derecho a la salud?*
3. *¿Qué estrategias de exigibilidad de derechos económicos, sociales y culturales podríamos usar en este caso?*

Caso Poblete Vilches

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

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

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

Preguntas

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

DOCUMENTOS - NORMATIVA

Artículo 1 Común Pactos De Naciones Unidas, 1966

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

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

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

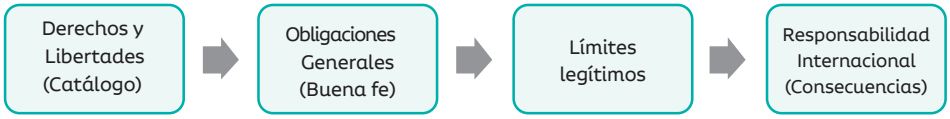
Artículo 20. 1. Todos los pueblos tendrán derecho a la existencia. Tendrán el incuestionable e inalienable derecho a la autodeterminación. Decidirán libremente su status político y procurarán su desarrollo económico y social según la política que ellos mismos hayan escogido libremente. 2. Los pueblos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

II.3. Normas Comunes

El análisis de las normas comunes de derechos humanos consagradas en el ámbito internacional lo realizaré siguiendo el siguiente esquema, según la figura 1:

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

Figura 1. Esquema de las normas comunes de derechos humanos consagradas en el ámbito internacional.



Fuente: Elaboración propia.

II.3.1. El catálogo de derechos y su estructura

A continuación, analizaré la forma en que debe entenderse la estructura de los derechos fundamentales, en tanto estándar normativo. Se desarrollarán (a) la forma en que se han expresado los derechos consagrados en los instrumentos internacionales; (b) los principios que prevalecen en el derecho internacional de los derechos humanos; (c) el valor de la dignidad humana en el derecho internacional de los derechos humanos; y, (d) finalmente algunas consideraciones sobre la ampliación de los catálogos de derechos y libertades consagrados internacionalmente.

Sistemas normativos. En primer lugar, debe tenerse claro que tanto las reglas como los principios son normas. Los principios son mandatos de optimización, esto es, ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas; pueden ser satisfechos en grados y también deben tenerse en consideración los principios opuestos. Por su parte, las reglas son mandatos definitivos y, por tanto, siempre estarán hechas o cumplidas o no. Las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible. No son objeto de ponderación y no la necesitan; su criterio será la preeminencia (jerárquica, cronológica, material, especialidad, entre otras)[65].

65 Seguimos en esta materia a Alexy, 2002 (supra 10); L. Prieto, "El juicio de ponderación", en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, Editorial Trotta, Madrid-España, 2003. [en adelante Prieto, 2003]; y C. Bernal. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003. [en adelante Bernal, 2003].

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

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

A modo de ejemplo, se puede pensar en el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la libertad personal. El artículo 7 combina principios (el derecho a la libertad personal) en conjunto con una serie de reglas relativas a la concreción de este principio en situaciones específicas, como, por ejemplo, el numeral 4 sobre el deber de informar las razones de la privación de libertad o el numeral 5 sobre el deber de poner a disposición de una autoridad judicial a quien será privado de su libertad. Así, el artículo 7 dispone:

> Derecho a la Libertad Personal
>
> 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
>
> 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
>
> 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
>
> 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
>
> 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
>
> 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad, tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza. Dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.
>
> 7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.[66]

66 CADH (supra 51), artículo 7.

En un sistema normativo complejo —como el que he descrito— es posible suponer que se produzcan conflictos entre las normas de una misma naturaleza o jerarquía. Estaremos ante una antinomia o conflicto constitucional (contradicción normativa) cuando frente a una misma condición fáctica se imputan consecuencias incompatibles, esto es, se presentan diferentes orientaciones que no son posibles de ser observadas simultáneamente[67]. La forma en que el derecho resuelve estas situaciones estará determinada directamente por el tipo de norma que esté en conflicto:

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

Lo relevante en caso de conflictos entre principios es que se trata de mandatos de optimización que se deben cumplir en la mayor medida posible y, por tanto, en un sistema coherente de normas deben convivir con otros principios y mandatos no siempre plenamente compatibles entre sí. Asimismo, los principios establecidos con rango constitucional no pueden ser declarados inválidos, ni jerarquizados como ocurren con las reglas, por lo que la resolución de los conflictos debe contemplar alguna solución que no implica la anulación o invalidez práctica de estas normas[68].

Esto obliga a contar con algún sistema para resolver los conflictos entre principios. En este sentido, ha sido particularmente influyente la propuesta del profesor R. ALEXY sobre "juicio de ponderación"[69].

¿Qué se entiende por ponderación? La ponderación, según BERNAL, consiste "en la actividad de sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas"[70]. Para ALEXY la ponderación deriva del principio de proporcionalidad que, a su vez, se compone de tres elementos: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad propiamente tal. La idoneidad y la necesidad se refieren a la optimización de lo que es fácticamente posible; la proporcionalidad, a las posibilidades normativas. La idoneidad cumple un rol como criterio

67 Prieto, 2003 (supra 65).

68 Según Prieto "los principios se caracterizarían porque nunca son mutuamente excluyentes en el plano abstracto y, si llegasen a serlo, se convertirían en reglas; sus eventuales contradicciones no desembocan en la declaración de invalidez de uno de ellos, ni tampoco en la formulación de una cláusula de excepción a favor de otro, sino en el establecimiento caso por caso de una relación de preferencia condicionada, de manera que en ocasiones triunfará un principio y otras veces su contrario" Prieto, 2003 (supra 65), At. 187

69 Sobre el juicio de ponderación se ha escrito mucho, los textos más relevantes que he tenido en consideración y que son necesarios para tener una visión general del tema en los sistemas normativos estudiados, son: Alexy, 2002 (supra 10), At. 90-98; 160-172.; R. Alexy, "Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales", en Revista Española de Derecho Constitucional, No. 66, 2002b [en adelante Alexy, 2002b], At. 13-64; Bernal, 2003 (supra 65), At. 93-111.; J. Moreso. "Conflictos entre principios constitucionales", en Carbonell, M. (ed.), Neoconstitucionalismo(s), Editorial Trotta, Madrid-España, 2003. [en adelante Moreso, 2003] At. 99-121; Prieto, 2003 (supra 65) At. 175-216.

70 Bernal, 2003 (supra 65), At. 97.

negativo, esto es, nos permite excluir los medios no idóneos[71]. El subprincipio de necesidad, a juicio de ALEXY, "exige que de dos medios igualmente idóneos sea escogido el más benigno con el derecho fundamental afectado"[72], por tanto, su rol ya no es de exclusión, sino que nos entrega un criterio de selección. En cuanto a la proporcionalidad, en sentido estricto esta "expresa lo que significa la optimización en relación con los principios que juegan en sentido contrario" y, por tanto, coincide con la ley de ponderación "cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro"[73].

La ponderación distingue tres elementos: fórmula del peso, ley de ponderación y cargas de argumentación y para desarrollar el juicio de ponderación, es necesario un sistema inferencial similar a la lógica de la subsunción en el sistema de reglas[74]. Su propuesta es la "fórmula del peso", según la cual cada principio puede ser afectado en un sistema de escalas ("escala triada"): afectación leve, moderada y grave[75]. Por tanto, en cada caso habrá que determinar la intensidad de la afectación a la luz de la importancia del principio opuesto. Para ALEXY, el juicio de ponderación supone tres pasos:

1. establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio;
2. determinar la importancia de la satisfacción del segundo principio; y
3. determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero.

La conclusión del juicio consistirá en lo que ALEXY denomina la "ley de ponderación", la que puede expresarse en los siguientes términos: "a mayor intensidad de la afectación, mayor tendrá que ser la justificación de la importancia del principio beneficiado"[76]. Como vemos, este es el mismo criterio que surge del principio de ponderación en sentido estricto.

Finalmente, las "cargas de argumentación" dicen relación con aquellos casos en que, hecho el proceso de ponderación, se concluye con un empate entre los principios

71 Señala Alexy: "El subprincipio de idoneidad tiene más bien el status de un criterio negativo, mediante el cual se puede detectar qué medios no son idóneos. Un criterio negativo de esta naturaleza no lo fija todo, sino que únicamente excluye algo: los medios no idóneos. Por esta razón es compatible con la idea de un orden marco. Como elemento de un orden marco, su función consiste en excluir lo no idóneo, sin que de este modo llegue a fijarlo todo" Alexy, 2002b (supra 69), At. 28.

72 Alexy, 2002b (supra 69), At. 28. El alcance de este principio es aclarado por el propio Alexy, quien señala que la aplicación de este principio es expresión del óptimo de Pareto. Por tanto "[a]l legislador no le está categóricamente prescrito adoptar el medio más benigno. Únicamente se afirma que si el Legislador quiere perseguir su fin sólo puede adoptar el medio más benigno, o un medio igualmente benigno o un medio un poco más benigno. No se trata de una optimización hacia un determinado punto máximo, sino simplemente de la prohibición de sacrificios innecesarios para los derechos fundamentales" Alexy, 2002b (supra 69), At. 29.

73 Alexy, 2002b (supra 69), At. 31-32.

74 Alexy, 2002b (supra 69), At. 33-49.

75 A juicio de Alexy "[l]os tres rangos del modelo triádico constituyen una escala que intenta sistematizar las valoraciones que tienen lugar tanto en la práctica cotidiana como en la argumentación jurídica" Alexy, 2002b (supra 69), At. 40-41.

76 Alexy, 2002b (supra 69), At. 31-32.

en conflicto. En este caso, la resolución deberá ser objeto de una decisión que pueda ser justificada racionalmente (hay discrecionalidad en la ponderación).

En definitiva, cada uno de estos elementos apunta a una cuestión central: poder realizar juicios racionales que permitan decidir en el caso concreto el grado de afectación de un principio en beneficio de otro. En palabras del propio ALEXY: "Esta tesis sostiene que, con ayuda de la ponderación, ciertamente no en todos, pero sí en algunos casos, puede establecerse un resultado de manera racional y que la clase de estos casos es suficientemente interesante como para que la existencia de la ponderación como método esté justificada"[77].

De esta forma, el juicio de ponderación constituirá el procedimiento que permitirá interpretaciones de las normas en conflicto respetando la validez de cada una. Por tanto, no procede establecer relaciones de dependencia o de jerarquía ajenas a un sistema coherente de derechos y libertades consagradas positivamente. De esta forma, los límites de los derechos surgirán de un proceso racional que se vincule con las necesidades y justificación de tutela de otros principios en pugna[78].

Un aspecto que debemos tener en cuenta, y que es de relevancia para la coherencia del sistema de derechos fundamentales, es que el juicio de ponderación establece un cierto orden de preferencia relativo al caso concreto, pero no implica un triunfo en todo caso de un principio sobre otro[79]. De esta forma, se respeta la idea de igualdad entre los derechos y se evitan visiones jerarquizantes entre derechos fundamentales que pueden romper la coherencia del sistema.

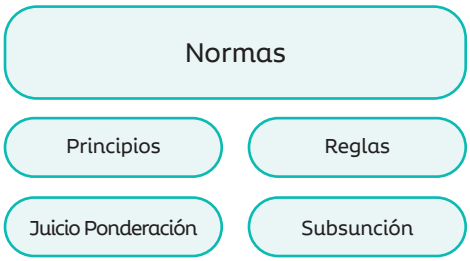
Una última cuestión que se debe tener presente en el juicio de ponderación es su relación con la subsunción[80]. No debe entenderse que la ponderación la reemplaza como técnica hermenéutica, sino que ambas operan en planos diferentes[81]. Será precisamente el método tradicional para aplicar las normas el que nos permitirá establecer que dos principios se encuentran en conflicto. Asimismo, será la subsunción la que, una vez terminado el juicio de ponderación, nos permita aplicar la solución al caso concreto[82].

Esta idea relativa a los conflictos entre principios (tabla 4) está vinculada directamente con los límites de los derechos humanos que se tratarán más adelante.

---

77 Alexy, 2002b (supra-69), At. 32.
78 Prieto, 2003 (supra 65), At. 191.
79 Prieto, 2003 (supra 65), At. 192
80 "La aplicación del Derecho suele concebirse como la actividad consistente en determinar la norma individual que establece una cierta consecuencia normativa para un caso individual determinado. Para tal fin, se trata de mostrar que dicho caso individual es una instancia de un caso genérico al que una norma jurídica aplicable correlaciona con esa consecuencia normativa. A dicha operación se la conoce con el nombre de 'subsunción'" Moreso, 2003 (supra 69), At. 99-100.
81 En este sentido sigo a Moreso, quien ha trabajado precisamente la vinculación entre ponderación y subsunción. Moreso, 2003 (supra 69), At. 99-121.
82 "Si la aplicación del Derecho consiste en resolver casos individuales mediante la aplicación de pautas generales, entonces —por razones conceptuales— no hay aplicación del Derecho sin subsunción". Moreso, 2003 (supra 69), At. 121. En el mismo sentido, ver Prieto, 2003 (supra 65), At. 194.

Tabla 4. Sistemas para resolver los conflictos entre principios. La ponderación en relación con la subsunción.



Fuente: Elaboración propia.

Forma en que se expresan las normas (principios o reglas) en el DIDH. En los catálogos contenidos en los instrumentos internacionales se produce una interesante confluencia de al menos tres vertientes de pensamiento: liberal, igualitaria y democrática o participativa. En efecto, por razones históricas, al momento de consagrarse en el ámbito internacional los derechos humanos estas tres vertientes habían consolidado su aporte al pensamiento jurídico y ello queda claramente reflejado en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos.

Así, pues, si mirados los derechos y libertades consagrados internacionalmente, nos encontramos con derechos de libertad, derechos de igualdad, y derechos de participación. Lo importante es que estos derechos que estructuran el sistema internacional de derechos humanos pueden ser interpretados en un sentido amplio, donde la libertad también comprende la autonomía personal; la igualdad no se limita a la igualdad formal o igualdad ante la ley, sino que a formas de igualdad real o material y la participación no se limita a la participación electoral, sino que complejas formas de actuación e incidencia en el ámbito de lo colectivo.

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

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

¿Sobre qué bases se sustentan los derechos humanos garantizados internacionalmente que dan validez a las decisiones colectivas? La respuesta

más obvia es que se sustentan en la idea de dignidad del ser humano. El problema es que, si los acuerdos en el ámbito internacional se sustentan bajo el concepto de dignidad, un principio indeterminado, que sienta las bases en materia de derechos humanos, estamos ante una definición tan amplia que, si bien tendría un amplio consenso, daría lugar a la existencia de una infinidad de respuestas e ideas diversas sobre lo que es dignidad. Resulta necesario, entonces, dotar de cierto contenido a esa idea de dignidad.

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

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

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

Breves reflexiones sobre la posibilidad de ampliación del catálogo internacional de derechos y libertades reconocidos como derechos humanos. En este sentido, es fundamental recordar que el concepto de derechos humanos predominante y al que nos hemos referido (*supra* II.1), vincula los derechos con límites al poder en un momento histórico determinado sobre la base de la dignidad del ser humano (entendida la dignidad como valor). Por ello, es perfectamente posible que sea necesario ampliar progresivamente el catálogo de los derechos humanos y, para ello, existen dos vías principales, legislativa y jurisprudencial.

Por vía legislativa se entiende el proceso de positivización de los derechos humanos y su concreción en instrumentos internacionales de distinta naturaleza (declaraciones, tratados). Así, ha sido común que la ampliación de derechos se dé primeramente a través de declaraciones internacionales y luego se traduzca en tratados vinculantes para los Estados suscriptores. La ampliación de los catálogos internacionales se justifica en varias hipótesis. La primera es cuando existen

nuevas realidades que exigen una ampliación del acuerdo sobre derechos humanos (por ejemplo, los avances tecnológicos han planteado nuevos desafíos para los derechos humanos). Una segunda es cuando se produce un acuerdo —que anteriormente no existía— para considerar derecho humano un cierto interés de relevancia para la dignidad humana (el derecho al agua es un ejemplo, los derechos medio ambientales, entre otros). Una tercera es cuando las particularidades del titular de derechos obligan a una ampliación particular de los derechos (por ejemplo, los derechos de niños y niñas atendida la situación de desarrollo que les caracteriza), o bien, formas de goce y ejercicio de derechos particulares (derechos colectivos de pueblos indígenas).

En cuanto a la vía jurisprudencial, esta corresponde a la labor interpretativa que realizan los órganos internacionales encargados de la supervisión internacional. Estos órganos, al aplicar la normativa internacional a situaciones concretas y cambiantes, deben ir adecuando la interpretación de las normas adoptadas por los Estados y darles un contenido y alcance que asegure su utilidad. Más compleja es la justificación de una ampliación de derechos vía jurisprudencial. En este ámbito, los órganos judiciales y cuasi-judiciales a nivel internacional tienen como límites materiales las normas contenidas en los instrumentos internacionales. Así, para fijar los límites de qué pueden hacer estos organismos es fundamental la distinción formulada por ALEXY entre normas directamente estatuidas por el instrumento (constitución o tratado internacional) que pueden ser objeto de interpretación para determinar su contenido y alcance para resolver las situaciones que presenta la realidad; y, por otra parte, están las normas adscritas a las normas estatuidas por el instrumento respectivo y cuya validez depende de una "fundamentación iusfundamental correcta"[83].

En consecuencia, para que los órganos internacionales encargados de la supervisión de un determinado instrumento puedan ampliar la base normativa en forma válida, deben concurrir algunos requisitos. En primer lugar, es necesario que los órganos encargados de la supervisión internacional entreguen una fundamentación suficiente sobre la necesidad de ampliar el contenido de un derecho o libertad, y más aún en caso de considerar la necesidad de construir un nuevo concepto (derecho autónomo). Segundo, dicha ampliación debe tener un sustento suficiente en las normas directamente estatuidas, así como en los principios y valores que sustentan el instrumento de derechos humanos. Tercero, además de su fundamentación, la construcción jurisprudencial de un nuevo contenido normativo debe considerar como elementos básicos: un titular claramente identificado (ser humano), un objeto de protección más o menos delimitado (contenido y alcance del derecho) y un mecanismo eficaz para su protección[84].

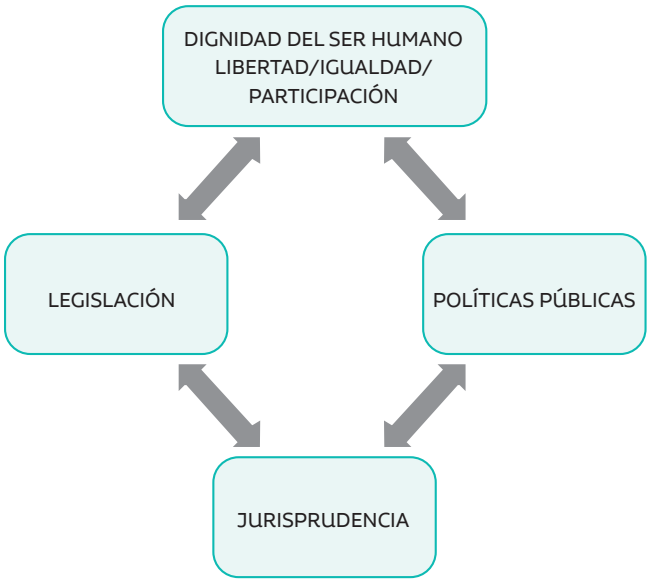
Un buen ejemplo de este proceso ha sido la construcción de jurisprudencia en Colombia y Alemania del derecho a un mínimo vital, con base en los valores y

83 Alexy, 2002 (supra 10), At. 66-73.
84 Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-881/02 de 17 de octubre de 2002, párr. 26.

principios constitucionales y algunos de sus derechos directamente estatuidos[85]. De igual forma, existen varios ejemplos de este ejercicio de ampliación de la base normativa en la jurisprudencia interamericana (figura 2). En efecto, la Corte Interamericana ha desarrollado estándares sobre "derecho a la verdad"[86], el derecho a la "autodeterminación informativa"[87] y derecho a "defender derechos humanos"[88].

Es pertinente tener en consideración que al conferir el carácter de derecho autónomo no se está "inventando" un nuevo derecho, sino que dando concreción al sistema normativo ya adoptado por los Estados y clarificando su contenido, alcance y obligaciones. Estamos, en consecuencia, ante un ejercicio hermenéutico válido y coherente con el sistema codificado. Así, la posibilidad de ampliación normativa vía jurisprudencial da cuenta de la plena vigencia del sistema codificado, que debe ser coherente y orgánico permitiendo desprender de los valores y principios nuevas normas de derechos humanos[89].

Figura 2. Ejercicio de ampliación de la base normativa en la jurisprudencia interamericana.



Fuente: Elaboración propia.

85 Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-426/1992 de 24 de junio de 2992; Tribunal Federal Alemán. Sentencia 5/2010 de 09 de febrero de 2010.

86 Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 201.

87 Corte IDH. Caso Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de octubre de 2023. Serie C No. 506, párrs. 586-588.

88 Corte IDH. Caso Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de octubre de 2023. Serie C No. 506, párrs. 977-980.

89 C. Nash. La concepción de Derechos Fundamentales en América Latina. Tendencias Jurisprudenciales, Editorial Fontamara, México, 2010. [en adelante Nash, 2010], At. 28-30.

Caso Sandra Cecilia Pavez Pavez

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

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

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

Preguntas

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

Caso Wackenheim

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

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

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

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

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

Preguntas

1. *¿Qué tipo de conflicto presenta la práctica del "lanzamiento de enanos"?*
2. *¿Existe una afectación a la dignidad personal o colectiva?*
3. *¿Cree usted que afecta la igualdad ante la ley la prohibición de la práctica del "lanzamiento de enanos"?*

II.3.2. Las obligaciones generales

Como es propio del derecho internacional, los Estados deben cumplir con sus compromisos de buena fe[90]. Este deber de cumplimiento de sus obligaciones en el ámbito de los derechos humanos adquiere ciertas características particulares toda vez que el objeto de las obligaciones internacionales en esta materia no es la regulación de intereses recíprocos entre Estados, sino la protección de los derechos individuales. De ahí que la obligación de cumplimiento adquiera especial relevancia en materia de derechos humanos, tal como lo expresan los tratados internacionales, la jurisprudencia y la doctrina en este campo[91].

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

Tanto los Pactos Internacionales de Naciones Unidas como la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagran dentro de las obligaciones generales de los Estados las obligaciones generales de respecto, garantía y la obligación de no discriminación. Asimismo, estos instrumentos internacionales contemplan una norma particular sobre las medidas que deben adoptar los Estados para dar efectividad a los derechos consagrados internacionalmente[92]. En concreto, los instrumentos internacionales son claros en que los Estados deben adoptar medidas de orden legislativo y de "otro carácter" para hacer efectivos los derechos humanos. Así, la garantía de los derechos humanos no es solo una cuestión legislativa, sino que implica medidas de políticas públicas, actuaciones judiciales, entre otras.

Por último, siempre debemos tener presente que estas obligaciones generales de respeto, garantía y el principio de no discriminación corresponden a la forma de cumplimiento de los mandatos normativos de cada derecho o libertad consagrado internacionalmente. Es necesario, por tanto, tener presente que estas no son obligaciones autónomas, sino que se aplican respecto del análisis de cada derecho o libertad consagrado en los instrumentos internacionales en casos

---

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

91 Completos estudios en este campo se pueden encontrar en V. Abramovich & C. Courtis, 2004 (supra 32); M. Nowak. Introducción al régimen internacional de los derechos humanos, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009. [en adelante Nowak, 2009]

92 Artículo 2.2. PIDCP (supra 35): "2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter".
Artículo 2 CADH (supra 51): "Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

concretos y respecto de titulares de derechos concretos, lo que exige un esfuerzo hermenéutico en cada caso para determinar el contenido y alcance de estos derechos particulares a la luz de las obligaciones generales.

Medidas generales. La obligación de cumplimiento en materia de derechos humanos se manifiesta a través de dos obligaciones principales: respeto y garantía de los derechos y libertades consagrados internacionalmente, cualquiera sea el tipo de documento en el que se consagre; en conjunto con el principio de igualdad y no discriminación[93].

(a) La obligación de RESPETO. Consiste en cumplir directamente la conducta establecida en cada norma convencional, ya sea absteniéndose de actuar o dando una prestación. El contenido de la obligación estará definido, en consecuencia, a partir del mandato normativo del derecho o libertad concreto. Entre las medidas que debe adoptar el Estado para respetar dicho mandato normativo se encuentran las acciones de cumplimiento, que pueden ser positivas (implican una actividad de prestación) y/o negativas (implican una actividad de abstención) y estarán determinadas por cada derecho o libertad[94].

Para el cumplimiento de las obligaciones con un fuerte contenido prestacional, es necesario que el Estado adopte medidas efectivas para su realización, lo que implica en ciertos casos la adopción de políticas públicas[95]. En estos casos,

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

94 El artículo 1.1 de la Convención Americana (CADH, supra 51) consagra el deber de respetar los derechos y libertad reconocidos en ella y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción sin discriminación alguna. La Comisión reitera que la obligación de respetar: "se define por el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho [...]" Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Informe sobre seguridad ciudadana y Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 57. 31 diciembre 2009 [en adelante CIDH, 2009, Informe], párr. 35. De este modo, en palabras de la Corte Interamericana, "en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal". Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252, párr. 143.

95 En este sentido, derechos que no son considerados tradicionalmente como derechos prestacionales implican un fuerte componente prestacional. Se puede pensar a modo de ejemplo lo que implica tener un sistema judicial que garantice un debido proceso o un sistema electoral que permita la participación democrática mediante elecciones libres e informadas.
En relación con las políticas públicas con perspectiva de derechos humanos, la Comisión Interamericana ha señalado: "una política pública con enfoque de derechos humanos es el conjunto de decisiones y acciones que el Estado diseña, implementa, monitorea y evalúa —a partir de un proceso permanente de inclusión, deliberación y participación social efectiva— con el objetivo de proteger, promover, respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas, grupos y colectividades que conforman la sociedad, bajo los principios de igualdad y no discriminación, universalidad, acceso a la justicia, rendición de cuentas, transparencia, transversalidad e intersectorialidad. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Políticas públicas con enfoque de derechos humanos: aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 15 de septiembre de 2018/. OEA/Ser.L/V/II. Doc.191/18. [en adelante CIDH, 2018], párr 147].
Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha señalado al respecto: "La otra consiste en el compromiso contraído en virtud del párrafo 1 del artículo 2 en el sentido de "adoptar medidas", compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración. El significado cabal de la oración puede medirse también observando algunas de las versiones dadas en los diferentes idiomas. En inglés el compromiso es "to take steps", en francés es "s'engage à agir" ("actuar") y en español es "adoptar medidas". Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto". Comité DESC, Observación General No. 3, "La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), 1990, publicada en HRI/GEN/1/Rev.7 [en adelante Comité DESC, 1990, OG 3].

las medidas que adopte el Estado deben tender progresivamente a la plena realización del derecho y se deben evitar medidas de carácter regresivo[96]. Así, las políticas públicas, entendidas como un conjunto de medidas coordinadas y pertinentes adoptadas desde el Estado para cumplir objetivos sociales, suponen una adecuada lectura de la realidad (contexto) y elegir aquellos instrumentos eficaces para los objetivos propuestos. De esta forma, una política pública con enfoque de derechos humanos debe cumplir con requisitos procedimentales (participación social efectiva) y sustantivos (principios de igualdad y no discriminación, universalidad, acceso a la justicia, rendición de cuentas, transparencia, transversalidad e intersectorialidad). En consecuencia, la evaluación, el diseño y la implementación de las políticas públicas en el marco de la pandemia deben cumplir con estos mínimos, ya que estamos ante políticas estatales que buscan satisfacer las obligaciones del Estado en materia de salud, trabajo, educación y calidad de vida.

De este modo, respecto de obligaciones que importan una fuerte carga prestacional es justificable que el Estado no esté obligado a cumplir plenamente con el mandato normativo, pero debe existir un desarrollo progresivo[97]. Que el proceso sea progresivo no quiere decir en ningún caso que éste quede a la discrecionalidad de la autoridad[98]. Por una parte, se contempla la prohibición de tomar medidas que perjudiquen los derechos que han ido siendo concedidos a la población; por otra, la progresividad también comprende la obligación de justificar la imposibilidad de cumplimiento y asegurar el proceso de consecución del fin propuesto. En efecto, lo que está en juego en estos casos

96 Abramovich & Courtis, 2004 (supra 32).

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

98 "La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2 es la de adoptar medidas 'para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]'. La expresión 'progresiva efectividad' se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga". Comité DESC, 1990, OG 3 (supra 95), párr. 9

es, precisamente, un derecho subjetivo; por tanto, si no es posible cumplir con tal derecho será necesario satisfacer un cierto test mínimo de razonabilidad[99]:

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

De esta forma, la obligación de respeto en los casos de derechos prestacionales podrá ser objeto de control, tanto nacional como internacional[100]. Además, en todo evento, el sistema de control deberá prestar especial atención al hecho de que las medidas de progresividad no sean aplicadas en forma discriminatoria.

(b) La obligación de GARANTÍA. Se traduce en la obligación que asume el Estado de promover, a través de sus órganos, la posibilidad real y efectiva de que sus ciudadanos ejerzan los derechos y disfruten las libertades que se les reconocen. Es decir, el Estado está obligado a crear condiciones efectivas que permitan el goce y ejercicio de los derechos consagrados en la Convención, cualquiera sea su contenido normativo[101]. Esta es una obligación complementaria a la de respetar, ya que no sólo implica el

99 "Sin embargo, cualquiera que sea la metodología preferida, varios principios se derivan del deber de dar efectividad al Pacto, por lo que han de respetarse. En primer lugar, los medios elegidos para dar cumplimiento al Pacto tienen que garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo. Para determinar cuál es la mejor forma de dar eficacia jurídica a los derechos reconocidos en el Pacto es importante tener en cuenta la necesidad de asegurar la justiciabilidad (...). En segundo lugar, ha de tenerse en cuenta qué medios han resultado más eficaces en el país de que se trate para garantizar la protección de otros derechos humanos. Si los medios utilizados para dar efectividad al Pacto difieren significativamente de los utilizados para dar efectividad a otros tratados sobre derechos humanos, debe haber una razón imperiosa para ello, teniendo en cuenta que las formulaciones utilizadas en el Pacto son, en gran medida, comparables a las de los tratados sobre derechos civiles y políticos". Comité DESC. Observación General No. 9, La aplicación interna del Pacto, 1998, publicada en HRI/GEN/1/Rev.7, párr. 7 [en adelante Comité DESC, 1998, OG 9], párr. 7. También son relevantes las consideraciones del Comité sobre los recursos para su exigibilidad, en tanto estos pueden ser judiciales, pero no son los únicos efectivos, sino que también puede haber otros que cumplan con los fines propios de las normas de contenido prestacional, ver en la misma Observación General No. 9, 1998, los párrs. 9 y 10.

100 Sobre la relación del control nacional e internacional en materia de derechos con un fuerte componente prestacional, ver V. Abramovich, "Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo", en Revista de la CEPAL, No. 88, abril 2006. [en adelante Abramovich, 2006], At. 35-49. Esta ha sido, precisamente, la vía por la cual la Corte Constitucional de Colombia ha entrado en temas de políticas públicas a través de lo que se conoce como sentencias estructurales (Corte Constitucional Colombia, T-153/1998).

101 "Esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos" (Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 28 de julio de 1988, serie C, No.4, párr. 166).
En una opinión consultiva de 2021 la Corte ha señalado que la obligación de garantía "implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparta 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". Corte IDH, 2021, OC-27/21 (supra 94), párr. 108.

cumplimiento estricto del mandato normativo que establece cada derecho, sino que una obligación positiva de crear condiciones institucionales, organizativas y procedimentales para que las personas puedan gozar y ejercer plenamente de los derechos y libertades consagrados internacionalmente[102]. Los alcances de esta obligación han sido desarrollados ampliamente por los órganos de control internacional, en especial, por parte de la Corte Interamericana[103].

Podemos distinguir las siguientes formas de cumplimiento de la obligación de garantía: i) la obligación del Estado de asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos; ii) el deber de proteger a las personas frente a amenazas de agentes privados o públicos en el goce de los derechos; iii) adoptar medidas de prevención general o deber de justicia frente a casos de violaciones graves de derechos; y, iv) cooperar con los órganos internacionales para que estos puedan desarrollar sus actividades de control.

A continuación, algunas consideraciones respecto de cada una de ellas.

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

Estas medidas consisten, además, en legislar internamente para remover los obstáculos normativos que puedan existir en la legislación nacional; dictar leyes que permitan dicho goce y ejercicio; y establecer los procedimientos y recursos necesarios para reclamar el cumplimiento de estas obligaciones. En caso de que existan elementos culturales que obstaculicen el pleno goce y garantía de los derechos, el Estado deberá adoptar medidas para su remoción. Este aspecto de la obligación es particularmente exigible cuando hay grupos que ven constantemente violados sus derechos humanos por razones culturales. Aunque cada acto violatorio de este principio pueda ser examinado por los tribunales y exista eventualmente la posibilidad de que sea reparado, cuando la violación es masiva y sistemática el establecimiento de recursos no agota la obligación del Estado. Limitarse al mero tratamiento de la violación —que de partida implica un engorro de tiempo y dinero y un problema, a veces insuperable, de prueba— constituiría una enorme injusticia y un incumplimiento de las obligaciones internacionales, pues

102 "Este deber abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural, que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de reparar integralmente a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales". Corte IDH. Caso López Soto y otros vs. Venezuela. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C, No.362, párr. 129 (segunda parte).

103 Un completo análisis del tema de las obligaciones generales del Estado en E. Ferrer Mac-Gregor & C. Pelayo. "La obligación de «respetar» y «garantizar» los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Revista de Estudios Constitucionales, 10(2), 2012. [en adelante Ferrer & Pelayo, 2012], At. 141-192.

equivaldría a colocar al grupo afecto a esta violación constante en la situación de no tener nunca el goce directo de sus derechos, sino que mediatizado por la necesidad de recurrir a la justicia en cada ocasión. En casos como estos, por consiguiente, el Estado debe hacer una revisión cuidadosa de la manera como opera la sociedad y un diseño de políticas conducentes al logro del objetivo de hacer efectivos, para todos los individuos, el goce y ejercicio de los derechos humanos. De la misma forma, deberán adoptarse las medidas internas para la difusión de los derechos y su conocimiento por parte de los agentes del Estado y la ciudadanía[104].

Un aspecto particular sobre el deber de asegurar los derechos humanos en el ámbito interno está vinculado con las medidas que debe adoptar el Estado para la vigencia de sus obligaciones en el ámbito interno. Así, con base en el artículo 2 de la Convención Americana, la Corte Interamericana ha desarrollado los alcances de las medidas legislativas y de otro carácter que debe adoptar el Estado para cumplir de buena fe sus obligaciones[105].

(ii) Medidas encaminadas a proteger a las personas frente a amenazas de agentes privados o públicos en el goce de los derechos. El Estado tiene la obligación de amparar o proteger a las personas frente a la amenaza de sus derechos, ya sea por agentes del Estado o por privados[106]. En este sentido el Estado deberá adoptar medidas adecuadas, sean normativas u organizacionales, para enfrentar casos de amenazas a los derechos garantizados internacionalmente. En este sentido, para que el Estado se vea obligado a adoptar estas medidas deberá estarse ante una amenaza seria del derecho y la medida de protección deberá ser proporcional a la amenaza sufrida por el titular del derecho.

Un mecanismo relevante para la protección de derechos son las acciones de protección judicial. Por su importancia, estos mecanismos se encuentran regulados

---

104 Sobre los alcances de la obligación de garantía en el sistema internacional, ver: Comité de Derechos Humanos (CDH), Observación General No. 31, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, de 26 de mayo de 2004. [en adelante CDH, 2004, OG 31].

105 "Asimismo, la Corte ha determinado que un Estado que ha celebrado un tratado internacional debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas, y que este principio recogido en el artículo 2 de la Convención Americana establece la obligación general de los Estados Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella contenidos, lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (effet utile). De igual manera, este Tribunal ha entendido que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio lo cual implica que la norma o práctica violatoria de la Convención debe ser modificada, derogada, o anulada, o reformada, según corresponda, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías" (Corte IDH. Caso Maldonado Ordóñez Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de mayo de 2016. Serie C No. 311, párr. 111).

106 Si bien hay autores, por ejemplo, Abramovich & Courtis, 2004 (supra 32), At. 31 (aunque aclaran que es una postura simplemente convencional, no sustantiva) que autonomizan esta obligación, no me parece que pueda ser explicada al margen de la obligación general de garantía. La autonomía de la protección por parte del Estado en casos concretos de amenaza no requiere de un razonamiento distinto en cuanto a la actividad del Estado que permita el pleno goce y ejercicio de los derechos amenazados, ya sea por agentes del Estado o por privados.

como derechos autónomos en los tratados de derechos humanos[107]. Sobre los alcances de la protección judicial, la Corte Interamericana ha señalado que los Estados deben garantizar el acceso a estos recursos y su eficacia[108]. Dicha eficacia no se satisface con la sola existencia de un recurso para la protección de derechos, sino que este debe ser efectivo atendidas las condiciones del caso concreto[109].

Un ejemplo de esta obligación de protección es el deber que tienen los Estados de adoptar medidas para evitar que las personas sujetas a su jurisdicción sean puestas a disposición de otros Estados donde su derecho a la vida e integridad personal puedan verse afectados[110].

Otro desarrollo particular del deber de protección corresponde a personas que se encuentran en situaciones agravadas de vulnerabilidad. Al efecto, la Corte ha señalado en relación con trabajadores sujetos a condiciones equivalentes a esclavitud:

> La Corte reitera que en el presente caso existía una debida diligencia excepcional que era necesaria en atención de la particular situación de vulnerabilidad en que se encontraban los trabajadores de la Hacienda Brasil Verde y a la extrema gravedad de la situación que le fue denunciada al Estado; por lo que era imperativo tomar las

107 CADH (supra 51), Artículo 25.1: "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales".
PIDCP (supra 35), Artículo 2.3.a: «3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales".

108 "Este Tribunal ha señalado que el artículo 25.1 de la Convención contempla la obligación de los Estados Parte de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte ha señalado que, en los términos del artículo 25 de la Convención, es posible identificar dos obligaciones específicas del Estado. La primera, consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven la determinación de los derechos y obligaciones de éstas. La segunda, garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos. El derecho establecido en el artículo 25 se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la Convención, al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados Parte. A la vista de lo anterior, el Estado tiene la responsabilidad no solo de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, sino también la de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales" (Corte IDH. Caso Romero Feris Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2019. Serie C No. 391, párr. 134).

109 "En relación con el artículo 25.1 de la Convención, este Tribunal ha indicado que contempla la obligación de los Estados parte de garantizar a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial sencillo, rápido o efectivo ante juez o tribunal competente, contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. En cuanto a la efectividad del recurso, la Corte ha establecido que no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares del caso, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque falten los medios para ejecutar sus decisiones o por cualquier otra situación que configure denegación de justicia" (Corte IDH. Caso Cordero Bernal Vs. Perú. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 16 de febrero de 2021. Serie C No. 421, párr. 100).

110 El Comité de Derechos Humanos ha señalado al efecto: "los Estados Parte están obligados a no extraditar, deportar, expulsar o hacer salir de algún modo de su territorio a una persona cuando haya razones de peso para creer que existe un riesgo real de daño irreparable, tal como el daño previsto en los artículos 6 y 7 del Pacto, en el país hacia el que se va a efectuar esa salida forzada o en cualquier país al que la persona sea expulsada posteriormente. Las autoridades judiciales y administrativas pertinentes deberán ser informadas de la necesidad de garantizar el cumplimiento de las obligaciones enunciadas en el Pacto en estas circunstancias". CDH, 2004, OG 31 (supra 104), párr. 11.

> medidas pertinentes con el fin de evitar retrasos en la tramitación de los procesos, de manera que se garantizara la pronta resolución y ejecución de los mismos [...] Finalmente, se ha señalado que el requisito de debida diligencia está implícito en todos los casos, pero cuando existe la posibilidad de rescatar a las personas de la situación denunciada, la investigación debe ser emprendida con urgencia.[111]

(iii) Adopción de medidas de prevención general o deber de justicia frente a casos de violaciones graves de derechos. En el ámbito de la reacción frente a violaciones o el deber de justicia, el Estado, a fin de garantizar el derecho de la víctima y prevenir su repetición respecto de toda la sociedad, deberá adoptar medidas en el ámbito interno. En caso de que se produzcan violaciones graves de derechos humanos (tortura, desaparición forzada y otras que caigan dentro de la categoría de crímenes de lesa humanidad), estos hechos deben ser efectivamente investigados y los responsables deben ser sancionados de acuerdo con la normativa nacional, de forma tal de evitar la sensación de impunidad[112].

Esta es una materia relevante no sólo en sus efectos internos, sino también desde una mirada teórica. Cumplir con la obligación original violada es parte de la obligación subsistente. Por tanto, cumplir con la obligación de garantía, implica desarrollar una serie de actividades con el fin de permitir el pleno goce y ejercicio de los derechos, así como la adopción de medidas de prevención, dentro de las cuales destaca el deber de evitar situaciones de impunidad en caso de violaciones graves de derechos humanos[113]. Asimismo, esta es una forma de cumplir con la garantía de no repetición al evitar que la impunidad crónica envíe un mensaje de que es posible violar gravemente derechos humanos sin consecuencias efectivas[114].

De esta forma, las principales obligaciones en este sentido serán: investigar, sancionar y reparar, toda vez que el fin último del deber de prevención es evitar la

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

112 Esta materia tiene un amplio desarrollo internacional. El principal documento es Organización de las Naciones Unidas (ONU, Asamblea General). Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005. [en adelante ONU, 2005, Resolución 60/147].

113 El Comité de Derechos Humanos que ha dicho: "Cuando las investigaciones a que se hace referencia en el párrafo 15 revelan la violación de ciertos derechos reconocidos en el Pacto, los Estados Parte deben asegurarse de que los culpables comparezcan ante la justicia. Como sucede cuando no se abre una investigación, el hecho de que no se haga comparecer ante la justicia a los autores de violaciones puede ser de por sí una vulneración del Pacto. Estas obligaciones existen concretamente en relación con las infracciones reconocidas como delitos en el derecho internacional o en la legislación nacional, entre ellos la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 7), las privaciones de vida sumarias y arbitrarias (art. 6) y las desapariciones forzosas (arts. 7 y 9 y, frecuentemente, art. 6). Es más, el problema de la impunidad respecto de estas violaciones, cuestión de permanente preocupación del Comité, puede ser un elemento importante que contribuye a la repetición de las infracciones. Cuando se cometen como parte de una agresión generalizada o sistemática contra la población civil, estas infracciones del Pacto constituyen crímenes de lesa humanidad (véase el artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional)". CDH, 2004, OG 31 (supra 104), párr. 18).

114 "[...] la Corte ha entendido que la impunidad es la falta, en conjunto, de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, y que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles. La impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares" (Corte IDH. Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párr. 126).

impunidad y que esta permita la repetición de estas violaciones[115]. En consecuencia, la investigación debe ser seria y destinada a lograr establecer la verdad y las responsabilidades asociadas a las violaciones de derechos humanos, la sanción debe ser proporcional y las penas deben ser efectivamente cumplidas[116]. Por ello, existe una amplia jurisprudencia internacional en orden a que los crímenes graves de derechos humanos (ejecuciones extrajudiciales, tortura sistemática, desaparición forzada, esclavitud, entre otras) no pueden ser objeto de medidas que impidan su juzgamiento y sanción, tales como amnistías, medidas de prescripción o indultos[117].

(iv) Obligación de cooperar con los órganos internacionales para que estos puedan desarrollar sus actividades de control. En el caso de la Convención Americana y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la obligación de cooperar se traduce en el deber de proporcionar información oportuna, pertinente y veraz respecto de la situación general de los derechos humanos en el Estado o de un hecho particular del que el órgano internacional esté conociendo[118]. En el Pacto, la obligación de cooperar establecida en el artículo 40 implica, además, la presentación de informes periódicos ante el Comité de Derechos Humanos. Por otra parte, el mismo artículo 40, así como el 48. A y D CADH y 39 del Reglamento CIDH establecen las consecuencias de no cooperar para los Estados. El artículo 40 señala:

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

115 Sobre los alcances de esta obligación, la Corte ha indicado: "Como consecuencia de esta obligación [garantía] los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción" (Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, No.154, párr. 110).
En similar sentido, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que "Se requieren en especial mecanismos administrativos que den cumplimiento a la obligación general de investigar las denuncias de violación de modo rápido, detallado y efectivo por organismos independientes e imparciales. Las instituciones nacionales de derechos humanos que cuenten con las facultades pertinentes pueden coadyuvar a tal fin. El hecho de que un Estado Parte no investigue las denuncias de violación puede ser de por sí una vulneración del Pacto". CDH, 2004, OG 31 (supra 104), párr. 15).

116 "[...], en cierto tipo de casos complejos, la obligación de investigar conlleva el deber de dirigir los esfuerzos del aparato estatal para desentrañar las estructuras que permitieron esas violaciones, sus causas, sus beneficiarios y sus consecuencias, y no sólo descubrir, enjuiciar y en su caso sancionar a los perpetradores inmediatos, a partir de una visión comprehensiva de los hechos, que tenga en cuenta los antecedentes y el contexto en que ocurrieron y que busque develar las estructuras de participación. Para ello, las autoridades deben generar hipótesis y líneas de investigación, según los contextos relevantes, para determinar las personas que de diversas formas permitieron, diseñaron y ejecutaron intelectual y materialmente el hecho, los patrones de actuación conjunta y los beneficiarios del crimen, según sus correspondientes responsabilidades" (Corte IDH. Caso Isaza Uribe y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2018. Serie C No. 363, párr. 153).

117 "Las amnistías o figuras análogas han sido uno de los obstáculos alegados por algunos Estados para investigar y, en su caso, sancionar a los responsables de violaciones graves a los derechos humanos. Este Tribunal, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los órganos de las Naciones Unidas y otros organismos universales y regionales de protección de los derechos humanos se han pronunciado sobre la incompatibilidad de las leyes de amnistía relativas a graves violaciones de derechos humanos con el derecho internacional y las obligaciones internacionales de los Estados" (Caso Herzog y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de marzo de 2018. Serie C No. 353, párr. 277).

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

> a) En el plazo de un año a contar de la fecha de entrada en vigor del presente Pacto con respecto a los Estados Partes interesados;
>
> b) En lo sucesivo, cada vez que el Comité lo pida.[119]

El artículo 48 establece:

> La Comisión, al recibir una petición o comunicación en la que se alegue la violación de cualquiera de los derechos que consagra esta Convención, procederá en los siguientes términos:
>
> a) si reconoce la admisibilidad de la petición o comunicación solicitará informaciones al Gobierno del Estado al cual pertenezca la autoridad señalada como responsable de la violación alegada, transcribiendo las partes pertinentes de la petición o comunicación. Dichas informaciones deben ser enviadas dentro de un plazo razonable, fijado por la Comisión al considerar las circunstancias de cada caso;
>
> (...) d) si el expediente no se ha archivado y con el fin de comprobar los hechos, la Comisión realizará, con conocimiento de las partes, un examen del asunto planteado en la petición o comunicación. Si fuere necesario y conveniente, la Comisión realizará una investigación para cuyo eficaz cumplimiento solicitará, y los Estados interesados le proporcionarán, todas las facilidades necesarias.[120]

Mientras que el artículo 39 señala:

> Se presumirán verdaderos los hechos alegados en la petición cuyas partes pertinentes hayan sido transmitidas al Estado en cuestión, si éste no suministra información relevante para controvertirlos dentro del plazo fijado por la Comisión conforme al artículo 38 del presente Reglamento, siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria.[121]

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

Una pregunta relevante en materia de igualdad y no discriminación es determinar cuál es la relación entre ambos principios. Estos están íntimamente ligados y se ha llegado a plantear la figura de que ambos constituirían una suerte de "dos caras de una misma moneda"[122]. Explicando esta relación, algún autor ha planteado que el principio de no discriminación es una manifestación instrumental o de garantía del principio de igualdad de trato[123]. Una buena explicación de la relación entre ambos principios sería considerar a la prohibición de discriminación como una conducta especialmente prohibida respecto del principio de igualdad. En efecto, es posible pensar en diferentes formas a través

119 PIDCP (supra 35), artículo 40.
120 CADH (supra 51), artículo 48.
121 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Aprobado por la Comisión en su 137° período ordinario de sesiones, entrada en vigor el 1° de agosto de 2013 [en adelante CIDH, Reglamento], artículo 39.
122 Corte IDH. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, voto separado del Juez Piza Escalante [en adelante Corte IDH, 1984, OC-4/84], párr. 10.
123 Espejo, 2000 (supra 42).

de las cuales es posible establecer limitaciones legítimas al principio de igualdad, pensando que estamos ante un mandato de optimización que permite un cumplimiento gradual[124], pero lo que no sería aceptable son conductas discriminatorias. La prohibición de discriminación sería de exigibilidad inmediata y constituiría una expresión de concreción activa del principio de igualdad.

Esta obligación ha sido destacada por la jurisprudencia internacional como un principio del DIDH e incluso, para la Corte Interamericana, esta obligación de no discriminación sería una norma perentoria o *ius cogens*[125].

El Comité de Derechos Humanos ha definido la discriminación como

> toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.[126]

---

124 Alexy, 2002 (supra 10).

125 Esta ha sido una jurisprudencia constante de la Corte desde su Opinión Consultiva 18/03, donde señaló "En concordancia con ello, este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. 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". (Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, [en adelante Corte IDH, 2003, OC-18/03], párr. 101.
En su jurisprudencia contenciosa, la Corte ha señalado: "Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación. Asimismo, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del ius cogens. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico. Además, este Tribunal ha establecido que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto y que están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas" (Corte IDH. Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018, serie C, No.351, párr. 270).

126 Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 18 «No Discriminación». Adoptada el 10 de noviembre de 1989 en su 37° período de sesiones. [en adelante CDH, 1989, OG 18], párr. 7. En el sistema interamericano, el art. 1 de la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia señala: "1. Discriminación es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes. // La discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra". Organización de los Estados Americanos (OEA). Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia. Adoptado en La Antigua, Guatemala, 5 de junio de 2013. Cuadragésimo Tercer Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General. Entrada en vigor: 20 de febrero de 2020 [en adelante Convención Interamericana, 2013]

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

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

(ii) Principio de igualdad. En segundo lugar, la discriminación requiere, en términos generales, una acción u omisión estatal, que puede consistir en una "distinción, exclusión, restricción o preferencia". La mayoría de estas expresiones aluden a la concesión o negación de algo que se otorga a unos y no a otros, lo que nos sugiere que las diferenciaciones suelen ser jurídicamente más problemáticas. En este sentido, existe una opinión generalizada en orden a considerar que, mientras para autorizar un tratamiento igual no hace falta esgrimir motivación razonada, para consentir una diferencia de trato es preciso ofrecer una fundamentación suficiente. Esta asimetría nos conduce a interpretar la máxima de igualdad "en el sentido de un principio de igualdad que, *prima facie*, exige un tratamiento igual y sólo permite un tratamiento desigual si puede ser justificado con razones opuestas"[127]. Consecuencialmente, la carga argumentativa se inclinaría a favor del tratamiento igual.

Asimismo, las restantes condiciones que deben añadirse a la acción u omisión estatal para que estemos en presencia de discriminación, previenen que no toda diferencia de trato puede equipararse a ella. Así lo reconoce el Comité de Derechos Humanos justo después de describir en qué consiste la discriminación, al señalar que "el goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en toda circunstancia"[128]. Por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos ha puesto de relieve la importancia del tratamiento diferenciado para garantizar la igualdad de derechos al consignar que "El derecho a no ser discriminado en el goce de los derechos garantizados por la Convención, también es violado cuando los Estados, sin una justificación objetiva y razonable, no tratan diferente a personas cuya situación es significativamente diferente"[129].

Esto nos recuerda, por una parte, la antigua máxima aristotélica conforme la cual la regla de justicia (igualdad) prescribe tratar de manera igual a los iguales y desigual a los desiguales. Por otra, nos llama la atención sobre la relevancia de evaluar el motivo o causa en virtud de la cual se dispensa ese trato. En efecto, aquella máxima por sí sola tan solo nos indica que la diferencia de trato se encontraría autorizada siempre que ella se aplique de manera homogénea a quienes se

127 Alexy, 2002 (supra 10), At. 398.
128 CDH, 1989, OG 18 (supra 126), párr. 8.
129 Corte EDH. Caso Thlimmenos v. Greece, sentencia de 6 abril de 2000, (traducción libre), párr. 44. La Corte Interamericana también se inscribe en esta línea, al señalar: "Existen, en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. Por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles". Corte IDH, 1984, OC-4/84 (supra 122), párr. 56.

hallan bajo un mismo supuesto de hecho. Sin embargo, tal conclusión no obstaría, por ejemplo, a la segregación racial, en tanto con ella se brindaría el mismo trato a las personas de un mismo color o raza. Por lo tanto, salta a la vista la necesidad de determinar bajo qué criterios podemos estimar que una distinción es legítima.

(iii) Motivos de diferenciación. Esto nos lleva a otro de los aspectos más destacables del concepto de discriminación: los motivos de diferenciación. La definición del Comité de Derechos Humanos y las cláusulas que prohíben la discriminación mencionan una serie de motivos no taxativos en base a los cuales las personas pueden ser discriminadas. Algunos de ellos han llegado a concitar un elevado nivel de rechazo y a ser considerados altamente indiciarios de arbitrariedad, por lo que han dado lugar a un escrutinio más estricto. Esto significa que las distinciones que se funden en algunos de esos motivos activan un examen más riguroso, de modo que al Estado sólo le estará autorizada en caso de que esgrima un objetivo especialmente imperativo, sistema que proviene de la jurisprudencia estadounidense[130]. Los criterios que disparan esta revisión más severa han sido denominados "categorías sospechosas", precisamente porque se aprecia en ellas un indicio de arbitrariedad, derivado de su uso reiterado o prolongado para relegar a ciertos sectores de la sociedad. Tales criterios frecuentemente no logran satisfacer una relación de medio-fin. Estos criterios no son un listado cerrado, sino que tienen una cláusula de apertura con la expresión "otra condición social", esta debe corresponder al criterio base de las otras condiciones, esto es, que son elementos definitorios del individuo y que no es lícito que la autoridad lo obligue a modificarlos. Así, se ha reconocido la orientación sexual, la identidad de género, la identidad sexual, la etnia, la condición económica, a las personas mayores, entre otras categorías que quedan cubiertas por la prohibición de discriminación[131].

(iv) Trato diferenciado. Por otra parte, entre los últimos elementos que caracterizan la definición de discriminación encontramos el que ésta tiene "por objeto" o "por resultado" la producción de un perjuicio, consistente en: anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas. Lo anterior ha llevado

130 El criterio del escrutinio estricto fue creado por la Corte Suprema Norteamericana a mediados del siglo xx, cuando con el caso Brown v. Board of Education se vio enfrentada por primera vez al sistema de segregación escolar y a las prohibiciones de mestizaje. La Corte distinguió desde ese momento tres test para determinar si una determinada diferenciación es o no legítima: i) el test de mera razonabilidad (que sería la regla general); ii) el test intermedio y, finalmente, iii) el test de escrutinio estricto. En aquellos casos en que el criterio empleado por el legislador para fundamentar la diferencia sea la raza o bien cuando se vea afectado un interés fundamental (por ejemplo, el derecho a voto) el legislador deberá probar la existencia de un interés extraordinario o apremiante (*compelling interest*) para legitimar la diferencia normativa y, además, deberá demostrar que la distinción introducida por la ley está estrechamente conectada (*narrowly tailored*) con la satisfacción del interés, de modo que no exista un medio menos lesivo para su consecución.

131 Se puede consultar un detalle con los casos ante la Corte Interamericana que han avanzado en este sentido en Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana No. 14, Igualdad y No Discriminación. San José, Costa Rica. Corte IDH, 2021. [en adelante Corte IDH, 2021, Cuadernillo 14]. Para la opinión del Comité de Derechos Humanos, ver CDH, OG 18, 1989 (supra 126). En el caso de la Corte Europea, un buen resumen se encuentra en: https://www.echr.coe.int/factsheets.

a sostener que la discriminación puede ser "directa" o "indirecta"[132]. La primera se verifica en aquellos casos en que la acción u omisión tiene por objeto el menoscabo en el goce de derechos de una o más personas, es decir, se realiza con el propósito o la intención de ocasionar ese perjuicio. En cambio, la denominada discriminación indirecta es aquella que, sin perseguirlo, ocasiona el mismo resultado, puesto que produce igualmente dicho efecto perjudicial[133]. En términos más precisos, se ha estimado que la discriminación indirecta tiene lugar cuando una norma o medida en apariencia neutral produce un efecto perjudicial que impacta de manera exclusiva o desproporcionada sobre personas que forman parte de un grupo determinado, sin que dicha medida pueda justificarse de manera objetiva y razonable[134].

Sin embargo, no toda diferencia de trato será antijurídica y por tanto configura una discriminación. Así, es posible que un trato diferenciado sea legítimo, en cuyo caso deben concurrir tres elementos: objetividad y razonabilidad de dicho trato diferenciado y que busque un fin legítimo. El cumplimiento de estos elementos para justificar un trato diferenciado es lo que conocemos como el test de discriminación. En relación con la posibilidad de una afectación legítima del principio de igualdad, el Comité de Derechos Humanos lo ha expresado en los siguientes términos:

> ...el Comité observa que no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son ***razonables*** y *objetivos* y lo que se persigue es lograr un *propósito* legítimo en virtud del Pacto.[135]

En consecuencia, un trato diferenciado legítimo debe basarse en una condición objetiva (no subjetiva); debe perseguir un objetivo legítimo (conforme a estándares internacionales) y ser razonable, esto es, debe ser una medida conducente a lograr el objetivo perseguido y proporcional (menor afectación del principio a fin de lograr el objetivo perseguido)[136]. En este sentido, aquellos tratos diferenciados basados en

---

132 Sobre la discriminación indirecta, la Convención Interamericana, 2013 (supra 126), en su art. 1.2 señala: "2. Discriminación indirecta es la que se produce, en la esfera pública o privada, cuando una disposición, un criterio o una práctica, aparentemente neutro es susceptible de implicar una desventaja particular para las personas que pertenecen a un grupo específico, o los pone en desventaja, a menos que dicha disposición, criterio o práctica tenga un objetivo o justificación razonable y legítimo a la luz del derecho internacional de los derechos humanos".

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

134 En este sentido, la Corte Interamericana ha precisado que "los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales". Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. [en adelante Corte IDH, 2003, OC-18/03], párr. 103.

135 CDH, 1989, OG 18 (supra 126), párr. 13 (destacado nuestro).

136 La Corte Interamericana ha señalado: "Respecto de la primera concepción, el Tribunal advierte que no toda diferencia de trato será reputada discriminatoria, sino solo aquella que se base en criterios que no puedan ser racionalmente apreciados como objetivos y razonables, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido. Respecto de la segunda, los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias". Corte IDH. Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) Vs. Honduras. Sentencia de 31 de agosto de 2021. Serie C No. 432, párr. 100.

alguna de las "condiciones sospechosas" a las que hemos hecho referencia, deberán ser objeto de un escrutinio estricto[137], ya que basar un trato diferenciado que afecta derechos en una condición o calidad que el individuo no puede modificar, o no es legítimo exigirle que lo modifique porque afecta su autonomía individual, puede ser la base de arbitrariedades y persecuciones[138].

Sobre esta base podemos conceptualizar la discriminación como *toda distinción, exclusión, preferencia u omisión antijurídica que, basada en rasgos permanentes de las personas que conforman su identidad o en la pertenencia a un grupo históricamente excluido o subordinado, tiene como objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos humanos, en condiciones de igualdad formal y sustantiva.*

Esta definición de discriminación supera los déficits de la visión tradicional centrada en una mirada individual (liberal) sobre la base del trato diferenciado de "iguales" y se abre a formas más complejas de discriminación basadas en la dominación sobre ciertos colectivos históricamente excluidos y marginados (volvemos con detalle sobre este tema *infra* en este Curso). Además, esta definición incorpora el tema de la antijuridicidad de medidas de trato diferenciado u omisiones ante desigualdades materiales que abre la discusión sobre diferenciaciones legítimas y el nivel de escrutinio que deben satisfacer dichas medidas.

El esquema de la tabla 5 nos puede ayudar a identificar la relación entre los distintos elementos que configuran la idea de discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

---

137 "Asimismo, la Corte considera que los criterios de análisis para determinar si existió una violación al principio de igualdad y no discriminación en un caso en concreto pueden tener distinta intensidad, dependiendo de los motivos bajo los cuales existe una diferencia de trato. En este sentido, la Corte estima que, cuando se trata de una medida que establece un trato diferenciado en que está de por medio una de estas categorías, la Corte debe aplicar un escrutinio estricto que incorpora elementos especialmente exigentes en el análisis, esto es, que el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso. Así, en este tipo de examen, para analizar la idoneidad de la medida diferenciadora se exige que el fin que persigue no sólo sea legítimo en el marco de la Convención, sino además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino también necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, se incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma". Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, Serie A No. 24 [en adelante Corte IDH, 2017, OC-24/17], párr. 81.

138 "[...] cuando el criterio diferenciador se corresponde con uno de aquellos protegidos por el artículo 1.1 de la Convención, que aluden a: i) rasgos permanentes de las personas de los cuales éstas no pueden prescindir sin perder su identidad; ii) grupos tradicionalmente marginados, excluidos o subordinados, y iii) criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales, la Corte se encuentra ante un indicio de que el Estado ha obrado con arbitrariedad". Corte IDH, 2017, OC-24/17 (supra 137), párr. 159.

Tabla 5. Esquema de relación entre los distintos elementos que configuran la idea de discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

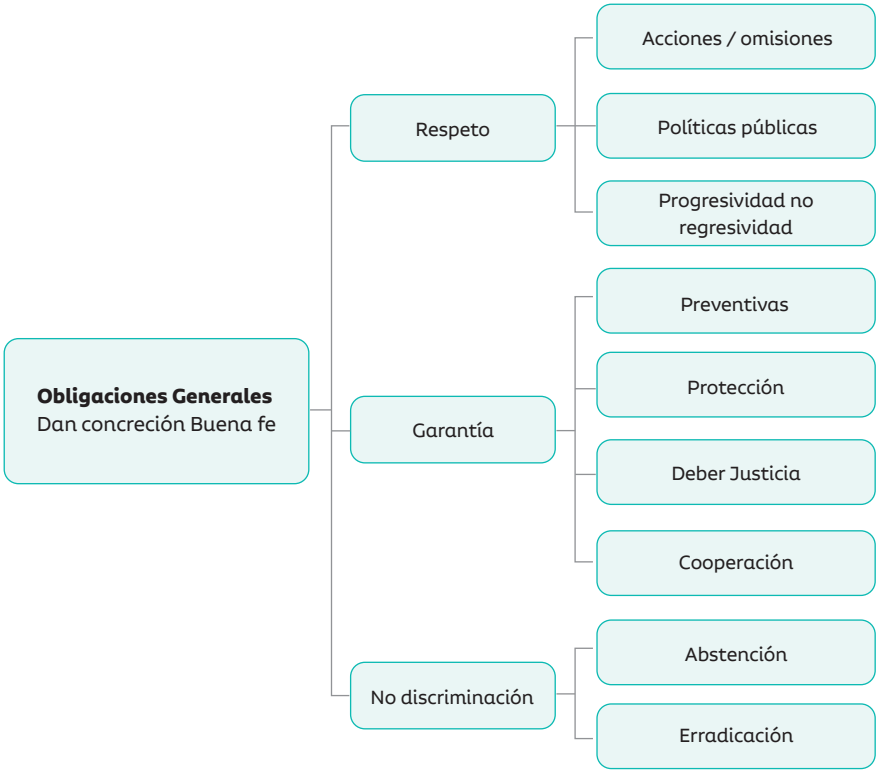
Concepto	Elementos		Criterios Normativos
Discriminación	Trato u omisión ilegítima	Distinción, exclusión, omisión o preferencia	Ilegítima: Objetividad; Finalidad; Razonabilidad
	Categorías	Raza, color, otra condición social	Condición personal; Grupo excluido: Escrutinio estricto
	Perjuicio DDHH	Directa; Indirecta	Anula; Menoscaba: Condiciones de igualdad

Fuente: Elaboración propia.

Lo que analizaremos a continuación es de qué forma la realidad de las situaciones de discriminación en las que se encuentre el titular de derechos puede dar lugar a ciertas medidas específicas, obligar a la adopción de medidas más enfocadas en ciertos colectivos y cómo estas medidas pueden ir creciendo en intensidad. Por tanto, las medidas de garantía son el género y hay ciertas medidas específicas que deben adoptarse en ciertos contextos particulares de violación de derechos humanos. Algunas de estas medidas son: acciones afirmativas, medidas de debida diligencia y medidas especiales respecto de grupos en situación de vulnerabilidad [ver cuadro al final del apartado][139].

139 "En virtud de la obligación de no discriminar, los Estados están obligados, además, a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias". Corte IDH. Caso Guachalá Chimbo y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie C No. 423, párr. 81.

Figura 3. Clasificación de las obligaciones generales.



Fuente: Elaboración propia.

Una de las medidas centrales para enfrentar casos de discriminación son las acciones afirmativas[140]. Estas son medidas de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto de un determinado grupo. Estas medidas tienen la particularidad de que son medidas destinadas a los miembros de grupos vulnerables o desaventajados que han sido afectados por una situación de discriminación

140 La primera recepción normativa de este tipo de medidas fue el art. 4.1 de la CEDAW, que dispone: "1. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato". Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). Firmado: 18 de diciembre de 1979; Nueva York, Estados Unidos. En vigor: 3 de septiembre de 1981 [en adelante CEDAW].
En el sistema interamericano, el art. 5 de la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia dispone: "Los Estados Partes se comprometen a adoptar las políticas especiales y acciones afirmativas para garantizar el goce o ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de personas o grupos que sean sujetos de discriminación o intolerancia con el objetivo de promover condiciones equitativas de igualdad de oportunidades, inclusión y progreso para estas personas o grupos. Tales medidas o políticas no serán consideradas discriminatorias ni incompatibles con el objeto o intención de esta Convención, no deberán conducir al mantenimiento de derechos separados para grupos distintos, y no deberán perpetuarse más allá de un período razonable o después de alcanzado su objetivo". Convención Interamericana, 2013 (supra 126), artículo 5.

prolongada. Las medidas de este tipo son especialmente controvertidas, ya que suelen consistir en tratos diferenciados de carácter preferente (una de las medidas típicas en este sentido son las "cuotas" de acceso a cargos, cupos educacionales, etc.). El requisito de legitimidad de estas medidas es que deben estar encaminadas a la igualación efectiva en el goce de derechos, lo que, sin éstas, no resultaría posible, debido a la existencia de patrones de exclusión arraigados institucional y culturalmente. Estas medidas tienen como límite su temporalidad; esto es, deben finalizar una vez alcanzado el objetivo de igualdad perseguido.

Por último, es importante tener en consideración que los instrumentos internacionales contemplan la obligación del Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad en toda su legislación (igualdad ante la ley e igual protección por parte de la ley) y no sólo respecto de los derechos consagrados internacionalmente[141]. En este sentido, el principio de igualdad y no discriminación opera como principio estructurante del sistema de derechos humanos, al igual que como obligación general y como derecho autónomo. Eso da cuenta de la centralidad de este principio para el DIDH.

Medidas especiales y debida diligencia. La adopción de las medidas generales a que hemos hecho referencia no es suficiente en ciertos casos complejos de afectaciones o amenazas a los derechos humanos. De ahí, con el objeto de dar eficacia a la protección de estos, los órganos internacionales han ido avanzando en ordenar a los Estados tomar medidas más intensas y dirigidas hacia grupos e individuos en situaciones de especial vulnerabilidad o vulnerabilidad agravada de sus derechos.

Es interesante, en este sentido, revisar con algún detalle la argumentación que ha desarrollado la Corte Interamericana para justificar la adopción de medidas especiales destinadas a asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos. La Corte, analizando los alcances del derecho a la vida y las obligaciones positivas del Estado, comenzó a establecer estándares de mayor exigencia respecto de las medidas que debe adoptar para el cumplimiento de sus obligaciones en determinados contextos donde, por las características del titular de derechos o su situación, las exigencias de efectividad de las medidas deben ser mayores.

---

141 A modo de ejemplo, ver art. 24 de la CADH (supra 51) y art. 26 del PIDCP (supra 35). Un estudio sobre esta materia en P. Palacios, La No discriminación, Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derechos - Universidad de Chile, 2006. [en adelante Palacios, 2006], At. 25-43.
En este sentido, la Corte Interamericana ha señalado: "[...], mientras que la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar 'sin discriminación' los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a "igual protección de la ley". Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho, no sólo en cuanto a los derechos contenidos en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana en relación con las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención. Por otra parte, la Corte ha señalado que del artículo 24 de la Convención se desprende un mandato orientado a garantizar la igualdad material". Corte IDH, 2017, OC-24/17 (supra 137), párr. 156.

El razonamiento ha sido el siguiente: el Estado debe adoptar "todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida" conforme lo dispuesto en los arts. 4.1[142] y 1.1[143] de la CADH. Estas medidas apropiadas implican

> [...] crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida; establecer un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y reparar toda privación de la vida por parte de agentes estatales o particulares; y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna, lo que incluye la adopción de medidas positivas para prevenir la violación de este derecho.[144]

La Corte Interamericana establece como criterio general que las obligaciones del Estado deben ser analizadas a la luz de cada situación particular y, por tanto, "los supuestos de incumplimiento deberán determinarse en cada caso en función de las necesidades de protección..."[145]. Así, al objeto de no incurrir en responsabilidad internacional y dar cumplimiento a la obligación positiva antes señalada, surgen "deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como extrema pobreza o marginación y niñez"[146].

De esta forma, frente a ciertas situaciones especiales de vulnerabilidad de los titulares del derecho (condiciones personales o situación generalizada), no basta con las medidas generales, sino que el Estado está en la obligación de adoptar ciertas medidas especiales ("deberes especiales") de garantía para hacer efectivo el derecho amenazado. Estas medidas deben ser efectivas y no meramente formales; además, estas medidas deben adoptarse por cada autoridad del Estado dentro del ámbito de sus competencias (ver figura 4).

---

142 Artículo 4.1. CADH (supra 51): "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente".

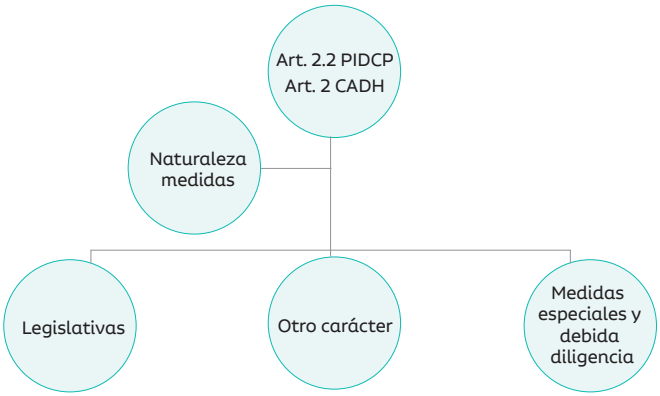
143 Artículo 1.1 CADH (supra 51): "Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

144 Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 21. Derecho a la vida. San José, Costa Rica. Corte IDH, 2018 [en adelante Corte IDH, 2018, Cuadernillo 21], párr. 153.

145 Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 117. El caso trata la desaparición forzada y la ejecución extrajudicial, entre otros delitos, de los habitantes del corregimiento de Pueblo Bello a manos de un grupo de paramilitares.

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

Figura 4. Normas internacionales y las medidas para su concreción a nivel interno.



Fuente: Elaboración propia.

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

> [E]s claro para la Corte que un Estado no puede ser responsable por cualquier situación de riesgo al derecho a la vida. Teniendo en cuenta las dificultades que implica la planificación y adopción de políticas públicas y las elecciones de carácter operativo que deben ser tomadas en función de prioridades y recursos, las obligaciones positivas del Estado deben interpretarse de forma que no se imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada.[147]

Por tanto, es necesario establecer ciertos criterios que permitan la imputación de responsabilidad del Estado en estos casos:

> [P]ara que surja esta obligación positiva, debe establecerse que al momento de los hechos las autoridades sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o grupo de individuos determinados, y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo.[148]

En síntesis, la lectura de los derechos desde la situación real en que se encuentra su titular puede obligar al Estado a adoptar medidas especiales para garantizar efectivamente el pleno goce y ejercicio de los derechos en condiciones de igualdad[149].

147 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 155.

148 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 155.

149 "En cumplimiento de los deberes de protección especiales del Estado respecto de toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad, es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre [...]", (Corte IDH. Caso Guachalá Chimbo y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie C No. 423, párr. 86).

Finalmente, la Corte Interamericana ha ido desarrollando una completa jurisprudencia en torno a la protección de ciertos grupos que por razones de contexto cultural (mujeres, grupos LGTBIQ+), razones de contexto fáctico (migración o privados de libertad) o por sus labores (periodistas, defensores de derechos humanos), obligan al Estado a adoptar medidas de debida diligencia (efectividad) para la garantía efectiva de sus derechos. Si bien esta línea jurisprudencial partió desarrollándose a partir del deber de investigar adecuadamente las violaciones de derechos de estos y otros grupos en condiciones de vulnerabilidad, se ha ampliado a medidas preventivas y de debida protección[150]. De la misma forma, se ha avanzado —en años recientes— en materia de medidas diferenciadas respecto de personas pertenecientes a grupos históricamente discriminados que se encuentran privados de libertad[151], y en el caso de personas en situación de discapacidad se ha venido desarrollando la idea de medidas o ajustes necesarios que permitan el goce y ejercicio de derechos en condiciones de igualdad[152].

Un buen ejemplo de esta construcción compleja del deber de debida diligencia es el estándar que ha fijado la Corte referido a la protección de defensores y defensoras de derechos humanos donde se combinan medidas preventivas, de protección y el deber de justicia a la luz del contexto en el que estas personas desarrollan sus labores de vigilancia, denuncia y educación en derechos humanos[153].

---

150 Se puede revisar un detallado desarrollo jurisprudencial en Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana No. 12. Debido Proceso. San José, Costa Rica. Corte IDH, 2022. [en adelante Corte IDH, 2022, Cuadernillo 12].

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

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

153 "Con respecto a la condición profesional de la persona defensora de derechos humanos, esta Corte reitera que el cumplimiento del deber de crear las condiciones necesarias para el efectivo goce y disfrute de los derechos establecidos en la Convención está intrínsecamente ligado a la protección y al reconocimiento de la importancia del papel que cumplen las y los defensores de derechos humanos, cuya labor es fundamental para el fortalecimiento de la democracia y el Estado de Derecho. El Tribunal recuerda, además, que las actividades de vigilancia, denuncia y educación que realizan contribuyen de manera esencial a la observancia de los derechos humanos, pues actúan como garantes contra la impunidad. De esta manera se complementa el rol, no tan solo de los Estados, sino del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en su conjunto. A raíz de lo anterior, el Tribunal ha señalado que los Estados tienen el deber de facilitar los medios necesarios para que estos realicen libremente sus actividades; protegerlos cuando son objeto de amenazas para evitar los atentados a su vida e integridad; abstenerse de imponer obstáculos que dificulten la realización de su labor, e investigar seria y eficazmente las violaciones cometidas en su contra, combatiendo la impunidad. Además, en casos de atentados contra defensores y defensoras de derechos humanos, los Estados tienen la obligación de asegurar una justicia imparcial, oportuna y oficiosa, que implique una búsqueda exhaustiva de toda la información para diseñar y ejecutar una investigación que conduzca al debido análisis de las hipótesis de autoría, por acción o por omisión, en diferentes niveles, explorando todas las líneas investigativas pertinentes para identificar a los autores. En consecuencia, ante indicios o alegaciones de que determinado hecho en contra de un defensor o defensora de derechos humanos pudo tener como móvil justamente su labor de defensa y promoción de derechos humanos, las autoridades investigadoras deben tomar en cuenta el contexto de los hechos y sus actividades para identificar los intereses que podrían haberse visto afectados en el ejercicio de las mismas, a efectos de establecer y agotar las líneas de investigación que tengan en cuenta su labor, determinar la hipótesis del delito e identificar a los autores" (Corte IDH. Caso Digna Ochoa y familiares Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2021. Serie C No. 447, párr. 100).

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

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

> El deber de proteger el derecho a la vida requiere que los Estados partes adopten medidas especiales de protección destinadas a las personas en situaciones de vulnerabilidad cuya vida corra un riesgo particular debido a amenazas concretas o a patrones de violencia preexistentes. [...] Los Estados partes deben intervenir de manera urgente y eficaz para proteger a las personas que se enfrentan a una amenaza concreta, adoptando medidas especiales como la asignación de protección policial permanente, la emisión de órdenes de alejamiento y de protección contra posibles agresores y, en casos excepcionales y únicamente con el consentimiento libre e informado de la persona amenazada, la custodia precautoria.[154]

Por su parte, el Comité DESC ha señalado:

> Los Estados partes deben adoptar un enfoque proactivo para eliminar la segregación y la discriminación sistémicas en la práctica. Para combatir la discriminación será´ necesario, por lo general, un planteamiento integral que incluya una diversidad de leyes, políticas y programas, incluidas medidas especiales de carácter temporal. Los Estados partes deben considerar la posibilidad de emplear incentivos o sanciones para alentar a los actores públicos y privados a modificar su actitud y su comportamiento frente a los individuos y grupos de individuos que son objeto de discriminación sistémica. A menudo son necesarios un liderazgo público, programas de creación de conciencia sobre la discriminación sistémica y la adopción de medidas contra la incitación a la discriminación. En muchos casos, para eliminar la discriminación sistémica será´ necesario dedicar más recursos a grupos que tradicionalmente han sido desatendidos. Dada la persistente hostilidad contra ciertos grupos, deberá´ prestarse especial atención a asegurar que los funcionarios y otras personas apliquen las leyes y las políticas en la práctica.[155]

Por último, el Comité de los Derechos del Niño y la niña, en relación con los niños en situación de calle, ha establecido un completo catálogo de medidas que deben adoptar los Estados, incluido el impulso para generar cambios culturales:

> [...] Se recuerda a los Estados que garantizar el derecho a la no discriminación no es solo una obligación pasiva de prohibir todas las formas de discriminación, sino que también exige medidas proactivas que hagan efectiva la igualdad de oportunidades para todos los niños a fin de que disfruten de los

154 Comisión de Derechos Humanos (CDH). Observación General No. 36 - Artículo 6 (derecho a la vida), CCPR/C/GC/36, de 02 nov. 2018. [en adelante CDH, 2018, OG 36], párr. 27.

155 Comité DESC. Observación General No. 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales. E/C.12/GC/20, de 02 de julio de 2009. [en adelante Comité DESC, 2009, OG-20], párr. 39.

> derechos que les reconoce la Convención. Ello requiere la adopción de medidas positivas encaminadas a corregir una situación de desigualdad sustantiva. Los cambios jurídicos y de políticas producen efectos en la discriminación sistémica, por lo que esta puede tratar de solucionarse introduciendo tales cambios. Los niños en situación de calle han destacado como motivo concreto de inquietud la discriminación y las actitudes negativas de las que son objeto por parte de la población, y han pedido que se adopten medidas de concienciación y educación para combatirlas.[156]

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

MEDIDAS A LAS QUE ESTÁ OBLIGADO EL ESTADO PARA CUMPLIR DE BUENA FE SUS OBLIGACIONES INTERNACIONALES

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

156 Comités CDN. Observación general núm. 21 (2017) sobre los niños en situación de calle. CRC/C/GC/21, de 21 de junio de 2017. [en adelante Comités CDN, 2017, OG-21], párr. 26.

Caso María Eugenia Morales

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

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

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

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

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

Preguntas

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

Caso Velásquez Rodríguez

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

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

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

Preguntas

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

II.3.3. Los límites legítimos: restricciones y suspensiones

Es posible que una persona no pueda gozar y ejercer plenamente algunos derechos y que esta sea una situación justificada, esto es, que estemos ante una afectación legítima de derechos humanos. Ello ocurrirá cuando exista una limitación legítima por parte del Estado al pleno goce y ejercicio de los derechos consagrados internacionalmente. Son dos los límites legítimos consagrados por el derecho internacional: las *restricciones* y la *suspensión* del ejercicio de derechos[157].

Siempre debemos tener presente que hay algunos derechos que no admiten límites legítimos y, por tanto, en estos casos la afectación de derechos configura un ilícito internacional. Estos derechos que quedan excluidos de estos límites son un reducido número que no admiten ni restricciones ni suspensión en su ejercicio, se les conoce como «derechos absolutos» o «normas pétreas», tales como las prohibiciones de esclavitud y de tortura, el derecho a la libertad de conciencia, a la personalidad jurídica o al nombre. Estos son acuerdos sustantivos (imperativos) y no sujetos al principio de mayor utilidad (utilitarismo)[158].

Restricciones. Nos podemos encontrar con tres situaciones en el ámbito de los derechos humanos. Aquellos derechos que no admiten restricción (tortura, esclavitud, libertad de conciencia, entre otros), aquellos derechos que admiten restricciones particulares (derechos de propiedad, asociación de fuerzas armadas); y otros —la generalidad— que admiten restricciones generales.

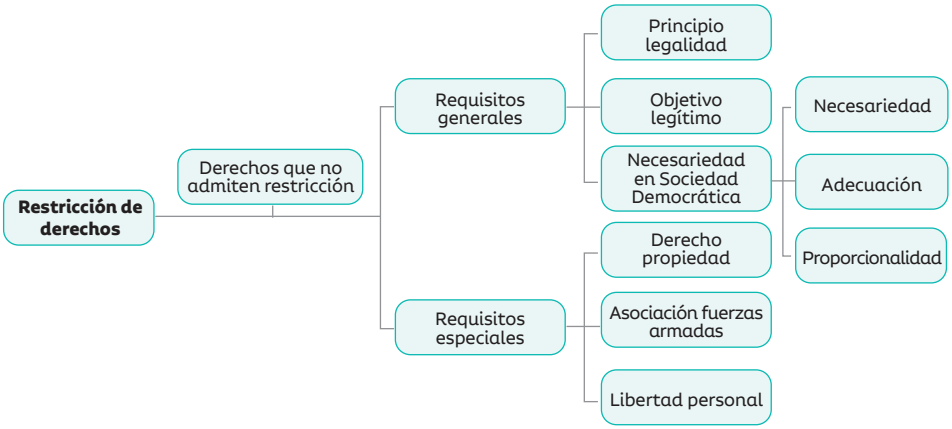
Nos centraremos en la restricción general de derechos por parte del Estado, regulada por los catálogos contenidos en los tratados de derechos humanos. La facultad de restringir, sin embargo, no es discrecional para el Estado, sino que está limitada por el Derecho Internacional, que exige el cumplimiento de ciertas condiciones, cuya ausencia transforma la restricción en ilegítima y, por lo tanto, en violatoria de las obligaciones internacionales del Estado.

---

157 Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Cuadernillo de Jurisprudencia No. 26. Restricción y suspensión de derechos humanos. San José, Costa Rica. Corte IDH, 2022. [en adelante Corte IDH, 2022, Cuadernillo 26].

158 La idea de derechos absolutos la usamos aquí en el sentido de que no admiten límites legítimos (restricciones o suspensión). Sobre la discusión teórica y práctica en el derecho internacional de los derechos humanos ver N. Mavronicola. "What is an «absolute right»? Deciphering Absoluteness in the Context of Article 3 of the European Convention on Human Rights", en Human Rights Law Review, 12(4), At. 723-758, 2012. [en adelante Mavronicola, 2012]. Para una buena síntesis de la discusión teórica y también del debate posterior a los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 y la subsecuente «lucha contra el terrorismo» y los intentos por relativizar la prohibición de tortura ver J. Garrigue. La cuestión de la tortura por parte de los Estados Unidos en el contexto de la guerra contra el terrorismo. El debate jurídico en torno a la fuerza normativa de las palabras (trabajo de fin de Master en Estudios Avanzados en Derechos Humanos), Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2014. [en adelante Garrigue, 2014].

Figura 5. Test de restricción de derechos humanos.



Fuente: Elaboración propia.

Los requisitos de una restricción legítima son: (a) respeto del principio de legalidad; (b) objetivo legítimo; (c) respeto del principio de proporcionalidad (ver tabla 6).

Tabla 6. Restricciones legítimas respecto de aquellos derechos que admiten un límite legítimo por parte de la autoridad estatal.

El Estado debe velar porque esta medida cumpla con los siguientes requisitos:	1) Principio de legalidad: la medida debe estar establecida en la constitución o en la ley. 2) Objetivo legítimo: la medida de restricción debe estar autorizada tanto por el derecho interno como por el derecho internacional de los derechos humanos. 3) Proporcionalidad: la medida restrictiva división necesaria en una sociedad democrática (no hay otro medio menos lesivo para obtener el fin buscados), adecuada para lograr el fin (idónea para obtener lógicamente el resultado perseguido) y debe ser proporcional en sentido estricto (el daño al derecho debe ser el estrictamente necesario para obtener el objetivo legítimo).
Si en el caso concreto no concurren todos y cada uno de los requisitos para legitimar una restricción de derechos, esta es ilegítima y por lo tanto se compromete la responsabilidad internacional del Estado por violación de derechos humanos.	

Fuente: Elaboración propia.

a **Respeto del principio de legalidad.** El primer límite es que las condiciones generales y circunstancias que autorizan una medida de restricción del ejercicio de un derecho humano deben estar establecidas por ley[159]. Este requisito es una salvaguarda a la posible arbitrariedad del gobierno, ya que la expresión "ley" implica exigencias de forma y materiales. El artículo 30 de la CADH establece[160] expresamente que las leyes que impongan restricciones a los derechos humanos deben ser dictadas "por razones de interés general", lo que puede ser considerado como una protección contra la imposición arbitraria de limitaciones[161].

b **Objetivo legítimo.** El segundo límite es que la causa que se invoque para justificar la restricción sea de aquellas establecidas en los instrumentos internacionales, ya sea como norma general o específicamente para ciertos derechos. Generalmente ellas son el interés de la seguridad nacional, la seguridad u orden público, o la protección de la salud o la moral públicas o de los derechos y libertades de los otros[162]. En este punto surgen algunos derechos con posibilidades de restricción particular. Por ejemplo, la restricción del derecho de propiedad admite una restricción particular en atención a su "función social" o límites a asociación de miembros de las fuerzas armadas.

c **Respeto del principio de proporcionalidad.** El tercer requisito es que las medidas de restricción respeten el principio de proporcionalidad[163]. De acuerdo con la interpretación que han hecho los órganos de control internacional, la medida de restricción deberá cumplir con los siguientes elementos: necesaria, adecuada y proporcional[164]. Por 'necesaria' se ha entendido que no debe ser indispensable, pero sí que la restricción debe responder a una apremiante necesidad social; así,

159 A modo de ejemplo, ver arts. 6, 9, 12, 19 y 22 del PIDCP (supra 35) y arts. 4, 7, 12, 13, 16 y 30 de la CADH (supra 51).

160 Artículo 30 CADH (supra 51): "Alcance de las Restricciones. Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas".

161 "No obstante lo anterior, los criterios del artículo 30 sí resultan aplicables a todos aquellos casos en que la expresión ley o locuciones equivalentes son empleadas por la Convención a propósito de las restricciones que ella misma autoriza respecto de cada uno de los derechos protegidos. En efecto, la Convención no se limita a proclamar el conjunto de derechos y libertades cuya inviolabilidad se garantiza a todo ser humano, sino que también hace referencia a las condiciones particulares en las cuales es posible restringir el goce o ejercicio de tales derechos o libertades sin violarlos. El artículo 30 no puede ser interpretado como una suerte de autorización general para establecer nuevas restricciones a los derechos protegidos por la Convención, que se agregaría a las limitaciones permitidas en la regulación particular de cada uno de ellos. Por el contrario, lo que el artículo pretende es imponer una condición adicional para que las restricciones, singularmente autorizadas, sean legítimas". Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). La expresión «leyes» en el artículo 30 de la Convención Americana sobre derechos humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A, No. 6. [en adelante Corte IDH, 1986, OC-6/86], párr. 17).

162 A modo de ejemplo ver en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, supra 51) la restricción a los derechos de libertad de expresión (art. 13), derecho de reunión (art. 15) y derecho de asociación (art. 16).

163 Un excelente estudio sobre el alcance de este principio (desde una perspectiva fundamentalmente constitucional) es Bernal, 2003, (supra 65).

164 "Al leer el artículo 30 en concordancia con otros en que la Convención autoriza la imposición de limitaciones o restricciones a determinados derechos y libertades, se observa que exige para establecerlas el cumplimiento concurrente de las siguientes condiciones: a. Que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida; b. Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a 'razones de interés general' y no se aparten del 'propósito para el cual han sido establecidas'. Este criterio teleológico, cuyo análisis no ha sido requerido en la presente consulta, establece un control por desviación de poder; y c. Que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas". Corte IDH, 1986, OC-6/86 (supra 161), párr. 18).

debe poder demostrarse que no se puede alcanzar el fin de proteger los intereses públicos o de los derechos de otros por medios menos restrictivos que los empleados. La medida será "adecuada" cuando sea conducente para obtener la protección del derecho mediante la restricción del otro en conflicto; y la "proporcionalidad propiamente tal" dice relación con que la medida debe ser aquella que consiga el fin buscado afectando de menor forma el goce o ejercicio del derecho objeto de la restricción, lo que implica que, si hay una alternativa menos gravosa, debe emplearse esa alternativa[165].

En los sistemas regionales europeo e interamericano se ha entendido que las restricciones deben ser "necesarias en una sociedad democrática". Esto puede ser interpretado como un estándar más estricto para las restricciones, ya que no sólo deben cumplir con los criterios señalados previamente (propios de la proporcionalidad), sino que además deberán tener en consideración valores propios de una sociedad democrática, como tolerancia, participación, deliberación, respeto por las minorías, entre otros. Dos ejemplos pueden ilustrar el alcance de este requisito. En un caso resuelto por la Corte Interamericana, relativo a propiedad indígena, este tribunal resolvió que, para ponderar el conflicto entre la propiedad indígena y la propiedad privada, era necesario tener en consideración la necesidad que tiene una sociedad democrática de preservar formas de multiculturalidad como base del pluralismo que la caracteriza[166]. En otro caso, relativo al conflicto entre libertad de expresión y derecho a la honra, la Corte señala que para resolver este caso debía tenerse en consideración para resolver el conflicto, el particular rol que juega la libertad de expresión en una sociedad democrática y que justifica su especial protección en caso de conflicto con otros derechos[167].

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

---

165 "[...] la Corte ha afirmado que corresponde a la autoridad judicial desarrollar un juicio de proporcionalidad al momento de imponer una medida privativa de la libertad. Dado lo anterior, corresponde a la autoridad judicial imponer medidas de esta naturaleza únicamente cuando acredite que son: (i) idóneas para cumplir con el fin perseguido, (ii) necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto, y (iii) que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida [...]" (Corte IDH, Caso Jenkins vs. Argentina. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2019. Serie C, No.397, párr. 76).

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

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

Así las cosas, como es posible que se genere un conflicto entre los derechos y los intereses de la comunidad e incluso con otros derechos, ha sido necesario que la jurisprudencia desarrolle algunos criterios generales para resolver estos conflictos cuando se producen entre principios que no pueden ser anulados en beneficio de otros, sino que deben ser ponderados[168]. Por ello, no puede asumirse un sistema jerárquico entre las normas de derechos fundamentales, sino que todos los derechos debieran ser mirados como esenciales para la dignidad de la persona; como no hay jerarquía, en caso de conflicto de principios se debiera ponderar, en el caso concreto, cuál es la interpretación que permite afectar de menor manera los derechos en conflicto; y la resolución de estos conflictos debe hacerse teniendo en consideración una visión del sistema de derechos en su conjunto, como elementos interrelacionados, con el objetivo de asegurar la dignidad del individuo a través de la protección de los principios que inspiran el sistema de derechos. Sobre esa base podremos decidir en el caso concreto cuál es el derecho que debe ceder para permitir el ejercicio del derecho que en el caso concreto sería más grave limitar y también se podrá evaluar hasta dónde es necesario que el derecho a ser limitado sea restringido, que nunca puede ser más allá de lo estrictamente indispensable para permitir el objetivo que justificó su límite[169].

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

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

---

168 En particular sobre el tema de juicio de ponderación, la voz más autorizada e influyente en Latinoamérica es el profesor alemán Robert Alexy. Ver Alexy 2002, (supra 10).

169 Ver en esta materia un muy buen trabajo del profesor Prieto Sanchis [Prieto, 2003, (supra 65)] y un estudio reciente de Jesús Casal, J. Casal. Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones. Constitucionalismo Comparado y Jurisprudencia Interamericana, Bogotá, Editorial Temis – Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer, 2020. [en adelante Casal, 2020].

Caso Lee

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

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

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

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

Preguntas

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

En este sentido el artículo 4 establece:

> 1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.
>
> 2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.
>
> 3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión.[170]

Por su parte, el artículo 27 señala:

> 1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.
>
> 2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.
>
> 3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.[171]

El marco que establecen tanto el artículo 4 del Pacto como el artículo 27 de la Convención incluye:

---

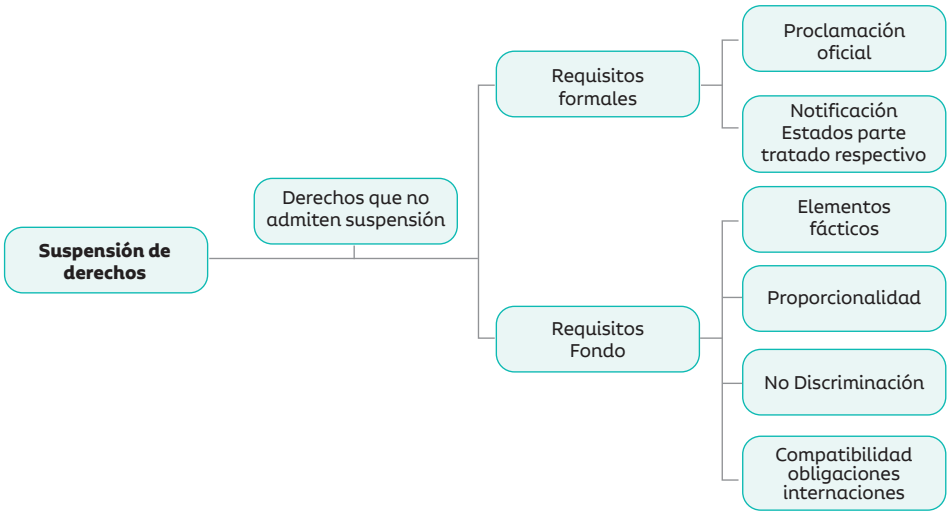
170 PIDCP (supra 35), art. 4.
171 CADH (supra 51), art. 27.

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

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

Por otra, parte, ambos instrumentos coinciden en el hecho de que solo algunos derechos pueden ser suspendidos y que un amplio grupo de estos no admite suspensión alguna (art. 4.2 del Pacto; art. 27.2 de la CADH) (ver figura 6). En este sentido, la Observación General 29 del Comité interpreta el artículo 4.2 del PIDCP a la luz de la existencia de normas imperativas de Derecho Internacional y de Derecho Internacional Humanitario y expande por esta vía la lista de obligaciones no suspendibles.

Figura 6. Requisitos para derechos que no admiten suspensión.



Fuente: Elaboración propia.

Como casos ilustrativos, se señala el artículo 10 del Pacto, la prohibición de la toma de rehenes, secuestros o detenciones no reconocidas (que dan origen a los desaparecidos), ciertos elementos de los derechos de las personas pertenecientes a minorías, la deportación o traslado forzoso de población sin motivos autorizados por el Derecho Internacional (aunque se haya suspendido el artículo 12 del Pacto). Es importante analizar con mayor profundidad el tema de las garantías judiciales en el contexto de suspensión de derechos. En este sentido, la Convención Americana es claramente más restrictiva para los Estados, probablemente por la experiencia que el continente americano ha tenido con los estados de excepción. Así, el artículo 27 no establece cuáles son esas garantías, lo que indujo a un Estado y a la Comisión a enviar sendas consultas a la Corte, la que, por unanimidad, opinó en la primera consulta

> que los procedimientos jurídicos consagrados en los artículos 25.1[172] y 7.6[173] de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no pueden ser suspendidos conforme al artículo 27.2 de la misma, porque constituyen garantías judiciales indispensables para proteger derechos y libertades que tampoco pueden suspenderse según la misma disposición.[174]

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

> 1. Que deben considerarse como garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión [...] el hábeas corpus (art.7.6), el amparo, o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes (art. 25.1), destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma Convención.
>
> 2. También deben considerarse como garantías judiciales indispensables que no pueden suspenderse, aquellos procedimientos judiciales, inherentes a la forma democrática representativa de gobierno (art. 29.c), previstos en el derecho interno de los Estados Partes como idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos a que se refiere el artículo 27.2 de la Convención y cuya supresión o limitación comporte la indefensión de tales derechos.
>
> 3. Que las mencionadas garantías judiciales deben ejercitarse dentro del marco y según los principios del debido proceso legal, recogido por el artículo 8 de la Convención.[175]

---

172 El art. 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, supra 51) consagra el derecho a un recurso de amparo sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, para proteger los derechos humanos.

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

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

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

De la misma forma, el artículo 20 del Pacto, y el artículo 2.3 del mismo que exige a los Estados que proporcionen recursos para cualquier violación del Pacto. También se entienden incluidas en la prohibición de suspensión las garantías procesales, que se basan en los principios de legalidad y del Estado de Derecho inherentes al Pacto en su conjunto[176].

Otro aspecto relevante es el requisito de la proporcionalidad se consagra en el artículo 4 del Pacto al decir que las disposiciones que adopte el Estado en una situación de emergencia deberán estar estrictamente limitadas a las exigencias de la situación, y en el artículo 27 de la Convención Americana al señalar que permite estas disposiciones "en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación". El Comité de Derechos Humanos ha dicho que el requisito de proporcionalidad "guarda relación con la duración, el ámbito geográfico y el alcance material del estado de excepción"[177]. Así, las medidas que adopta la autoridad para enfrentar la situación de emergencia no son discrecionales, sino que deben regirse por ciertos principios: deben ser proporcionales, limitadas en el tiempo y en la forma en que se verán limitados los derechos (art. 4.1 del PIDCP, art. 27.1 de la CADH) y, en consecuencia, todas estas medidas deben estar directamente relacionadas con la situación de facto que ha permitido que se dicten estas medidas; las medidas no pueden ser discriminatorias (art. 4.1 del PIDCP, art. 27.1 de la CADH); se entienden incluidas en la prohibición de suspensión las garantías procesales que se basan en los principios de legalidad y del Estado de derecho inherentes a los instrumentos internacionales en su conjunto, y la prohibición de suspender obligaciones cuando esta es incompatible con las demás obligaciones internacionales del Estado en razón de que este debe aplicar la norma que más favorezca a los individuos (art. 4.1 del PIDCP, art. 27.1 de la CADH); cumplimiento de aspectos formales destinados al conocimiento y control de esta situación de excepcionalidad (art. 4.3 del PIDCP, art. 27.3 de la CADH).

En cuanto al tema de la prohibición de discriminación en el contexto de suspensión de derechos, el artículo 4 del Pacto dispone que ninguna medida puede entrañar discriminación alguna "fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social", lo que repite el artículo 27 de la Convención. No se mencionan como bases posibles de discriminación prohibida en caso de suspensión de derechos, "las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional, la posición económica, el nacimiento" y la cláusula que permite incorporar otras causales de discriminación no precisadas bajo el concepto de "cualquier otra condición social", todas presentes en el artículo 2 del Pacto y en el artículo 1 de la Convención, pero omitidas en

176 Comisión de Derechos Humanos (CDH). Observación general No. 29 - Estados de emergencia (artículo 4), CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, de 31 agosto 2001. [en adelante CDH, 2001, OG 29], párrs. 15 y 16.

177 CDH, 2001, OG 29 (supra 176), párr. 4.

esta regulación de las suspensiones. Claramente, los instrumentos han establecido un régimen especial más restrictivo en esta materia.

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

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

Caso Chile 2019

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

Visto: Lo dispuesto en los artículos 32° No. 5, y 42, de la Constitución Política de la República de Chile; en la Ley No. 18.415, Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción; y en la resolución No. 7, de 2019, de la Contraloría General de la República, y Considerando:

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

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

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

Decreto:

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

Artículo segundo: Desígnese como Jefe de la Defensa Nacional en la zona señalada en el artículo anterior al Contralmirante, señor Juan Andrés de la Maza Larraín, cédula nacional de identidad No. 7.025.884-6.

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

Preguntas

1. *¿Cuáles fueron las causales invocadas por el gobierno de Chile?*
2. *¿Cumple la suspensión con el requisito de proporcionalidad?*

Caso Zambrano Vélez

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

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

Considerando

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

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

En ejercicio de las atribuciones legales,

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

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

Preguntas

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

II.3.4. La interpretación

Un aspecto que no puede ser omitido es que en materia de derechos humanos debemos aplicar reglas particulares de interpretación[178]. Las normas para la interpretación de los tratados están contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El artículo 31 de dicho tratado establece que:

> 31.1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.[179]

Para estos efectos, el contexto de un tratado comprende: a) el texto, incluyendo el preámbulo y los anexos; b) todo acuerdo que se refiere al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración de este; y c) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente a él (art. 31.2 a) y b)). La formulación de la norma del artículo 31 acentúa la idea de que los diversos elementos que la configuran forman un sistema de interpretación sin que haya entre ellos ninguna jerarquía: toda norma convencional debe interpretarse teniendo en cuenta simultáneamente la buena fe, el sentido corriente de los términos en el contexto del tratado y el objeto y fin de este. En cuanto a la historia de la adopción del tratado (*les travaux préparatoires*), la Convención de Viena la relega a una posición secundaria.

Sobre la interpretación en materia de derechos humanos, la Corte Interamericana ha señalado:

> La Convención de Viena contiene una regla que debe interpretarse como un todo. El sentido corriente de los términos, la buena fe, el objeto y fin del tratado y los demás criterios confluyen de manera unida para desentrañar el significado de una determinada norma. Por otra parte, la Corte recalca que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se compone tanto de un conjunto de reglas (las convenciones, pactos, tratados y demás documentos internacionales), como de una serie de valores que dichas reglas pretenden desarrollar. La interpretación de las normas se debe desarrollar entonces también a partir de un modelo basado en valores que el Sistema Interamericano pretende resguardar, desde el «mejor ángulo» para la protección de la persona. En este sentido, el Tribunal, al enfrentar un caso como el presente, debe determinar cuál es la interpretación que se adecua de mejor manera al conjunto de las reglas y valores que componen el Derecho Internacional de los Derechos Humanos [...].[180]

Carácter dinámico o evolutivo de la interpretación. El primer criterio hermenéutico que nos interesa es el carácter dinámico o evolutivo de la interpretación, que

178 Sobre interpretación en materia de derechos humanos ver F. Salvioli. Introducción a los Derechos Humanos: concepto, fundamentos, características, obligaciones del Estado, y criterios de interpretación jurídica, Instituto Interamericano de Responsabilidad Social y Derechos Humanos (IIRESODH), San José, 2019. [en adelante Salvioli, 2019] At. 385-438; G. Rodríguez, "Normas de interpretación", en Fuchs, M. y Steiner, C. (Eds.), La Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentarios, Programa Estado de Derecho Fundación Konrad Adenauer, 2019. [en adelante Rodríguez, 2019] At. 869-877.

179 Convención de Viena, 1969 (supra 18), art. 31.

180 Corte IDH. Caso González y otras («Campo Algodonero») vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 16 de noviembre de 2009. Serie C No.205, párr. 33.

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

> En otras oportunidades, tanto este Tribunal como la Corte Europea de Derechos Humanos, han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados.[181]

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

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

> No podrá admitirse restricción alguna o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.[182]

En el sistema interamericano, la idea de la integralidad está reflejada y ampliada en las letras b), c) y d) del artículo 29 de la Convención Americana (1969). La letra b) de este tratado interamericano reproduce la idea del artículo 5.2 del Pacto y en su letra c) no permite que se interprete ninguna norma de la Convención en el sentido de "excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno"[183]. Asimismo, en la letra d) del artículo 29 establece que ninguna disposición de la Convención será interpretada en el sentido de "excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza". Esta norma apoya la posición de que las resoluciones de órganos internacionales pueden llegar a tener valor jurídico, aun cuando formalmente y en principio no parecieran tenerlo, y señala que el intérprete no las puede ignorar[184].

En consecuencia, para determinar el contenido y alcance de una norma en materia de derechos humanos debemos estar a todos los actos de voluntad del

181 Corte IDH. Caso Yakye Axa vs Paraguay. (2005), párrs. 66 y 67.
182 PIDCP (supra 35), art. 5.2.
183 Recordamos aquí, como ejemplo de esta posición, la interpretación hecha por la Corte Interamericana de la expresión «garantías judiciales indispensables», inserta en el art. 27 de la CADH. Ver Corte IDH, OC-9/87 (supra 175).
184 "La Corte Interamericana se pronunció sobre el punto en la Opinión Consultiva No.10, basándose en parte en el argumento de que podía ser necesario interpretar la Declaración al interpretar la Convención Americana en razón de lo dispuesto en el art. 29 de este último cuerpo legal". Corte IDH, 1989, OC-10/89 (supra 49), párr. 36.

Estado y verificar si en los instrumentos del que es parte, en los principios generales y otros actos (resoluciones internacionales, actos de voluntad del Estado, entre otros) podemos encontrar elementos que nos permitan dar sustancia a los derechos objeto de interpretación.

Interpretación bajo el principio pro persona. Finalmente, en materia de interpretación en derechos humanos, atendido el objeto y fin de esta normativa (la protección eficaz de los individuos), el criterio central en materia de interpretación es la interpretación pro persona. En efecto, si consideramos que uno de los elementos para interpretar la norma internacional es la consideración del objeto y fin del tratado, y que estos son la protección de los derechos humanos, puede concluirse que la interpretación debe ser siempre en favor del individuo. Esto ha sido reiterado por la Corte Interamericana, que expresó en el primer asunto del que conoció que "... el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, siempre que ello no implique una alteración del sistema"[185] y constituye el norte que debe guiar al intérprete en todo momento. A mayor abundamiento, la Corte vincula la especial naturaleza de los tratados sobre derechos humanos con la necesidad de una particular interpretación de los mismos, señalando "la necesidad de aplicar e interpretar sus disposiciones, de acuerdo con su objeto y fin, de modo a [sic] asegurar que los Estados Partes garanticen su cumplimiento y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos", lo que no solo es aplicable a las normas sustantivas, sino que también a las normas procesales[186].

Esta preferencia interpretativa tiene dos manifestaciones: a) la interpretativa extensiva de los derechos, y b) la interpretativa restringida de los límites[187].

a **Preferencia interpretativa extensiva de los derechos**. La interpretación extensiva tiene diversas expresiones. En primer lugar, que el principio pro persona debe ser una guía en el sentido de que los derechos deben ser interpretados de la manera más amplia posible para dar efectividad a su concreción en el caso en cuestión y dotar a la norma de un efecto útil para que logre garantizar el goce y ejercicio de los derechos de las personas. La segunda son aquellos casos en que existe más de una interpretación posible de un texto, en cuyo caso debe preferirse aquella que de mejor manera respete y garantice el pleno goce y ejercicio de derechos. Una tercera manifestación de la interpretación extensiva serían aquellos casos en los cuales la norma es contraria a los derechos humanos y no es posible su interpretación conforme al tratado. En dichos casos de acuerdo con el principio pro persona la norma podría ser inaplicada en el asunto en concreto.

b **Preferencia interpretativa restringida de los límites**. En cuanto a esta preferencia, es posible señalar que la Convención de Viena dispone que uno de los

185 Corte IDH. Asunto de Viviana Gallardo y otras. Serie A, No.101, párr. 16.

186 Corte IDH. Caso de la «Masacre de Mapiripán» vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, No.134, párr. 105.

187 K. Castilla. "El principio pro persona en la administración de justicia", en Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, 20, pp. 65-83, 2009. [en adelante Castilla, 2009].

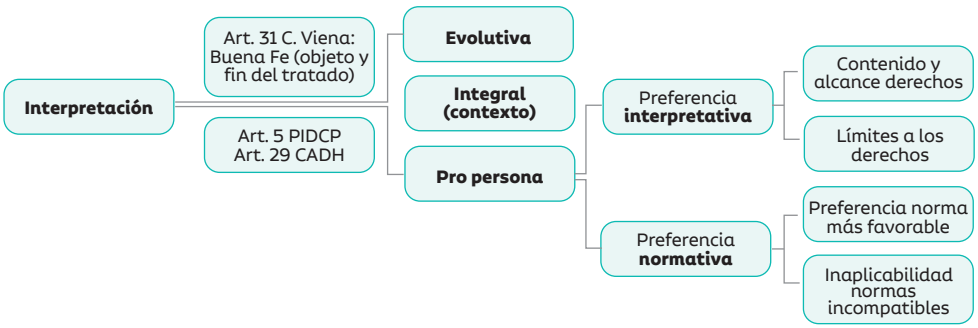
elementos para interpretar los tratados lo constituye el fin y el objeto (que en el caso de los tratados que nos ocupan apunta a la protección de los derechos humanos) y, como consecuencia, la interpretación de dichos convenios siempre debe hacerse a favor del individuo. Así, los límites legítimos de las obligaciones del Estado siempre deben interpretarse de manera estricta.

El equilibrio de la interpretación se obtiene orientándolo en el sentido más favorable al destinatario y respetando el principio de proporcionalidad en la afectación de los derechos. Otro punto que hay que tener en consideración es que este principio se aplica no solo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino que también en relación con las normas procesales.

El segundo uso que tiene este principio se refiere a la preferencia de normas, que a su vez tiene dos manifestaciones: a) preferencia de la norma más protectora, y b) la conservación de la norma más favorable. La preferencia normativa aporta una solución práctica de gran importancia frente al supuesto de colisión de normas. Esta interpretación desplaza la tradicional discusión sobre la jerarquía de las normas, ya que, si el fin último es la protección de los derechos de la persona, lo que importa es la aplicación de la norma que mejor dé vigencia a los derechos humanos, sin importar la posición que ocupe en el entramado jurídico.

Cuando el principio se manifiesta de la primera manera, mediante la aplicación de la norma más protectora, permite al juez seleccionar de entre varias normas concurrentes o al menos de entre dos normas aquella cuyo contenido ofrezca una protección más favorable a la persona o aquella que contenga de manera más especializada la protección que se requiere para el individuo o víctima en relación con sus derechos humanos. Y cuando el principio se manifiesta mediante la conservación de la norma más favorable se añade un elemento de temporalidad, ya que se trata de casos en los que una norma posterior puede dejar sin aplicación o incluso derogar una norma anterior de igual o inferior jerarquía, ya sea de manera expresa o tácita con el fin de proteger de mejor manera los derechos humanos (ver figura 7).

Figura 7. Preferencias en la interpretación de normas (Art. 31 C. Viena: Buena Fe (objeto y fin del tratado); Art. 5 PIDCP; y Art. 29 CADH).



Fuente: Elaboración propia.

En definitiva, la interpretación pro persona es un instrumento vital para que las autoridades estatales puedan ejercer sus funciones de control y protección adecuadamente, ya que configura un parámetro claro para decidir en casos donde puede haber más de una interpretación razonable dentro del sistema normativo u opiniones contrapuestas de distintas autoridades. Poder resolver estas tensiones dentro de un sistema sólidamente fundado en la lógica del sistema internacional de derechos humanos puede ser de gran ayuda para la fundamentación y motivación de las decisiones por parte de todas las autoridades del Estado.

Por su parte, la Corte IDH ha establecido que el principio pro persona le entrega al intérprete una guía en el sentido de que los derechos deben ser interpretados de la manera más amplia posible para su efectiva concreción en el caso, y las restricciones deben ser miradas de una manera lo más estricta posible, de forma tal que no sean desproporcionadas en el tiempo en cuanto al objetivo legítimo para hacer convivir dos derechos o intereses que están en contraposición[188].

Por último, es importante en materia interpretativa recordar algunas cuestiones sobre las resoluciones internacionales (*soft law*)[189]. Es necesario reiterar que estos son instrumentos internacionales que cumplen un papel interpretativo en materia de derechos humanos. Si los tratados internacionales contienen un catálogo de derechos y libertades y estos están acompañados de códigos de conducta exigentes para los Estados, es necesario poder determinar el contenido y alcance de estos derechos en casos concretos. Para ello es necesario siempre un ejercicio de interpretación. Como hemos visto en el sistema convencional interamericano, la letra d) del artículo 29 establece que ninguna disposición de la Convención será interpretada en el sentido de "excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza". Esta norma apoya la posición de que las resoluciones de órganos internacionales pueden llegar a tener valor jurídico aun cuando formalmente y en principio no parecieran tenerlo, y dispone que el intérprete no puede ignorarlas. De esta forma, a partir de una interpretación pro persona que tiene como fin último lograr la mejor protección de los derechos humanos, un análisis de las fuentes que dotan de contenido y alcance a las normas vinculantes es un ejercicio necesario. Por ello, la sugerencia es no quedar atrapados en el debate sobre la fuerza vinculante, en gran parte superado a través de la aplicación de la interpretación pro persona.

---

188 "En consecuencia, si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce". Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A, No.5 [en adelante Corte IDH, 1985, OC-5/85], párr. 51).

189 Sobre este tema, los textos clásicos de estudio son: R. Higgins. Problems and Process. International Law and How to Use It, Oxford, Clarendon Press, 1994. [en adelante Higgins, 1994] At. 17-38; F. Pocar. Codification of Human Rights Law by the United Nations, Perspectives on International Law. In Honor of Judge M. Lachs, Martinus Nijhoff, La Haya, 1995. [en adelante Pocar, 1995].

Caso Mayagna Awas Tigni

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

Preguntas

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

Caso Gregoria López Ostra vs. España

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

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

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

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

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

Convenio Europeo de Derechos Humanos

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

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

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

Preguntas

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

II.4. La responsabilidad internacional del Estado

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

Este tema debe ser ubicado en un contexto más amplio de las diversas responsabilidades que surgen de las violaciones de derechos humanos; en efecto, estas pueden ser de diversa naturaleza, institucionales, históricas e incluso morales[190]. Todo ello con independencia de las responsabilidades personales que pueden surgir para los agentes estatales involucrados en los ilícitos internacionales (políticas, penales, civiles o administrativas).

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

La responsabilidad internacional del Estado surge cuando existe un ilícito internacional en materia de derechos humanos (incumplimiento de las obligaciones del Estado respecto del catálogo de derechos tal como la analizamos previamente) y este es imputable a la actuación (acción u omisión) de agentes estatales[191]. ¿Qué quiere decir esto en materia de derechos humanos? El Estado es responsable cuando incumple las obligaciones que ha adquirido internacionalmente en materia de derechos humanos, ya sea porque realizó un acto que directamente violó los derechos humanos o porque omitió actuar cuando debería haberlo hecho. Esta responsabilidad se genera de manera inmediata cuando se infringen las normas obligatorias. ¿A qué normas nos referimos? Las obligaciones a las que hacemos referencia se encuentran establecidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos que ha suscrito el Estado, así como también en prácticas consuetudinarias que de acuerdo con el derecho internacional público son consideradas obligatorias. Cuando nos referimos a acciones u omisiones del Estado implica que cualquier poder u órgano estatal que viole obligaciones internacionales (Poder

190 Para Jaspers, en K. Jaspers. El problema de la culpa, Barcelona, Editorial Paidós, 1998. [en adelante Jaspers, 1998], la responsabilidad puede ser de cuatro formas: criminal, política, moral y metafísica. Esto permitió en la posguerra (1946-1947) enfrentar el tema de la responsabilidad en Alemania de una forma más amplia que la mera discusión penal individual.

191 "Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado". Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General. Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (AG/56/83). 85a sesión plenaria 12 de diciembre de 2001. A partir del examen del capítulo IV del informe de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en su 53° período de sesiones. [en adelante ONU-CDI, 2001], art. 2.

Ejecutivo, Judicial o Legislativo) hace incurrir al Estado en responsabilidad internacional[192].

En el sistema interamericano, a partir de la sentencia en el caso *La Última Tentación de Cristo*, la Corte Interamericana estableció que el ilícito internacional por violaciones a los derechos humanos se produce en el momento en que el Estado actúa en violación de una norma obligatoria, sin necesidad de que exista falta o culpa por parte del agente, ni tampoco que se produzca un daño[193].

Si la responsabilidad internacional emana de la infracción de una obligación internacional, es necesario tener claridad sobre cuáles son las normas que obligan al Estado en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. De esta forma, la normativa internacional en materia de derechos humanos constituye *lex specialis* en materia de responsabilidad de los Estados, toda vez que se encuentra dirigida a regular en particular este tipo de obligaciones y por tanto, ésta constituirá la base de las obligaciones estatales exigibles en sede internacional[194].

El segundo elemento constitutivo de la responsabilidad internacional del Estado es que la infracción a las obligaciones internacionales sea imputable al Estado[195]. Respecto de qué conductas son las que pueden hacer incurrir en responsabilidad internacional al Estado, se puede señalar que se aplican las normas generales del derecho internacional público; por tanto, la responsabilidad puede estar fundada en actos u omisiones de cualquier poder u órgano estatal que viole obligaciones internacionales en materia de derechos humanos:

- El Estado puede hacerse responsable por la adopción de *disposiciones legislativas* incompatibles con las obligaciones internacionales. Es decir, si se dicta una ley que es incompatible con las obligaciones que ha adquirido el Estado a través de los tratados de derechos humanos, el legislativo está haciendo incurrir al Estado en responsabilidad internacional y, por lo tanto, lo está poniendo en una situación de ser sujeto pasivo en el sistema internacional y ser objeto de un proceso internacional y ser, eventualmente, objeto de una condena internacional. También puede el legislativo comprometer la responsabilidad del Estado cuando no adopta disposiciones legislativas necesarias

192 "1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado. 2. Se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado". ONU-CDI, 2001 (supra 191), art. 4.

193 "Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado" (Corte IDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 72). Para una explicación completa de los alcances de este fallo, ver voto concurrente juez A.A. Cançado Trindade, en la misma sentencia.

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

195 Ver: supra 192.

para hacer compatible su normativa interna con las obligaciones internacionales. Cuando los Estados ratifican un tratado, lo hacen parte de su legislación, por tanto, se están comprometiendo también a adecuar toda su legislación interna de acuerdo con los estándares del tratado internacional. En ese sentido, hay un esfuerzo que deben llevar adelante los Estados, de ver cómo el conjunto de su cuerpo normativo y las prácticas que de él emanen se ajustan a las obligaciones que están adquiriendo, incluyendo la Constitución[196].

- El *poder ejecutivo*, a través de todos sus funcionarios, por acciones u omisiones que sean incompatibles con las obligaciones internacionales, también puede hacer al Estado responsable internacionalmente. Esta es la visión clásica que tenemos del incumplimiento de una obligación internacional de derechos humanos: la de un funcionario público que no cumple con aquello que está obligado a respetar o a dar garantía (esto comprende también la obligación de prevenir o reprimir acciones ilícitas de particulares); por eso no nos vamos a detener mucho en esta idea.
- También el *poder judicial* puede hacer incurrir al Estado en responsabilidad internacional. Esta responsabilidad podrá estar basada en denegación de justicia, infracciones al debido proceso, aplicación de normas incompatibles, o interpretación incompatible con las obligaciones internacionales del Estado[197].

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

La Corte Interamericana ha señalado:

> [...] un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.[198]

---

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

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

198 Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 172. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte en un caso contra Chile en 2022, al señalar que "[...] a efectos de establecer la responsabilidad internacional del Estado, lo decisivo es dilucidar si una determinada violación a los derechos humanos reconocidos por la Convención ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la trasgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención. En definitiva, de lo que se trata es de determinar si la violación a los derechos humanos resulta de la inobservancia por parte de un Estado de sus deberes de respetar y de garantizar dichos derechos, que le impone el artículo 1.1 de la Convención" (Corte IDH. Caso Pavez Pavez Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2022. Serie C No. 449, párr. 111).

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

> [...] Lo decisivo es dilucidar si una determinada violación a los derechos humanos reconocidos por la Convención ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la transgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente. En definitiva, de lo que se trata es de determinar si la violación a los derechos humanos resulta de la inobservancia por parte de un Estado de sus deberes de respetar y de garantizar dichos derechos, que le impone el artículo 1.1 de la Convención.[199]

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

> Puede haber circunstancias en las que, por no haberse garantizado los derechos reconocidos en el Pacto como se dispone en el artículo 2, los Estados Parte infrinjan estos derechos permitiendo que particulares o entidades cometan tales actos o no adoptando las medidas apropiadas o no ejerciendo el cuidado debido para prevenir, castigar, investigar o reparar el daño así causado.[200]

Un aspecto que ha ido tomando especial relevancia en materia de responsabilidad por actos de terceros dice relación con la responsabilidad de las empresas. En este sentido, el sistema sigue operando bajo la lógica de que el destinatario de las obligaciones en derechos humanos es el Estado y éste debe regular y fiscalizar la actividad de las empresas para que estas no incurran en actos que, de haber sido cometidos por agentes estatales, serían una violación de derechos humanos[201].

De esta forma, se observa que el Estado puede ser responsable por las violaciones convencionales cometidas en forma directa por sus agentes (de cualquier

---

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

200 CDH, 2004, OG 31 (supra 104), párr. 8.

201 "48. En razón de ello, y en el marco de las obligaciones de garantía y del deber de adoptar disposiciones de derecho interno que se derivan de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, este Tribunal destaca que los Estados tienen el deber de prevenir las violaciones a derechos humanos producidas por empresas privadas, por lo que deben adoptar medidas legislativas y de otro carácter para prevenir dichas violaciones, e investigar, castigar y reparar tales violaciones cuando ocurran. Los Estados, de esta forma, se encuentran obligados a reglamentar que las empresas adopten acciones dirigidas a respetar los derechos humanos reconocidos en los distintos instrumentos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos —incluidas la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador— especialmente en relación con las actividades riesgosas. En virtud de esta regulación, las empresas deben evitar que sus actividades provoquen o contribuyan a provocar violaciones a derechos humanos, y adoptar medidas dirigidas a subsanar dichas violaciones. El Tribunal considera que la responsabilidad de las empresas es aplicable con independencia del tamaño o sector, sin embargo, sus responsabilidades pueden diferenciarse en la legislación en virtud de la actividad y el riesgo que conlleven para los derechos humanos.
"49. Adicionalmente, este Tribunal considera que, en la consecución de los fines antes mencionados, los Estados deben adoptar medidas destinadas a que las empresas cuenten con: a) políticas apropiadas para la protección de los derechos humanos; b) procesos de diligencia debida para la identificación, prevención y corrección de violaciones a los derechos humanos, así como para garantizar el trabajo digno y decente; y c) procesos que permitan a la empresa reparar las violaciones a derechos humanos que ocurran con motivo de las actividades que realicen, especialmente cuando estas afectan a personas que viven en situación de pobreza o pertenecen a grupos en situación de vulnerabilidad. El Tribunal considera que, en este marco de acción, los Estados deben impulsar que las empresas incorporen prácticas de buen gobierno corporativo con enfoque stakeholder (interesado o parte interesada), que supongan acciones dirigidas a orientar la actividad empresarial hacia el cumplimiento de las normas y los derechos humanos, incluyendo y promoviendo la participación y compromiso de todos los interesados vinculados, y la reparación de las personas afectadas" (Corte IDH. Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) Vs. Honduras. Sentencia de 31 de agosto de 2021. Serie C No. 432, párrs. 48 y 49).

órgano del Estado), o bien, dicha responsabilidad puede emanar de una omisión del Estado de actuar en aquellos casos en los que particulares afectan los derechos convencionales.

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

Una cuestión interesante que aborda la Corte en la sentencia del *caso Mapiripán* es la determinación sobre el momento en que se produce la responsabilidad internacional y cuándo esta puede ser exigida a nivel supranacional. La Corte señala que la "[L]a responsabilidad estatal bajo la Convención Americana sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de repararlo por sus propios medios"[202].

Pareciera que con esta postura se abre una posible discusión acerca de la responsabilidad internacional a la luz de los criterios que se han establecido en el ámbito internacional público. Es claro que la responsabilidad sólo puede ser exigida a nivel internacional una vez que el Estado ha podido actuar a nivel interno (este es el sentido del principio del agotamiento de los recursos internos). Pero la responsabilidad del Estado ha surgido antes, al momento del ilícito atribuible al Estado, y con ello se hacen aplicables al acto en cuestión todos los criterios internacionales sobre obligaciones del Estado por violación de derechos humanos (obligación de investigar, sancionar y reparar), determinando qué y cómo debe reparar el Estado en el ámbito interno.

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

> El referido carácter complementario de la jurisdicción internacional significa que el sistema de protección instaurado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que las complementa. De lo anterior se desprende que, en el sistema interamericano, existe un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión, y los mecanismos de protección, tanto los nacionales como los internacionales, puedan ser conformados y adecuados entre sí. Así, la jurisprudencia de la Corte muestra casos en que se retoman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico; en otros casos se ha reconocido que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso; ya han resuelto la violación alegada; han dispuesto reparaciones razonables, o han ejercido un adecuado control de

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

> convencionalidad. En este sentido, la Corte ha señalado que la responsabilidad estatal bajo la Convención solo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de reconocer, en su caso, una violación de un derecho, y de reparar por sus propios medios los daños ocasionados. En consecuencia, el Tribunal ha establecido que los Estados no son internacionalmente responsables cuando han reconocido la comisión de un hecho ilícito internacional, han cesado la violación, y han reparado las consecuencias de la medida o situación que lo configure.[203]

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

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

En cuanto a los efectos, es relevante considerar dos cuestiones. Por una parte, que al configurarse la responsabilidad internacional el Estado sigue obligado al cumplimiento de la obligación incumplida, esto es, debe cesar con la actuación (acción u omisión) que configura el ilícito internacional[204]. Procesalmente, la responsabilidad internacional solo puede ser exigida ante las instancias internacionales una vez que el Estado ha podido actuar a nivel interno[205]. Así, para que un caso se considere resuelto a nivel interno es necesario que se reconozca la responsabilidad, cese la violación y se repare a las víctimas[206].

---

203 Corte IDH. Caso Urrutia Laubreaux vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de agosto de 2020. Serie C, No.409, párr. 91.

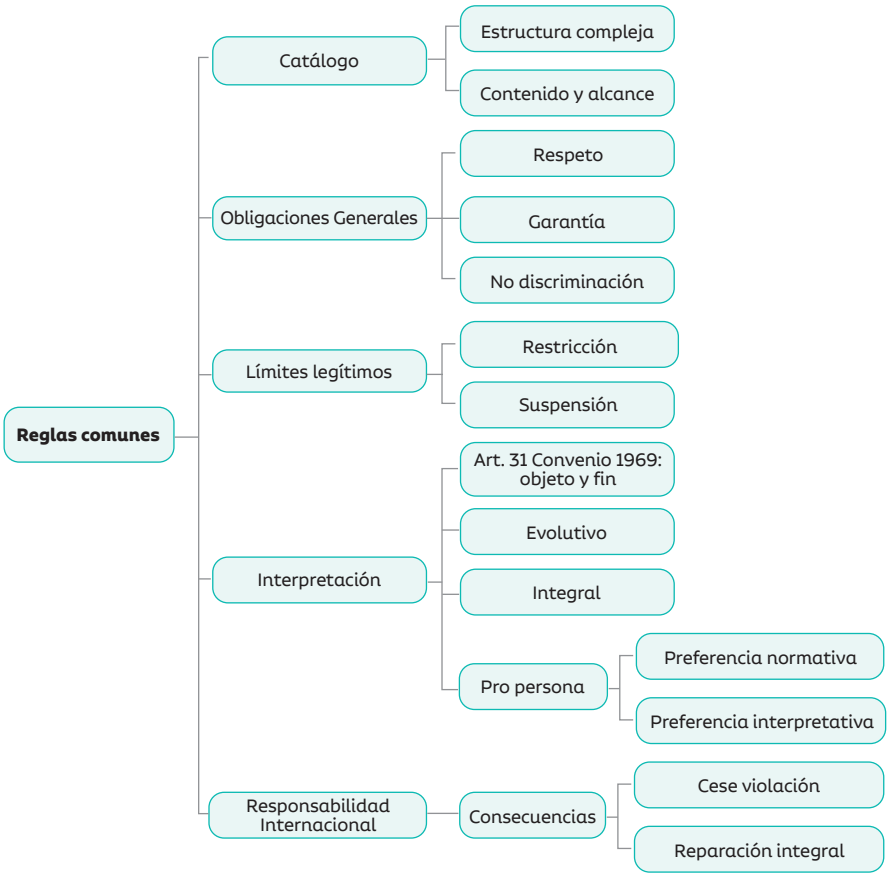
204 Principios sobre Responsabilidad Internacional del Estado por hechos ilícitos ONU-CDI, 2001 (supra 191): "Artículo 30: cesación y no repetición. El estado responsable del hecho internacionalmente ilícito está obligado: a) a ponerle fin, si ese hecho continúa; b) a ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen".

205 La responsabilidad solo puede ser exigida a nivel internacional una vez que el Estado ha podido actuar a nivel interno (este es el sentido del principio del agotamiento de los recursos internos). Pero la responsabilidad del Estado ha surgido antes, al momento del ilícito atribuible al Estado y con ello se hacen aplicables al acto en cuestión todos los criterios internacionales sobre obligaciones del Estado por violación de derechos humanos (obligación de investigar, sancionar y reparar), determinando qué y cómo debe reparar el Estado en el ámbito interno. Sobre este tema ver H. Faúndez-Ledesma, El agotamiento de recursos internos en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, Editorial Ex Libris, Caracas, 2007. [en adelante Faúndez, 2007].

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

Para cesar la violación, el Estado debe adoptar medidas efectivas, y cuando las violaciones son consecuencias de situaciones creadas directamente por el Estado, el estándar que se exige de la actuación estatal es alto, ya que se exige que las medidas sean necesarias, suficientes y eficaces[207] (ver figura 8).

Figura 8. Características de las reglas comunes.



Fuente: Elaboración propia.

207 La Corte Interamericana ha señalado: "[...] el Estado creó objetivamente una situación de riesgo para sus habitantes y no adoptó todas las medidas necesarias ni suficientes para evitar que estos puedan seguir cometiendo hechos como los del presente caso. La declaratoria de ilegalidad de estos debía traducirse en la adopción de medidas suficientes y efectivas para evitar las consecuencias del riesgo creado" (Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 126).
Así mismo, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, en su informe sobre Chile en 2019 (donde constata violaciones de derechos humanos en el marco de las protestas sociales de octubre de 2019), concluyó expresamente "Preocupa también a la ACNUDH que casos de lesiones oculares continuaron reproduciéndose, pese a la existencia, desde la etapa inicial de las protestas, de información relacionada con el impacto causado por armas menos letales. Hubo una omisión por parte de los responsables al no adoptarse medidas eficaces, expeditas y oportunas para minimizar el riesgo para las personas". Organización de las Naciones Unidas. ACNUDH. Informe de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos sobre la Misión a Chile 30 de octubre – 22 de noviembre de 2019. [en adelante ACNUDH, 2019, Informe Misión Chile], conclusión 7.
[208] Convención de Viena, 1969 (supra 18), arts. 27 y 60.

Como ejemplos de medidas de cese de la violación podemos señalar órdenes de liberación en caso de privación de la libertad en contradicción con la Convención Americana, dejar sin efecto leyes discriminatorias, tomar medidas de control de convencionalidad que apliquen la legislación de origen nacional acorde a estándares internacionales, entre otras.

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

II.4.3. Excepciones a la responsabilidad

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

Tampoco puede excepcionarse la responsabilidad argumentando que otros Estados no cumplen, a pesar de que esto sea permitido para otros tratados por el artículo 60 de la Convención de Viena: "*Una violación grave de un tratado bilateral por una de las partes facultará a la otra para alegar la violación como causa para dar por terminado el tratado o para suspender su aplicación total o parcialmente*"[208].

208 Convención de Viena, 1969 (supra 18), arts. 27 y 60).

Caso Velásquez Rodríguez

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

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

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

Preguntas

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

DOCUMENTOS - NORMATIVA
NORMAS RELEVANTES

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

Artículo 1: Responsabilidad del estado por sus hechos internacionalmente ilícitos

Todo hecho internacionalmente ilícito del estado genera su responsabilidad internacional.

Artículo 2: Elementos del hecho internacionalmente ilícito del estado

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

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

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

Artículo 3: Calificación del hecho del estado como internacionalmente ilícito

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

Artículo 4: Comportamiento de los órganos del estado

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

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

Artículo 12: Existencia de violación de una obligación internacional

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

Artículo 29: Continuidad del deber de cumplir la obligación

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

II.5. La obligación de reparar a la víctima

II.5.1. Naturaleza y concepto de la obligación de reparar

La obligación de los Estados de reparar a las víctimas de violaciones de derechos humanos es un concepto que se ha instalado como uno de los principios del derecho internacional público en materia de responsabilidad del Estado y así ha sido reconocido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, además de su recepción en tratados específicos[209]. Su vinculación como uno de los principios del Derecho Internacional y, por tanto, aplicable como fuente de obligaciones aún respecto de los Estados que no sean parte de dichas Convenciones especiales ha sido establecido por la propia Corte Internacional de Justicia y por la Corte Interamericana:

> Es un principio de Derecho internacional, que la jurisprudencia ha considerado "incluso una concepción general de derecho", que toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. La indemnización, por su parte, constituye la forma más usual de hacerlo.[210]

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

> Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos u el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.[211]

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

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

---

209 C. Nash. Responsabilidad internacional de los Estados en la jurisprudencia internacional y la experiencia chilena, Santiago, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2013. [en adelante Nash, 2013]; C. Correa. "Artículo 63 (Reparaciones)", en Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentarios, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2019. [en adelante Correa, 2019].

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

211 CADH (supra 51), art. 63.1.

> La reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas cómo un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido. Los modos específicos de reparar varían según la lesión producida: podrá consistir en la *restitutio in integrum* de los derechos afectados, en un tratamiento médico para recuperar la salud física de la persona lesionada, en la obligación del Estado de anular ciertas medidas administrativas, en la devolución de la honra o la dignidad que fueron ilegítimamente quitadas, en el pago de una indemnización, etc. En lo que se refiere a violaciones al derecho a la vida, como en este caso, la reparación, dada la naturaleza del bien afectado, adquiere sobre todo la forma de una indemnización pecuniaria, según la práctica jurisprudencial de esta Corte (...). La reparación puede tener también el carácter de medidas tendientes a evitar la repetición de los hechos lesivos.[212]

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

De esta forma, las medidas de reparación pueden ser de naturaleza restitutoria, compensatoria, correctiva y/o transformadora[213] y deben reparar el daño a la víctima directa, su entorno inmediato (familia, comunidad) y entorno social relevante (sociedad en su conjunto). Con dicho fin, el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias, lo que incluye la adopción de medidas administrativas, legislativas y de políticas públicas de reparación del daño[214].

En consecuencia, para tener una respuesta integral desde la víctima, la reparación también debe hacerse cargo del impacto de la violación sufrida y de

---

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

213 "Finalmente, el Estado tiene el deber ineludible de reparar de forma directa y principal aquellas violaciones de derechos humanos de las cuales es responsable, según los estándares de atribución de responsabilidad internacional y de reparación establecidos en la jurisprudencia de esta Corte. Además, el Estado debe asegurar que las reclamaciones de reparación formuladas por las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y sus familiares no enfrenten complejidades ni cargas procesales excesivas que signifiquen un impedimento u obstrucción a la satisfacción de sus derechos". Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C, No.163, párr. 198.

214 Sobre reparación por violación de derechos humanos, un texto clásico es el de D. Shelton. Remedies in International Human Rights Law, Oxford University Press, Oxford, 2015. [en adelante Shelton, 2015]; y una discusión actual puede encontrarse en C. Marxsen y otros autores. Reparation for Victims of Armed Conflict: Impulses from the Max Planck Trialogues. (10 de septiembre de 2018). Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL), Research Paper No.2018-19, 2018. SSRN Electronic Journal. 10.2139/ssrn.3239462. [en adelante Marxen et al., 2018].

las causas basales de dicho ilícito (contexto). Esta interpretación compleja de la integralidad de la reparación comprende, a lo menos, los siguientes elementos. En primer lugar, que las medidas se formulen desde la víctima como un sujeto integral respecto del cual la afectación de derechos que ha sufrido debe ser evaluada atendiendo a las particularidades de cada titular de derechos. Estas particularidades dicen relación con aspectos subjetivos que es necesario explorar en cada caso[215]. No estamos ante una reparación integral si para dictar las medidas solo se tienen en cuenta modelos o paradigmas genéricos que muchas veces terminan siendo excluyentes y revictimizadores[216].

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

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

En resumen, la violación de derechos humanos es un acto antijurídico complejo que consiste en el incumplimiento de una obligación constitucional, legal o internacional respecto de un derecho o libertad inherente al ser humano por parte de un agente del Estado que tiene como consecuencias la obligación de cesar dicho incumplimiento y la reparación integral del daño producido. Por tanto, cuando se produce un acto que puede configurar una violación de derechos humanos es pertinente determinar las causas de dicho ilícito, el contexto en que se produce, las formas en que se materializa la ejecución y las consecuencias que este tiene para las posibles víctimas, su entorno inmediato, la sociedad y la comunidad internacional. Estos elementos permitirán a los órganos de control nacional e internacional disponer las medidas eficaces para el cese de la violación de derechos humanos,

215 A modo de ejemplos: en el caso de los niños y niñas, se deben considerar el hecho que estos son sujetos en desarrollo; en el caso de miembros de pueblos indígenas, se deben considerar su identidad cultural; en el caso de privados de libertad, se debe tener en cuenta la situación de control que tiene el Estado sobre la persona bajo su custodia; en el caso mujeres, se debe estar a las condiciones culturales que han influido en un ejercicio de derechos en condiciones de discriminación estructural.

216 La neutralidad del derecho no es tal, siempre se construye sobre la base de ciertos paradigmas de titularidad de derechos culturalmente determinados. El titular de derechos clásico es un hombre, mayor de edad, propietario, de un grupo étnico dominante, entre otras características.

la reparación integral de las víctimas y las medidas de garantía de no repetición[217]. Para determinar dichas medidas de reparación eficaces es necesario establecer un vínculo causal entre el ilícito y el daño producido, y este vínculo causal debe consistir, en lo fundamental, en una relación previsible y necesaria entre el acto ilícito y el resultado lesivo[218].

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

> A los efectos del presente documento, se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término «víctima» también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización.
>
> Una persona será considerada víctima con independencia de si el autor de la violación ha sido identificado, aprehendido, juzgado o condenado y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima.[219]

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

217 "Una reparación adecuada, efectiva y rápida tiene por finalidad promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario. La reparación ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido. Conforme a su derecho interno y a sus obligaciones jurídicas internacionales, los Estados concederán reparación a las víctimas por las acciones u omisiones que puedan atribuirse al Estado y constituyan violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario. Cuando se determine que una persona física o jurídica u otra entidad está obligada a dar reparación a una víctima, la parte responsable deberá conceder reparación a la víctima o indemnizar al Estado si éste hubiera ya dado reparación a la víctima". ONU, 2005, Resolución 60/147 (supra 112), párr. 15.

218 Quien ha trabajado con detalle en estos elementos a la luz de los principios internacionales es la Comisión de Derecho Internacional. Ver ONU-CDI, 2001 (supra 191).

219 ONU, 2005, Resolución 60/147 (supra 112), párr. 8.

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

En este sentido, en la búsqueda de una reparación integral la Corte ha recurrido a la figura del daño al proyecto de vida como una forma de abarcar situaciones que no siempre quedan comprendidas dentro de la noción de daño. En términos de la propia Corte: "el denominado 'proyecto de vida' atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas"[220]. En el año 2012 en un caso de discriminación por orientación sexual, la Corte amplió el concepto, estableciendo que este no sólo se limita a considerar las expectativas de desarrollo vocacional, profesional y familiar, sino que lo hace extensivo a la orientación sexual y a su ejercicio, pues este ámbito es expresión y consecuencia necesaria del proyecto de vida de las personas[221]. En esta misma línea, en un caso sobre la prohibición estatal de utilizar técnicas de fertilización *in vitro*, la Corte señala que no poder ejercer de manera autónoma los derechos implica el no poder desarrollar un proyecto de vida independiente[222]. Uno de los desarrollos más interesantes es el que se da en el caso *Mendoza y otros vs. Argentina*, relativo a la aplicación de la pena perpetua respecto de menores de 18 años, ya que en este caso la Corte vincula el proyecto de vida con el derecho a la educación y desarrolla una idea amplia de proyecto de vida[223].

---

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

221 "La Corte Interamericana considera necesario recalcar que el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de ser homosexual, en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas. Al respecto, en el Caso Laskey, Jaggard y Brown Vs. Reino Unido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció que tanto la orientación sexual como su ejercicio son un aspecto relevante de la vida privada" (Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 133).

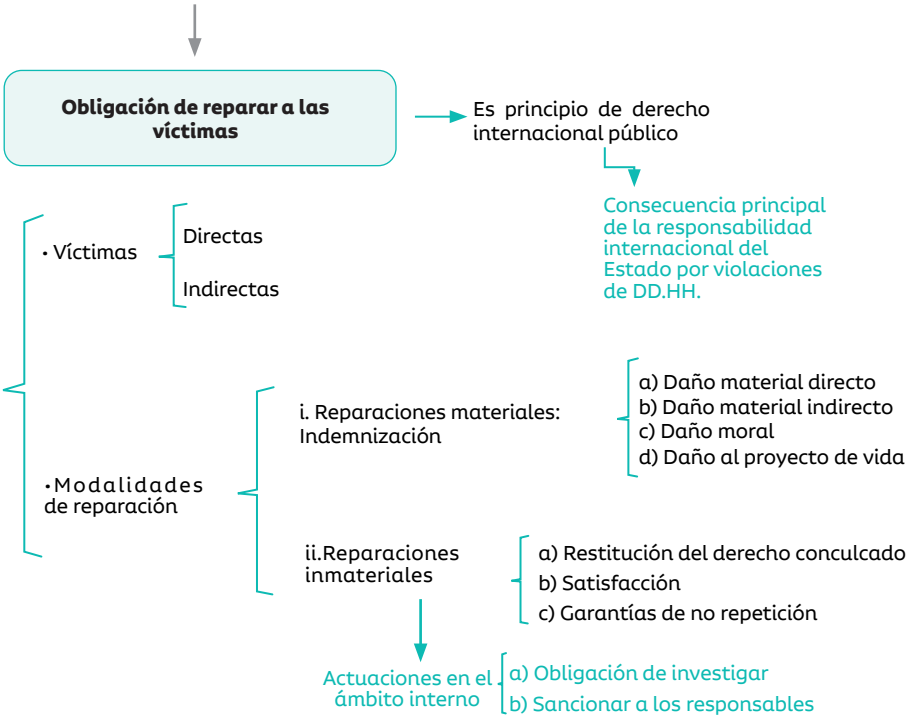
222 Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 363.

223 "La Corte considera, como lo ha hecho en otros casos, que el proyecto de vida atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas. Asimismo, se expresa en las expectativas de desarrollo personal, profesional y familiar, posibles en condiciones normales. Esta Corte ha señalado que el "daño al proyecto de vida" implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable. Dicho daño se deriva de las limitaciones sufridas por una persona para relacionarse y gozar de su entorno personal, familiar o social, por lesiones graves de tipo físico, mental, psicológico o emocional que se le hayan ocasionado. La reparación integral del daño al "proyecto de vida" generalmente requiere medidas reparatorias que vayan más allá de una mera indemnización monetaria, consistentes en medidas de rehabilitación, satisfacción y garantía de no repetición. En algunos casos recientes la Corte ha valorado este tipo de daño y lo ha reparado. Asimismo, el Tribunal observa que algunas altas cortes nacionales reconocen daños relativamente similares asociados a la "vida de relación" u otros conceptos análogos o complementarios" (Corte IDH. Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013, párr. 314).

II.5.2. Modalidades de reparación

A continuación, analizaremos las distintas modalidades de reparación (ver figura 9) y la forma en que estas han sido usadas por la Corte Interamericana para obtener una reparación integral.

Figura 9. Características de la reparación a víctimas de violaciones de derechos humanos.



Fuente: Elaboración propia.

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

> La restitución, siempre que sea posible, ha de devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o la violación grave del derecho internacional humanitario. La restitución comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes.[224]

224 ONU, 2005, Resolución 60/147 (supra 112), párr. 19.

En la jurisprudencia de la Corte Interamericana nos encontramos con una serie de medidas en este sentido. Como ejemplo de estas medidas de cese de la violación podemos señalar: anulación de procesos por infracción al debido proceso, nulidad de leyes por incompatibilidad con la Convención, condonación de deudas con el Estado que tengan su origen en procesos violatorios del debido proceso, cesación de los efectos de sentencias violatorias de la Convención, reformas constitucionales en aquellas materias incompatibles con las obligaciones convencionales del Estado, eliminación de antecedentes penales, restitución del material incautado como medida de censura previa, devolución de los cadáveres de las víctimas a las familias, inscripción del hijo a petición de la madre, suministrar alimentos y agua potable a la comunidad, junto con brindar atención médica periódica, entre otras.

En este sentido, un caso que muestra claramente este sentido integral es la sentencia *Norin Catrimán y otros vs. Chile*, en la cual se dispone, como medida de reparación, dejar sin efecto en "todos sus extremos" las sentencias penales dictadas en el ámbito interno respecto de los denunciantes[225].

Rehabilitación. Una modalidad de reparación que ha ido adquiriendo sus propios contornos en la jurisprudencia internacional es la de rehabilitación. En efecto, el daño ocasionado por las violaciones de derechos humanos puede tener graves consecuencias físicas y psicológicas, tanto para la víctima directa como para su entorno inmediato (familia, comunidad base, entre otras) que deben ser objeto de reparación.

La Corte Interamericana ha dispuesto como medida de reparación (rehabilitación):

> [...] el Tribunal considera necesario disponer la obligación a cargo del Estado de brindar gratuitamente, a través de sus servicios de salud especializados, y de forma inmediata, adecuada y efectiva, el tratamiento médico, psicológico y psiquiátrico a las víctimas, previo consentimiento informado, incluida la provisión gratuita de los medicamentos que eventualmente se requieran, tomando en consideración los padecimientos de cada uno de ellos. En el caso de que el Estado careciera de ellas deberá recurrir a instituciones privadas o de la sociedad civil especializadas. Asimismo, los tratamientos respectivos deberán prestarse, en la medida de lo posible, en los centros más cercanos a sus lugares de residencia y por el tiempo que sea necesario. Al proveer el tratamiento psicológico o psiquiátrico se debe considerar, además, las circunstancias y necesidades particulares de cada víctima, de manera que se les brinden tratamientos familiares e individuales, según lo que se acuerde con cada una de ellas y después de una evaluación individual [...].[226]

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

226 Corte IDH. Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 284.

En el ámbito de la reparación vía la rehabilitación, se debe contemplar el aseguramiento a un tratamiento médico adecuado y bajo condiciones mínimas de accesibilidad. Además, dicho tratamiento debe ser entregado en condiciones tales que se evite toda forma de revictimización. Por ello, es central cuidar el lugar donde se entrega tratamiento y el personal, que debe estar debidamente capacitado.

Además, el tratamiento debe considerar la entrega de medicamentos de calidad y en la oportunidad adecuada.

Finalmente, es importante tener presente que en aquellos casos donde el Estado no esté en condiciones de proveer las medidas de rehabilitación, debe compensar económicamente a fin de que el tratamiento y sus medicamentos puedan ser costeados por la víctima o sus familiares.

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

> (…) De no ser esto factible (la plena restitución), como ocurre en la mayoría de los casos, el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron y establecer una indemnización que compense los daños ocasionados.[227]

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

El daño material ha sido entendido por la Corte como "la pérdida o detrimento de los ingresos de la víctima y, en su caso, de sus familiares, y los gastos efectuados como consecuencia de los hechos en el caso *sub judice*" y en este sentido, la indemnización compensatoria debe estar destinada a "compensar las consecuencias patrimoniales de las violaciones declaradas en la [presente] sentencia". Para poder fijar el monto, la Corte tendrá en consideración una serie de elementos, "el acervo probatorio, la jurisprudencia del propio Tribunal y los argumentos de las partes"[228].

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

---

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

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

- El daño emergente es equivalente a los gastos directos e inmediatos que ha debido cubrir la víctima o sus representantes con ocasión del ilícito. Inicialmente, en los procesos seguidos ante la Corte Interamericana fue un elemento básico el aportar los medios de prueba que acrediten la efectividad y cuantía de estos gastos, no siendo suficiente que estos sean simplemente invocados[229]. En todos los casos se debe acreditar el vínculo entre el daño reclamado y la violación sufrida[230].
- El lucro cesante o pérdida de ingresos dice relación con las pérdidas patrimoniales ocasionadas por una merma de ingresos, con ocasión de una violación de derechos humanos.
- En relación con el daño inmaterial la Corte ha señalado: "que éste es resarcible según el Derecho internacional y, en particular, en los casos de violaciones de derechos humanos. Su liquidación debe ajustarse a los principios de la equidad"[231]. Si bien la Corte en sus inicios se había inclinado en sus inicios por la doctrina del daño moral como *pretium doloris*, esto es, establecer un vínculo directo entre el daño moral con el padecimiento y sufrimiento de la víctima[232], su jurisprudencia ha evolucionado en esta materia, agregando una nueva perspectiva que, si bien no es completamente diferente al criterio antes señalado, lo amplía y permite una reparación amplia en esta materia. En efecto, en su jurisprudencia se ha formulado un nuevo acercamiento al tema a través de los elementos que comprendería el daño moral[233]. Respecto de la forma en que el Estado debe reparar los daños inmateriales, la Corte ha señalado un concepto amplio de reparación, que considera tanto compensaciones pecuniarias como otro tipo de medidas. Así como la Corte ha ido ampliando el concepto de daño moral, desde la afección síquica a otro tipo de afecciones, también ha considerado las características particulares del titular del derecho a la hora de indemnizar, especialmente en el caso de las personas que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad[234].

Satisfacción. Las violaciones de derechos humanos generan un quiebre no solo entre el Estado y la persona, sino también en la relación de la persona con la sociedad

229 Concretamente en Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, la Corte rechazó la indemnización por daño emergente, toda vez que no se le habían acreditado dichos gastos en el proceso (párr. 42). Por su parte en Corte IDH. Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15, la Corte accedió a indemnizar todos los gastos en que incurrieron los familiares de las víctimas con el objeto de encontrarlos, párr. 79.

230 Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 203.

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

232 Sigue este mismo criterio el fallo Caso Velásquez Rodríguez (reparaciones), párrs. 76 y 91, al momento de determinar los beneficiarios de la indemnización y al momento de determinar su monto.

233 "El mencionado daño moral puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas y otras perturbaciones que no son susceptibles de medición pecuniaria". Corte IDH. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, párr. 84.

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

en la que se encuentra inserta. Ese quiebre de las relaciones de solidaridad y respeto es parte del daño que debe ser asumido por las reparaciones para alcanzar un estándar de integralidad[235].

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

Una forma de reparación que merece ser destacada en este sentido es la orden que ha dado la Corte a los Estados de entregar los restos mortales en casos de detenidos-desaparecidos, lo que ha sido calificado por la Corte como un acto de justicia y reparación en sí mismo[236].

Otro aspecto que ha considerado la Corte es la necesidad de tomar medidas para que estas reparaciones cumplan efectivamente su objetivo, lo que requiere su pertinencia cultural. En materia de reparaciones con pertinencia cultural, una importante cuestión dice relación con la publicación y difusión de la sentencia[237].

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

> El derecho a conocer la verdad entraña tener un conocimiento pleno y completo de los actos que se produjeron, las personas que participaron en ellos y las circunstancias específicas, en particular de las violaciones perpetradas y su motivación. En los casos de desaparición forzada de personas, el derecho a la verdad tiene también una faceta especial: el conocimiento de la suerte y el paradero de las víctimas. La Corte considera que, aparte de las labores realizadas por diversas entidades para el conocimiento de la suerte y el paradero de las víctimas y el enjuiciamiento de personas responsables, corresponde al Estado, como medida de reparación que busca satisfacer el derecho de la sociedad en su conjunto a conocer la verdad, recurrir a mecanismos idóneos para mantener viva la memoria de las víctimas y dar transparencia a los hechos que violentaron los derechos humanos por medio del establecimiento de espacios de memoria pública, ya sean estos memoriales, monumentos, museos, entre otros.[238]

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

235 P. de Greiff, "Reparations Efforts in International Perspective; What Compensation Contributes to the achievement of Imperfect Justice", en Repairing the Unforgivable: Reparations and Reconstruction in South Africa, Charles Villa-Vicencio and Erik Doxtader, eds., Cape Town, David Phillips, 2004. [en adelante De Greiff, 2004].

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

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

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

culturales y de contexto que buscan lograr que el acto de entrega de los restos mortales sea una medida efectiva de reparación integral.

Garantías de No Repetición. Una de las modalidades de reparación más interesante para el DIDH es la garantía de no repetición. Dicha importancia radica en el efecto preventivo de alcance general de este tipo de medidas[239].

Las garantías de no repetición se encuentran recogidas, con un estatus especial, dentro de las normas codificadas de la responsabilidad internacional del Estado. En efecto, de acuerdo con el artículo 30 de los Principios de Responsabilidad Internacional del Estado, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas: "El Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito está obligado: b) A ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen"[240].

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

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

> Por ello, algunas de las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no sólo restitutivo sino también correctivo hacia cambios estructurales que desarticulen aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación contra la población LGTBI (...) La Corte ordena que el Estado continúe implementando programas y cursos permanentes de educación y capacitación en: i) derechos humanos, orientación sexual y no discriminación; ii) protección de los derechos de la comunidad LGBTI, y iii) discriminación, superación de estereotipos de género en contra de la población LGTBI. Los cursos deben estar dirigidos a funcionarios públicos a nivel regional y nacional, y particularmente a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial.[241]

Esta realidad ha visibilizado la necesidad de disponer medidas que no solo miren a la víctima, sino que también tengan por objetivo transformar las bases estructurales que permiten o facilitan violaciones de derechos humanos. En esto

239 Sobre el rol preventivo de estas medidas se ha pronunciado el Relator de la Comisión de Derecho Internacional encargada del proceso de codificación de los principios del derecho internacional público en materia de Responsabilidad Internacional de los Estados por hechos Ilícitos, profesor James Crawford, quien refiriéndose a esta materia señala: "Estas exigencias no siempre se expresan en función de seguridades y garantías, pero comparten las características de estar orientadas hacia el futuro y obedecer a la preocupación por otras posibles violaciones. Se centran en la prevención más bien que en la reparación ...". J. Crawford. Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad del Estado. Introducción, texto y comentarios, Editorial Dykinson S. L., Madrid, 2004. [en adelante Crawford, 2004], At. 242.

240 ONU-CDI, 2001 (supra 191).

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

vemos una manifestación clara y precisa de la necesidad de que las reparaciones, para tener un carácter integral, deben mirar el entorno mediato significativo para la víctima (la sociedad y su diseño institucional y prácticas relativas a la vigencia de los derechos humanos).

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

> En casos como el presente, las garantías de no repetición adquieren una mayor relevancia a fin de que hechos similares no se vuelvan a repetir y contribuyan a la prevención. En este sentido, la Corte recuerda que el Estado debe prevenir la recurrencia de violaciones a los derechos humanos como las descritas en este caso y, por ello, adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que sean necesarias para hacer efectivo el ejercicio de los derechos humanos, de conformidad con las obligaciones de respeto y garantía dispuestas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención.[242]

Una de las manifestaciones más claras de la extensión de las medidas de reparación que puede ordenar la Corte en el análisis de casos particulares, pero que tienen un impacto general, es el del control de convencionalidad[243]. En estos casos la medida de reparación se funda en la constatación de la Corte de que:

> (...) no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención.[244]

Esta afirmación lleva a la Corte a señalar que los/as jueces/zas y toda autoridad pública, en el ámbito de sus competencias y en el ejercicio de sus funciones,

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

243 Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Cuadernillo Jurisprudencia de la Corte Interamericana No.7, Control de Convencionalidad. San José, Costa Rica. Corte IDH, 2021. [en adelante Corte IDH, 2021, Cuadernillo 7].

244 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.338 (primera parte).

están obligados a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin[245].

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

II.5.3. Violaciones graves y sistemáticas y Reparación Integral

Frente a un cuadro de graves violaciones de derechos humanos es obligación del Estado reparar integralmente a las víctimas de la violencia represiva. La reparación integral implica adoptar un conjunto de medidas coherentes, coordinadas y eficaces a fin de hacerse cargo del daño ocasionado. Estas medidas, conforme a los estándares internacionales en casos de violaciones generalizadas, no pueden ser una cuestión que se aborde individualmente ni con los mecanismos de la normalidad institucional, sino que deben aplicarse a través de una política pública que compromete a todo el aparato estatal en la ejecución de las medidas de reparación[246].

Respecto a estos estándares internacionales de reparación integral es importante recordar que la Corte Interamericana ha establecido como elementos centrales y característicos de la reparación que esta busca restablecer la situación de la víctima al momento anterior al hecho ilícito, borrando o anulando las consecuencias de dicho acto u omisión ilícitos, pero también que busca rehabilitar a las víctimas, corregir aquellos aspectos que permitieron la violación de derechos e incluso, en casos de violaciones estructurales de derechos humanos, las reparaciones deben tener un rol transformador en el ámbito interno[247].

En casos de violaciones graves, masivas y sistemáticas, la Corte Interamericana ha establecido la obligación que tiene el Estado de diseñar un mecanismo que contemple medios legales e institucionales para que las personas puedan reclamar las reparaciones individuales por violaciones de derechos humanos[248].

245 Corte IDH. Caso Almonacid Arellano, párr.125; Caso La Cantuta, párr.173; Caso Boyce, párr.78; Caso Radilla Pacheco, párr.339; Caso Trabajadores Cesados del Congreso, párr.128.

246 ONU, 2005, Resolución 60/147 (supra 112).

247 Correa, 2019 (supra 209).

248 En 2013 la Corte Interamericana le señaló a Chile: "En la medida en que los derechos convencionales implican, frente a su transgresión, el deber estatal de hacer posible la reparación de las violaciones a dichos derechos, será necesaria la existencia de los medios legales e institucionales que permitan a las personas afectadas reclamar la reparación. Esto vincula, en general, el deber de reparar, con la existencia de mecanismos administrativos o judiciales idóneos y, por lo tanto, con el derecho de las víctimas a acceder a la justicia, que tiene asidero convencional en los derechos a las garantías y protección judiciales plasmados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana. En virtud de dichas normas, «los Estados están obligados a suministrar recursos judiciales [...] efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos, que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal». «Dicha efectividad supone que, además de la existencia formal de los recursos, éstos den resultados o respuestas a las violaciones de derechos, lo cual implica que el recurso sea idóneo para combatir la violación, y que sea efectiva su aplicación por la autoridad competente». Ello deberá implicar, según el caso, que los recursos sean aptos para lograr no solo el cese de la violación o su amenaza, sino también la reparación de las consecuencias de la vulneración, incluyendo, de ser posible, la restitución o restablecimiento del derecho. Al respecto, la Corte ha indicado que «la efectividad de los recursos internos debe evaluarse integralmente tomando en cuenta [...] si en el caso particular existieron vías internas que garantizaran un verdadero acceso a la justicia para reclamar la reparación de la violación" (Corte IDH. Caso García Lucero y otras vs. Chile. Excepción preliminar, fondo y reparaciones. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C, No.267, párr. 182).

Asimismo, ha dispuesto que las reparaciones no queden supeditadas a los resultados de las investigaciones penales[249] y además que las reparaciones administrativas no sean un obstáculo para exigir las reparaciones individuales[250].

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

II.5.4. Criterios de legitimidad de las medidas de reparación

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

La naturaleza de las reparaciones es de carácter compensatorio y no punitivo, tal como lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia[251]. Atendida su naturaleza compensatoria, el límite establecido para la reparación es el perjuicio causado por el ilícito cometido, es decir, en la especie se recurre al "principio de la equivalencia de la reparación con el perjuicio"[252]. A juicio de la

249 "El Tribunal ha señalado, en el marco del análisis de casos que involucraban graves violaciones a derechos humanos, que 'el deber de reparar es uno propio del Estado, por lo que si bien las víctimas o sus familiares deben tener amplias oportunidades también en la búsqueda de una justa compensación, este deber no puede descansar exclusivamente en su iniciativa procesal o en la aportación privada de elementos probatorios'. Esto debe ser entendido considerando que en este tipo de casos, la reparación debida involucra el deber del Estado de investigar de oficio las violaciones cometidas. De conformidad con lo anterior, en los casos respectivos, existe un vínculo entre la obligación de investigar, la posibilidad de acceso a una adecuada reparación y los derechos de las víctimas de las violaciones acaecidas a acceder a la justicia. No obstante, también otro tipo de procesos administrativos o judiciales, tales como los disciplinarios, contencioso-administrativos o civiles, pueden ser susceptibles de resultar útiles o eficaces para coadyuvar al establecimiento de la verdad, la determinación de los alcances y dimensiones de la responsabilidad estatal y la reparación de las violaciones acaecidas. En ese sentido, no debe supeditarse la posibilidad de obtener medidas de reparación al inicio, prosecución o resultado de procesos penales, pues ello puede limitar o condicionar de forma excesiva dicha posibilidad y, por lo tanto, resultar en una privación del derecho de las víctimas a acceder a la justicia" (Corte IDH. Caso García Lucero y otras vs. Chile. Excepción preliminar, fondo y reparaciones. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C, No.267, párr. 183).

250 "La Corte no puede analizar si las reparaciones referidas son 'suficientes, efectivas y completas', dado que tal examen debería partir de analizar los daños generados por los actos cuya ejecución comenzó a partir de la detención del señor García Lucero el 16 de septiembre de 1973 y, en todo caso, antes del 11 de marzo de 1990 [...]. Sin perjuicio de ello, debe advertirse que la existencia de programas administrativos de reparación debe ser compatible con las obligaciones estatales bajo la Convención Americana y otras normas internacionales y, por ello, no puede derivar en un menoscabo al deber estatal de garantizar el 'libre y pleno ejercicio' de los derechos a las garantías y protección judiciales, en los términos de los artículos 1.1, 25.1 y 8.1 de la Convención, respectivamente. En otros términos, los programas administrativos de reparación u otras medidas o acciones normativas o de otro carácter que coexistan con los mismos, no pueden generar una obstrucción a la posibilidad de que las víctimas, de conformidad a los derechos a las garantías y protección judiciales, interpongan acciones en reclamo de reparaciones. Dada esta relación entre programas administrativos de reparación y la posibilidad de interponer acciones en reclamo de reparaciones, es pertinente que la Corte examine los argumentos de las representantes al respecto, así como los del Estado" (Corte IDH. Caso García Lucero y otras vs. Chile. Excepción preliminar, fondo y reparaciones. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C, No.267, párr. 190).

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

252 M. Monroy. Derecho Internacional Público 2a. Edición, Temis, Colombia, 1986. [en adelante Monroy, 1986].

Corte, la responsabilidad no puede extenderse a elementos ajenos de aquellos efectos inmediatos del acto. Además, dichos efectos inmediatos deben estar jurídicamente tutelados, lo cual nos lleva a la idea que el efecto dice relación con el bien jurídico protegido a partir del derecho o libertad consagrado en la Convención[253].

En segundo lugar, para que sea legítima en relación con el Estado la medida de reparación que dispongan los organismos de derechos humanos sean estos nacionales o internacionales, es necesario que se pueda establecer un nexo causal entre la violación sufrida por la víctima y la medida de reparación. De ahí que, en casos complejos, por ejemplo casos estructurales o de violaciones graves y masivas, es fundamental acreditar el contexto en el que se produjo la violación y cómo dicho contexto es determinante para la configuración del ilícito; solo si se logra establecer dicha relación entre el contexto y la violación, los órganos de derechos humanos podrán disponer medidas de corrección e incluso de transformaciones institucionales y/o culturales[254].

253 Es interesante tener en consideración que la Corte Permanente de Justicia Internacional se ha pronunciado en el mismo sentido: "El principio general que está implícito en el concepto de acto ilícito (...) es que en la medida de lo posible, la reparación debe anular todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que probablemente hubiera existido de no haberse cometido dicho acto. Restitución en especie o, si ello no es posible, pago de una suma equivalente al valor que tendría la restitución en especie, otorgamiento de ser necesario, de una indemnización por los daños sufridos que no hayan sido reparados por la restitución en especie o por el pago en efectivo: tales son los principios que deben servir para determinar el monto de una indemnización por un acto contrario al derecho internacional". CPJI, Caso Factory al Chorzow, (1928), párr. 47.

254 Un completo estudio sobre el rol de los contextos en materia de violaciones de derechos humanos es el de J.P. Hinestrosa y S. Serrano. Violaciones, derechos humanos y contexto: herramientas propuestas para documentar e investigar. Manual de Análisis de Contexto para Casos de Violaciones a los Derechos Humanos. México, Flacso, 2017. [en adelante Hinestrosa & Serrano, 2017].

DOCUMENTOS - NORMATIVA
NORMAS RELEVANTES

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

Artículo 30: Cesación y no repetición

El estado responsable del hecho internacionalmente ilícito está obligado:

A) a ponerle fin, si ese hecho continúa;

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

Artículo 31: Reparación

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

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

Artículo 34: Formas de reparación

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

Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. 60/147 Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005

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

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

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

a) Acceso igual y efectivo a la justicia;

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

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

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

Caso Loayza Tamayo vs. Perú

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

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

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

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

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

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

En la jurisdicción ordinaria se procesó a la señora María Elena Loayza Tamayo por el delito de terrorismo en varias instancias: el 43º Juzgado Penal de Lima dictó auto de instrucción el 8 de octubre de 1993. Dicha señora dedujo la excepción de cosa juzgada de acuerdo con el principio non bis in idem. El 10 de octubre de 1994 el "Tribunal Especial sin rostro del Fuero Común" desestimó la excepción interpuesta y, con fundamento en los mismos hechos y cargos, la condenó a 20 años de pena privativa de la libertad.

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

Preguntas

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

III

MECANISMOS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE DD.HH.

La sola consagración de los derechos humanos en instrumentos internacionales no garantiza su real y efectiva vigencia. Para ello ha sido necesario desarrollar mecanismos de control y protección internacional.

Una cuestión que debemos recordar al analizar los mecanismos internacionales de los derechos humanos es que estos se han estructurado en la práctica. Por ello, muchas veces muestran ciertas contradicciones o lagunas que obedecen precisamente a un sistema que no ha evolucionado coherentemente, sino siempre motivado por urgencias humanitarias y la necesidad de idear formas eficaces de hacerles frente[255].

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

255 Ver: Nowak, 2009 (supra 91), At. 34-51.

III.1. Aspectos generales

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

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

- Violaciones graves y sistemáticas.
- Violaciones individuales.

Actualmente, es posible distinguir aquellos mecanismos establecidos para hacer frente a las ***violaciones masivas y sistemáticas*** de derechos humanos y aquellos establecidos para los casos de violaciones individuales. También podríamos señalar la existencia de una tercera tipología, cual es la de las violaciones estructurales de derechos.

Por una parte, las violaciones de derechos humanos pueden estar determinadas por la gravedad de la forma en que estas se generan. Así, en el DIDH se han usado como sinónimos expresiones como «violaciones graves» y «violaciones masivas y sistemáticas», y en inglés se habla de «*gross violations*» o «***serious violations***»[256]. Esta categoría está circunscrita a una forma particular de violación de derechos humanos en la que concurren los siguientes elementos:

> i) cantidad o magnitud, referida a la masividad o generalidad en la perpetración de la violación; ii) periodicidad, tomando como referencia la ocurrencia de los hechos dentro de un determinado periodo de tiempo; iii) planeación en la perpetración, haciendo hincapié en la sistematicidad o grado de organización de los perpetradores de la violación; iv) la naturaleza del derecho o los derechos conculcados; v) el nivel de vulnerabilidad de la(s) víctima(s) y vi) el impacto de la violación en las víctimas.[257]

De esta forma, esta categoría está definida por un actuar del Estado a través de un patrón de conductas ilícitas que generalmente afectan a un gran número de personas o a un sector de la población civil. En este caso, lo que las caracteriza es que existe una decisión política que se expresa a través de un patrón de conducta, esto es, hay disposición de medios para llevarlas a cabo y coordinación

256 Geneve Academy. What amounts to «a serious violation of international human rights law»? An analysis of practice and expert opinion for the purpose of the 2013 Arms Trade Treaty. Academy Briefing No.6, 2014. [en adelante Geneve Academy, 2014].

257 Ver: DeJusticia. Estudio de los estándares internacionales sobre la definición de graves violaciones a los derechos humanos aplicable en los Estados Unidos Mexicanos, 2015. [en adelante DeJusticia, 2015], At. 18. Disponible en https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/02/fi_name_recurso_706.pdf

y estructura de mando y capacidad de implementación de estas políticas. Los derechos afectados en este tipo de violaciones son múltiples, pero cobra especial relevancia la violación del derecho a la vida (ejecuciones extrajudiciales), integridad física (tortura sistemática y/o masiva) o libertad de conciencia (prisioneros de conciencia). Un clásico ejemplo de estas violaciones es el de aquellas ocurridas en las dictaduras militares del Cono Sur y que consistieron, entre otras, en desapariciones forzadas y torturas.

Frente a este tipo de violaciones de derechos humanos, el centro de la acción internacional está en determinar la veracidad de los hechos denunciados y, por ello, la intervención de órganos del sistema internacional es vital para lograr que este tipo de situaciones no se repita y se modifiquen las conductas violatorias de derechos humanos. En consecuencia, en este tipo de violaciones es fundamental la intervención de los mecanismos políticos y cuasi judiciales del sistema internacional[258]. Esta es una categoría general relativa a los actos del Estado y no debe confundirse con la responsabilidad penal por crímenes de lesa humanidad[259].

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

También pueden existir *violaciones individuales o aisladas* de derechos humanos. En este tipo de violaciones hay infracción a las obligaciones consagradas en tratados internacionales o a la Constitución en materia de derechos humanos,

258 Para una completa aproximación a la protección internacional en este tipo de violación de derechos humanos ver: T. van Boven, "Mechanisms: Their Competition and Coexistence" (1992)", en Human Rights from exclusion to inclusion; principles and practice. An anthology from the Work of Theo van Boven, F. Coomans, et. al. (eds.), Kluwer Law Internacional, 2000. [en adelante van Boven, 2000]; K. Sikkink. The Justice Cascade: How Human Rights Prosecutions are Changing World Politics, Nueva York, W.W. Norton y Co., 2011. [en adelante Sikkink, 2011].

259 Las violaciones «graves» de derechos humanos pueden ser consideradas una categoría amplia que abarca distintas formas en las que el Estado puede comprometer su responsabilidad. Los crímenes de lesa humanidad son un tipo particular de conducta personal (no estatal) en la que pueden incurrir agentes públicos o privados cuando concurren los elementos del tipo penal (establecido nacional o internacionalmente). Es claro que cuando se producen hechos que pueden ser calificados como crímenes de lesa humanidad la responsabilidad del Estado por violaciones graves es evidente y se ve agravada por las consecuencias que trae aparejada: «[...] La particular y determinante intensidad e importancia de esa obligación en casos de crímenes de lesa humanidad, significa que los Estados no pueden invocar: i) prescripción; ii) el principio ne bis in ídem; iii) leyes de amnistía; así como iv) cualquier disposición análoga o excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables. Además, como parte de las obligaciones de prevenir y sancionar delitos de derecho internacional, la Corte considera que los Estados tienen la obligación de cooperar y pueden v) aplicar el principio de jurisdicción universal respecto a esas conductas» (Corte IDH. Caso Herzog y otros vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de marzo de 2018. Serie C, No.353, párr. 232).

pero no hay una decisión política estatal comprometida con dichas violaciones y, por ello, se espera que la primera respuesta provenga del propio aparato estatal para su cese y reparación. Dichas violaciones pueden provenir de fallas legales, problemas interpretativos o de prácticas funcionarias o infracciones aisladas de agentes públicos. En este tipo de casos, generalmente el Estado por sí mismo puede poner fin a las violaciones y si no lo hace es posible recurrir a los mecanismos internacionales de denuncias individuales establecidos en el sistema internacional destinados a la reparación de las víctimas[260]. Así, sólo en el evento que la violación no sea resuelta de forma satisfactoria internamente, opera el sistema internacional, ya sea a través de los mecanismos judiciales o cuasi judiciales. Ambos mecanismos operan sobre la base de la buena fe del Estado, que buscará solucionarlas en el ámbito interno o en el campo internacional (mediante soluciones amistosas), o bien, acogiendo la solución que establezca la instancia internacional. El objetivo de la intervención de estos organismos es disponer de medidas de reparación y de no repetición. Debemos tener en consideración que todo el sistema de casos individuales ante los organismos internacionales se construye sobre esta idea de protección ante casos individuales o aislados como subsidiario del sistema nacional[261].

Finalmente, hay otra categoría de violaciones de derechos humanos, las *violaciones estructurales*. En este caso es la organización del Estado, la institucionalidad, la que permite o facilita las violaciones de los derechos y libertades fundamentales de ciertos grupos de la población. Además, estas estructuras jurídicas y políticas funcionan sobre la base de ciertos estándares culturales que hacen posible mantener vigentes dichas prácticas violatorias, en particular la invisibilización de los derechos de los grupos desprotegidos, es decir, existe un elemento adicional: en estos casos la sociedad invisibiliza o justifica la violación[262]. Por ejemplo, si estamos frente a un Estado que no adopta medidas para evitar el asesinato de mujeres cometidos por sus parejas estamos frente a violaciones estructurales de los derechos humanos de las mujeres; en este caso, la inacción

260 "De lo anterior se desprende que, en el sistema interamericano, existe un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión, y los mecanismos de protección, tanto los nacionales como los internacionales, puedan ser conformados y adecuados entre sí [...]" (Corte IDH. Caso Colindres Schonenberg vs. El Salvador. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de febrero de 2019. Serie C, No.373, párr. 75).

261 Sobre la protección internacional en casos individuales ver Nowak, 2009 (supra 91); S. Joseph, y J. Kyriakakis. The United Nations and Human Rights. En Joseph, S. y McBeth, A. (Eds), Research Handbook on International Human Rights Law, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2010. [en adelante Joseph & Kyriakakis, 2010]; P. Alston & R. Goodman. International Human Rights, Oxford, Oxford University Press, 2013. [en adelante Alston & Goodman, 2013].

262 La Comisión Interamericana ha señalado al respecto: «conjunto de normas, reglas, rutinas, patrones, actitudes y pautas de comportamiento, tanto de jure como de facto, que dan paso a una situación de inferioridad y exclusión contra un grupo de personas de forma generalizada, las cuales son perpetuadas a lo largo del tiempo e incluso por generaciones, es decir, no se trata de casos aislados, esporádicos o episódicos, sino que es una discriminación que surge como consecuencia de un contexto histórico, socioeconómico y cultural» (Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas. OEA/Ser.L/V/II.164 Doc. 147. 7 septiembre 2017, [en adelante CIDH, 2017, Informe], párr. 393).

del Estado está acompañada de un sistema cultural que invisibiliza o justifica esas violaciones de derechos humanos. Hacer frente a este tipo de violaciones es complejo, porque además de medidas jurídicas deben adoptarse también medidas para erradicar los patrones socioculturales que favorecen este tipo de violaciones. En estos casos la respuesta del Estado debe ser a través de un conjunto de medidas coordinadas, coherentes, integrales y eficaces para poder erradicar los fundamentos de estas violaciones estructurales[263].

Para hacer frente a las dos categorías tradicionales de violaciones de derechos humanos, se han estructurado ciertos ÓRGANOS de control internacional. Podemos distinguir básicamente tres: políticos, cuasi judiciales y judiciales[264]. En el caso de las violaciones estructurales, se han utilizado estos mismos mecanismos, con los problemas que es posible imaginar del uso de procedimientos diseñados para un tipo diferente de violación.

- Los *políticos* son aquellos que se han utilizado para casos de violaciones masivas y sistemáticas. Estos órganos se caracterizan por estar integrados por los Estados, esto es, estamos ante un "control entre pares" y esto marca su fortaleza, pero también los riesgos (politización de la supervisión internacional). Son producto de resoluciones dictadas por los órganos políticos, compuestos por miembros representantes de los gobiernos (Consejo Económico y Social, la ex-Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, actual Consejo de Derechos Humanos). Se dictan medidas de tipo político, en base a un diálogo con el gobierno; lo que pretenden es cambiar ciertas prácticas gubernamentales.
- Los *cuasi judiciales* se caracterizan por emitir recomendaciones u opiniones a los Estados, ya sea en conocimiento de casos individuales, informes de la situación de derechos humanos en los Estados miembros, y comentarios generales sobre el cumplimiento de las obligaciones convencionales. La integración de estos órganos es de expertos independientes, que son nombrados por los Estados, pero actúan con independencia de estos. En esta clasificación podemos ubicar la labor que desarrollan el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Africana de Derechos Humanos, entre otros.
- Los *judiciales* son aquellos en los cuales la protección se desarrolla a través de órganos, establecidos en los tratados de derechos humanos, que cuentan con facultades jurisdiccionales, esto es, con la competencia para resolver conflictos de relevancia jurídica con fuerza obligatoria. La integración de estos órganos es de expertos independientes, que son nombrados por los Estados, pero actúan con independencia de estos. Estos órganos, a nivel internacional, son

263 Sobre las violaciones estructurales y su impacto en la protección de derechos humanos ver: C. Nash & C. Núñez. La dimensión estructural de la garantía jurisdiccional de los derechos humanos, Editorial Tirant lo Blanch, México D.F., 2020. [en adelante Nash & Núñez, 2020].

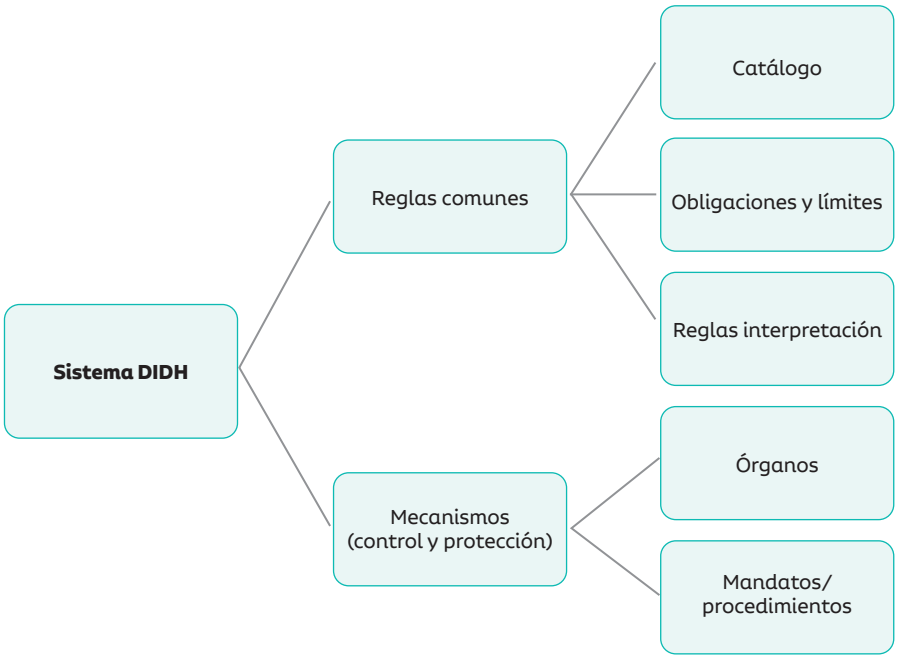
264 Ver: van Boven, 2000 (supra 258).

tres: la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Interamericana y la Corte Africana de Derechos Humanos.

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

En primer lugar, para que podamos hablar de un sistema de derechos humanos deben concurrir dos elementos: a) Normas Comunes que configuran el código de conducta de los Estados (catálogo de derechos, obligaciones generales, límites legítimos, interpretación, entre otras); b) Mecanismos de protección y control, que consideran los órganos y los procedimientos/mandatos asociados. El esquema de la figura 10 nos servirá para analizar los sistemas de Naciones Unidas y el Sistema Interamericano.

Figura 10. Elementos que concurren en un Sistema de Derechos Humanos



Fuente: Elaboración propia.

Caso Haití (1995)

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

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

Preguntas

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

Caso Bulacio

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

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

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

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

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

Preguntas

1. *¿Ante qué tipo de violación nos encontramos?*
2. *¿Cuál sería la respuesta del Estado ante una violación individual?*
3. *¿Cuándo entraría a operar la protección internacional ante este tipo de violaciones?*
4. *¿Cuál es el objetivo de la protección internacional en estos casos?*

Caso Hacienda Verde Brasil

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

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

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

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

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

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

Cuando llegaron a la Hacienda, los trabajadores se percataron de que lo ofrecido no era cierto, además les obligaron a entregar sus cédulas de trabajo (CTPS) y a firmar documentos en blanco, práctica conocida en virtud de anteriores inspecciones. En la Hacienda dormían

en ranchos sin electricidad, camas ni armarios. El techo era de lona, lo que generaba la entrada de agua. En los ranchos dormían decenas de trabajadores, en hamacas o redes. El sanitario y la ducha se encontraban en muy mal estado, afuera del rancho entre la vegetación, y no contaba con paredes ni techo. Además, producto de la suciedad de los baños, algunos preferían hacer sus necesidades corporales en la vegetación y bañarse en una quebrada, o no bañarse. La alimentación era insuficiente, repetitiva, de mala calidad y descontada de sus salarios. La rutina diaria de trabajo era de 12 horas o más, con un descanso de media hora para almorzar y solamente un día libre a la semana. En virtud de esas condiciones, los trabajadores se enfermaban con regularidad; sin embargo, no se les daba atención médica. Además, para recibir el salario debían cumplir con una meta de producción, la cual era difícil de alcanzar, por lo que algunos no recibían pago por sus servicios. Las labores las realizaban bajo órdenes, amenazas y vigilancia armada. Lo anterior les generaba deseo de huir; sin embargo, la vigilancia, la carencia de salario, la ubicación aislada de la hacienda y su alrededor con la presencia de animales salvajes, lo impedía.

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

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

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

Preguntas

1. *¿Ante qué tipo de violación nos encontramos?*
2. *¿Cuál sería la respuesta del Estado ante una violación individual?*
3. *¿Cuándo entraría a operar la protección internacional ante este tipo de violaciones?*
4. *¿Cuál es el objetivo de la protección internacional en estos casos?*

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

III.2. El sistema de Naciones Unidas (ONU)

Naciones Unidas tiene un sistema dual para la protección de derechos humanos. Por una parte, es un sistema que se basa en la Carta de la Organización a la que queda sometido todo Estado por el solo hecho de firmar el tratado multilateral; por otra es un sistema de tratados específicamente dirigido a la protección de derechos humanos que cada Estado asume libremente[265].

III.2.1. Sistema basado en la Carta de la ONU

En la Carta de la ONU se consagra el marco general sobre el cual se desarrolló el sistema de Naciones Unidas relativo a los Derechos Humanos[266]. Aparte del preámbulo, que recoge las aspiraciones generales tenidas a la vista al momento de suscribir dicho tratado, los artículos relevantes en materia de derechos humanos son:

> Artículo 1.3: Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión;
>
> Artículo 55 (obligaciones de los Estados): Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá:
>
> a) niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social;
>
> b) la solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos; y la cooperación internacional en el orden cultural y educativa; y,
>
> c) el respecto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.
>
> Artículo 56 (obligaciones de los Estados): Todos los miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 55.[267]

---

265 Sobre el sistema de Naciones Unidas en materia de derechos humanos se puede consultar: C. Villán Durán, Curso de Derecho internacional de los derechos humanos, editorial Trotta, Madrid, 2002. [en adelante Villán, 2002]; Joseph & Kyriakakis, 2010 (supra 261); S. Wheatley. The Idea of International Human Rights Law, Oxford, Oxford University Press, 2019. [en adelante Wheatley, 2019], At. 65-127.

266 Ver: Villán, 2002 (supra 265).

267 Carta Naciones Unidas, 1945 (supra 13).

En todo caso, la Carta no define qué se entiende por derechos humanos. Una primera aproximación al tema fue la idea de redactar un instrumento vinculante en materia de derechos humanos, esto es un tratado internacional. Mas los esfuerzos de las organizaciones no gubernamentales fueron insuficientes para persuadir a los Estados a que adoptaran un tratado de derechos humanos jurídicamente vinculante[268]. Sólo hubo consenso para adoptar una Declaración Universal de los Derechos Humanos como un "ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse"[269]. Debieron pasar varios años para lograr la adopción de tres tratados generales: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, su Protocolo Facultativo y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; pasaron otros diez años para que ellos entraran en vigor[270].

En materia de *normas comunes* nos encontramos ante una estructura dual: por una parte, un subsistema basado en la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos; y, por otro, un subsistema basado en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966 y otros tratados específicos en materia de derechos humanos, constituyendo éstos un segundo sistema en el que podemos destacar los siguientes: Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (1948); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas Formas de Discriminación Racial (1969); Convención internacional para la supresión y el castigo del Apartheid (1973); Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979); Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas y Degradantes (1984); Convención sobre los Derechos del Niño (1989); Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990); Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (2006); Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006).

En cuanto a los *órganos* vinculados con derechos humanos, el sistema de Naciones Unidas tiene una estructura dual. Por una parte, el sistema basado en la carta de organización y por otro, el sistema basado en las convenciones específicas sobre la materia. En el sistema de Naciones Unidas los órganos centrales de la organización

---

268 Ver: Glendon, 2011 (supra 8).

269 Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, [en adelante ONU, 1948, Declaración Universal], preámbulo. Es interesante el proceso que ha tenido la Declaración Universal que fue evolucionando de un instrumento claramente no vinculante a un instrumento internacional de carácter obligatorio. Este proceso muestra claramente la progresividad de la protección de los derechos humanos. Así, hoy la Declaración Universal es considerada la mejor expresión de un consenso superpuesto en materia de derechos humanos (Donelly, 2003, supra 25) y se considera costumbre internacional y un instrumento parte de la Carta de la ONU, en tanto especifica los derechos asociados a la Carta y que sirve de base para la supervisión internacional (C. Nash. "La Declaración Universal de Derechos Humanos como parte del proceso de construcción de un consenso superpuesto a nivel internacional", en José Luis Caballero Ochoa, coord., La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Reflexiones en torno a su 60 aniversario, México, Porrúa, pp. 3-21, 2009. [en adelante Nash, 2009]).

270 Los dos Pactos y el Protocolo fueron adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP o Pacto, supra 35) y su Protocolo entraron en vigencia el 23 de marzo de 1976; el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC, supra 36), el 3 de enero de 1976.

tienen vinculación con materias de derechos humanos (Asamblea General, Consejo de Seguridad, Consejo Económico y Social —ECOSOC— Secretaría Ejecutiva) y, además, se han diseñado estructuras especialmente dedicadas al tema[271]. El rol de estos órganos frente a situaciones de violación de derechos humanos es solucionar dichas violaciones y cooperar con las obligaciones de los Estados.

Dentro de estos órganos especiales destaca la Comisión de Derechos Humanos, creada en 1946, que dependía del ECOSOC y que formulaba propuestas, recomendaciones y emitía informes. Su labor la podríamos caracterizar como eminentemente de tipo legislativo. Sus miembros eran representantes de los Estados y, por tanto, era un órgano eminentemente político o de "control entre pares". Frente a las críticas que recibió su funcionamiento, entre las que se incluía la su politización extrema y su falta de legitimidad, y además con el fin de resaltar la relevancia del tema de los derechos humanos en el sistema de Naciones Unidas, el 05 de marzo de 2006 fue creado el Consejo de Derechos Humanos, que reemplazó a la Comisión; si bien mantuvo el carácter de órgano político, su jerarquía cambió y pasó ser un órgano subsidiario de la Asamblea General. El Consejo tiene como funciones principales: enfrentar situaciones de violaciones de los humanos, incluidas violaciones graves y sistemáticas, prevenir las violaciones de los derechos humanos y responder a situaciones de emergencia en materia de derechos humanos[272].

Al momento de su creación el Consejo de Derechos Humanos heredó los procedimientos desarrollados por la Comisión, desarrollando en su primer año de funcionamiento los principales aspectos relativos a los procedimientos que utilizará para cumplir con sus funciones[273].

- Por una parte, destaca un nuevo procedimiento de control, dirigido a todos los Estados: el Examen Periódico Universal[274]. A este procedimiento se someten todos los Estados parte de las Naciones Unidas y busca ser un medio de control de la actividad de los Estados miembros de la Organización, evitando, por tanto, las acusaciones de selectividad que tanto daño hicieron a la antigua Comisión. El control se realiza sobre la base de la Carta de la ONU, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los instrumentos de derechos de que el Estado sea parte, así como de los instrumentos de Derecho Internacional Humanitario que lo vinculen. Esto es interesante, ya que amplía la base normativa de control no solo a los tratados específicos de derechos humanos, sino que también a la normativa humanitaria, lo que abre las puertas a una mayor convergencia entre estos sistemas normativos.

271 Buergenthal et al., 1998 (supra 11), At. 93-108.
272 Sobre el Consejo, sus funciones, atribuciones y actividades, se puede revisar el siguiente enlace: https://www.ohchr.org/es/hrbodies/hrc/home
273 Consejo de Derechos Humanos: Construcción Institucional (Resolución que fija los procedimientos del Consejo), 18 de junio 2007. Un resumen disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/HRC_booklet_Sp.pdf
274 Sobre el examen periódico universal se puede consultar el siguiente enlace: https://www.ohchr.org/es/hr-bodies/upr/upr-main

- Por otra parte, nos encontramos con un "nuevo procedimiento"[275], llamado Procedimiento de Quejas[276]. Hasta ahora en Naciones Unidas destacaban, en primer lugar, aquellos procedimientos de tipo político, dentro de los cuales podemos señalar las Resoluciones 1235 y 1503 del Consejo Económico y Social[277]. El proceso para llegar a estos mecanismos es interesante porque demuestra la progresividad del sistema de control internacional. En el año 1947 la Comisión de Derechos Humanos dictó una resolución señalando que no podía seguir casos individuales —decisión ratificada por el ECOSOC—. En el año 1967, el ECOSOC, a través de la Resolución 1235 y luego, en el año 1970, por medio de la Resolución 1503, diseñó dos procedimientos para el conocimiento de casos o situaciones de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos (por ejemplo, desapariciones forzadas y ejecuciones sumarias). El Procedimiento de Quejas adoptado por el Consejo reemplaza al procedimiento 1503 y procedimiento 1235, prevé una mayor participación de las víctimas —aún insuficiente— y permite que el Consejo adopte medidas al finalizar su tramitación.
- Otro procedimiento relevante en el sistema de Naciones Unidas es el de procedimientos especiales. El trabajo de los Relatores y Grupos de Trabajo están destinados al estudio de una situación especial (países o temas) en que se vean afectados los derechos humanos. La posibilidad de un control internacional a través de Relatores ha cobrado especial importancia en las últimas décadas, ya que es visto como un sistema útil para poder conocer en detalle una situación de violaciones de derechos humanos y buscar soluciones directamente con los gobiernos involucrados[278].
- Finalmente, dentro del sistema basado en la Carta, no puede dejar de mencionarse a la *Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos*[279], creada por la Asamblea General mediante la Resolución 48/141, del 20 de diciembre de 1993. Sus funciones son: promover y proteger el disfrute de todos los derechos humanos; formular recomendaciones a los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas para mejorar la promoción y protección de todos los derechos humanos; promover y proteger el derecho al desarrollo; proporcionar asistencia técnica en la esfera de los derechos humanos; coordinar los programas de educación e información pública de las Naciones Unidas en la esfera de los derechos humanos.

---

275 Este es un aspecto muy débil de la nueva estructura. El procedimiento de quejas se ha formulado sobre la base de uno de los procedimientos más criticados de la antigua Comisión, la Resolución 1503 que establecía un procedimiento de carácter confidencial.

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

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

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

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

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

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

En cuanto al sistema de tratados podemos señalar que los Estados han suscrito una serie de instrumentos específicos en materia de derechos humanos, los que constituyen un subsistema dentro de la ONU. Estos instrumentos contemplan órganos encargados de la supervisión del cumplimiento de las obligaciones de los Estados asumidas bajo cada tratado en particular. Estos órganos cuasi judiciales se denominan comités y su trabajo se vincula directamente con cada uno de los instrumentos a los cuales están adscritos[280]. Los comités están compuestos por expertos independientes y por lo tanto no representan a los Estados. Estos órganos están consagrados en los tratados específicos y contemplan procedimientos de protección de los derechos consagrados y de control de las obligaciones de los Estados.

En los sistemas de control y protección de derechos humanos contemplados en los tratados específicos se contemplan procedimientos de protección de los derechos consagrados y de control de las obligaciones de los Estados. En el trabajo de los comités destacan cuatro procedimientos: a) observaciones a los informes de los Estados parte, b) observaciones generales, c) mecanismos de investigación y d) casos individuales[281].

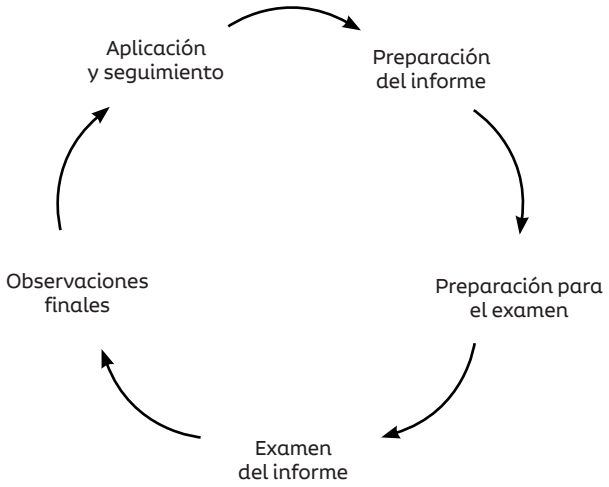
Observaciones a los informes de los Estados parte. Para el control de las obligaciones se contempla un sistema de "*examen de los informes de los Estados*", que funciona sobre la base de informes periódicos que los Estados deben presentar a los comités a objeto de exponer las medidas adoptadas para hacer efectivos los derechos contenidos en cada una de las convenciones, los progresos realizados en el orden interno en la garantía y disfrute de tales derechos y los factores que impiden o dificultan el cumplimiento del tratado, es decir, su objetivo es controlar los avances y los problemas que se presentan en cada signatario de los tratados de derechos humanos en la implementación de estas normativas en el ámbito interno. Este procedimiento (figura 11) está basado en el intercambio de información entre el Estado, las ONGs que operan en cada Estado y a nivel internacional —informes sombra— y el propio Comité que formula las observaciones que estime pertinentes luego de recibir la información y discutirla con el Estado a través de una audiencia

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

281 Organización de las Naciones Unidas (ONU). El sistema de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas. Folleto informativo No.30/Rev.1. Nueva York y Ginebra, 2012. [en adelante ONU, 2012]. Disponible en https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet30Rev1_sp.pdf

pública destinada al efecto. Si bien la resolución que emite el Comité no es vinculante (es un procedimiento de control, no de protección de derechos), sí es un insumo relevante para el cumplimiento de buena fe por parte del Estado[282].

Figura 11. Sistema de "examen de los informes de los Estados".



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

Observaciones Generales. Con el fin de ayudar a los Estados a elaborar informes, el comité elabora *Observaciones Generales* como guía para su preparación, las que precisan el contenido y alcance de los derechos humanos consagrados en el respectivo instrumento. Las observaciones constituyen de algún modo jurisprudencia del comité respectivo[283]. Hay algunas Observaciones Generales muy importantes, ya que han marcado el debate sobre derechos humanos a nivel mundial, por ejemplo, del Comité de Derechos Humanos sobre Igualdad entre hombres y mujeres y el reciente sobre Derecho de Reunión (protesta social); el Comité de la CEDAW emitió una observación general relevante sobre Violencia contra las Mujeres, entre otros. Estas observaciones, si bien no son instrumentos vinculantes, sí constituyen un antecedente fundamental para que los Estados adecúen sus actuaciones a la interpretación que realizan los órganos creados por los mismos Estados para interpretar los tratados de derechos humanos.

Mecanismos de investigación. Este mecanismo de control, que sólo se contempla en algunos tratados (ver tabla 7 y figura 12), es el *control internacional*

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

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

frente a violaciones sistemáticas o situaciones críticas mediante investigaciones. Así, por ejemplo, el Comité contra la tortura (artículo 20 del tratado contra la Tortura) y el Comité del CEDAW (artículos 8 y 9 del Protocolo del tratado sobre discriminación contra las mujeres) contempla un procedimiento especial para hacer frente a "situaciones" (práctica sistemática de tortura o violaciones graves o sistemáticas contra la mujer, respectivamente), que permite un activo rol del órgano de control (contempla la posibilidad de visitas *in loco* y disponer medidas específicas)[284].

Tabla 7. Control internacional en algunos tratados mediante investigaciones.

INVESTIGACIONES	
Tratado internacional	Norma de procedimiento
CAT (Declaración art. 28)	Artículo 20
NNA (Protocolo)	Artículo 13 Protocolo
Desaparición Forzada (automático)	Artículo 33 Investigaciones situación
	Artículo 30 Acciones urgentes caso
	Artículo 34 Acción ante Asamblea General (generalizado o sistemático)
DESC (Protocolo)	Artículos 11 y 12 Protocolo
CEDAW (Declaración artículo 10 Protocolo)	Artículos 8 y 9 Protocolo
PsD (Declaración artículo 8 Protocolo)	Artículos 6 y 7 Protocolo
Discriminación racial (Comité, no tratado)	Procedimiento Alerta Temprana
	Expresar preocupación a Estados y órganos ONU

CAT: Convención contra la tortura

NNA: Niños, niñas y adolescentes

DESC:Derechos económicos, sociales y culturales

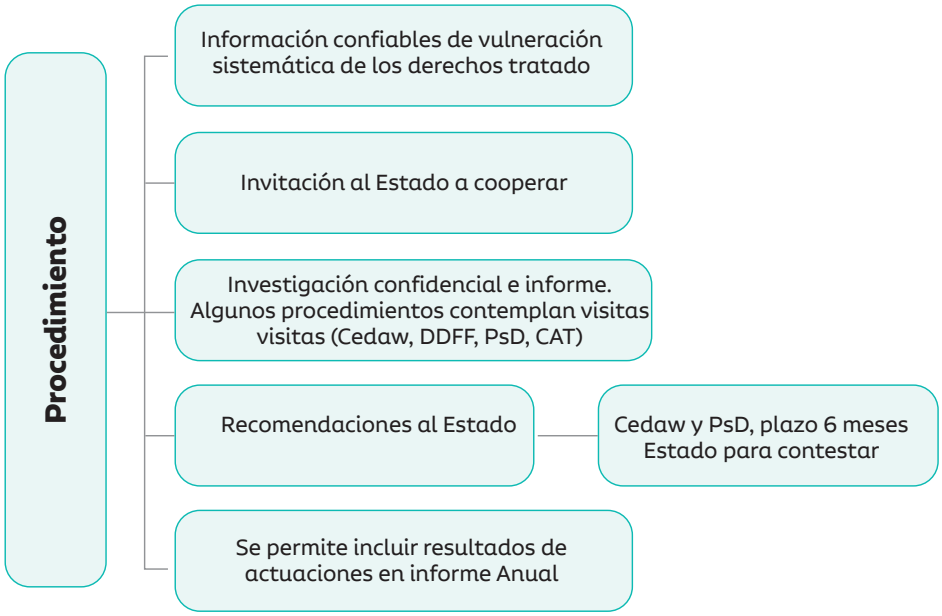
CEDAW: Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer

PsD: Personas con Discapacidad

Fuente: Elaboración propia

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

Figura 12. Esquema de procedimiento para investigaciones de violaciones sistemáticas o situaciones críticas.



Fuente: Elaboración propia

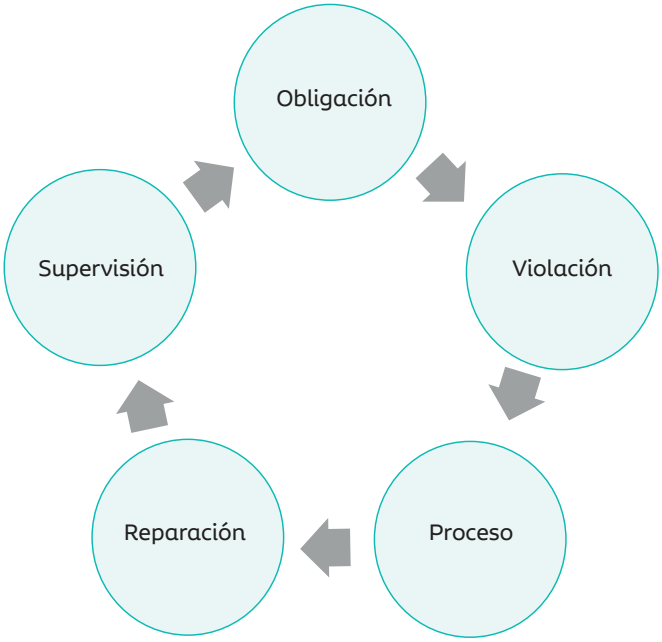
Casos individuales. Como un mecanismo de protección de los derechos, algunos comités contemplan el *examen de comunicaciones individuales*[285]. Estos procedimientos tienen por objeto determinar si en el caso concreto se ha producido una violación de un derecho o libertad convencional respecto de una víctima concreta. Se establecen al efecto procedimientos cuasi jurisdiccionales donde las víctimas de violaciones de derechos consagrados en los convenios pueden recurrir, rendir pruebas (escritas) y el Estado tiene la posibilidad de plantear sus defensas. Todo ello termina con una resolución del comité donde se determina si ha habido o no violación de la obligación del Estado. Este es el procedimiento más discutido por los Estados, ya que implica la posibilidad de que los individuos lleven a un Estado ante una instancia internacional a fin de establecer su responsabilidad internacional. No todos los tratados de derechos humanos en Naciones Unidas contemplan esta posibilidad y en algunos de ellos se ha requerido de protocolos adicionales que permitan que los comités conozcan de casos individuales[286].

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

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

En la figura 13 podemos apreciar un esquema del ciclo de la protección internacional respecto de las obligaciones de los Estados parte frente a los tratados internacionales de derechos humanos.

Figura 13. Ciclo de la protección internacional.

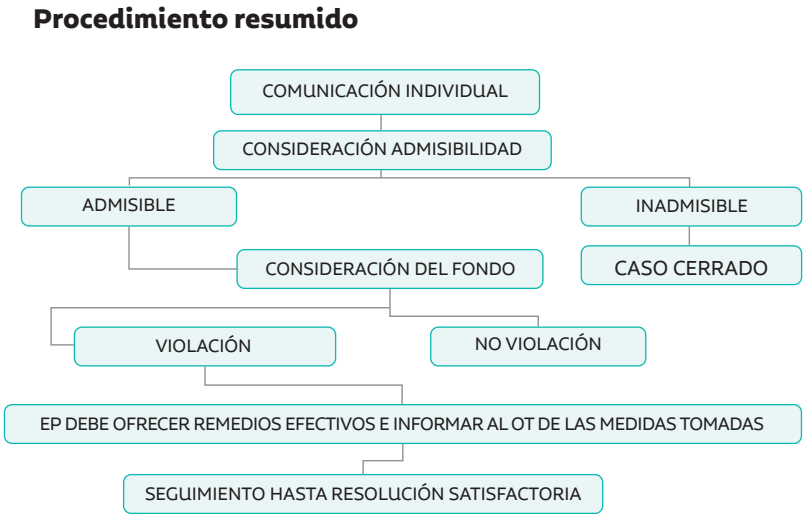


Fuente: Elaboración propia

III.2.3. Procedimiento de casos individuales del Comité de Derechos Humanos

El esquema de la figura 14 resume este procedimiento, que tiene como punto de partida la comunicación individual. Las comunicaciones se pueden dirigir al Secretario General de la ONU, quien ordena su distribución al Comité, o directamente al Comité.

Figura 14. Esquema del procedimiento resumido de casos individuales ante CDH.



EP: Estado Parte

Fuente: Elaboración propia

El Comité examina las comunicaciones tanto en su consideración de admisibilidad (admisible o inadmisible) como en su consideración del fondo (violación o no violación).

La admisibilidad. Antes de que el Comité conozca el fondo del asunto, es preciso que examine si se cumplen una serie de requisitos para fundar su competencia y determinar así la admisibilidad de la comunicación[287]. El Comité puede declarar inadmisible una comunicación "por falta de fundamentación", es decir, por considerar que los hechos expuestos no constituyen ni siquiera potencialmente "un caso"[288]. Las cuestiones de competencia son las siguientes:

a) Legitimación. Puede ser activa o pasiva.

- *Activa*. Conforme a los artículos 1 y 2 del Protocolo Facultativo, sólo un individuo que alega ser víctima de una violación del Pacto puede someter una comunicación al Comité. La legitimación activa sólo la tienen los individuos, no las personas jurídicas, pero eso no impide que muchas personas presenten un

287 "Antes de examinar el fondo de una comunicación, el Comité decidirá si la comunicación es admisible". (CDH, 2021, Reglamento (supra 226), Artículo 97.2).

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

caso, siempre que cada una esté individualizada[289]. La comunicación puede ser presentada por un tercero que tenga un mandato de la víctima, aunque no sea un abogado, o que demuestra un vínculo con la víctima que haga aceptable suponer que lo que le pasa a ésta, lo afecta. La jurisprudencia del Comité ha señalado que también es posible que someta una comunicación una víctima potencial, es decir una persona que se encuentre en riesgo de que una disposición legal le sea aplicada afectando derechos consagrados en el Pacto[290].

- *Pasiva.* Conforme al artículo 1 del Protocolo facultativo, el Comité sólo puede conocer de comunicaciones interpuestas contra Estados que son parte del Protocolo. En este sentido, para que un caso pueda ser conocido por el Comité, el Estado debe ser parte de la Carta ONU, del Pacto y, además, haber ratificado el Protocolo Adicional[291].

b) Competencia material. El artículo 2 del Protocolo dispone que, para que haya competencia material, es necesario que los hechos que se describan en la comunicación queden comprendidos dentro del ámbito de alguno de los derechos del Pacto. Se discute si el derecho a la libre determinación del artículo 1 del Pacto puede ser objeto de este procedimiento, pero hasta ahora, el Comité no acepta su aplicación directa en casos individuales[292], salvo con fines interpretativos de los derechos consagrados en el Pacto[293].

c) Competencia en razón del tiempo. Según la jurisprudencia constante del Comité, los hechos que se invoquen deben haber sucedido después de que el Pacto y el Protocolo Facultativo entraron en vigor para ese Estado[294], a menos que la violación sea continua, es decir, sea una violación que tiene una fecha de comienzo anterior a la entrada en vigencia del control del Comité, pero que continúa o produce efectos después de esa fecha. Un ejemplo es el caso de una mujer indígena que fue privada de su calidad de tal por haberse casado con un no indígena antes de que el Pacto entrara en vigencia, lo que le impidió volver a su reserva años después de su divorcio, que tuvo lugar cuando el Pacto y el Protocolo ya estaban vigentes en Canadá. El Comité estimó que la violación primera había producido un efecto continuo, ya que la Ley Indígena en que se había fundado seguía vigente

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

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

291 En otros tratados de derechos humanos de Naciones Unidas la función de conocer casos individuales es parte del mismo tratado, por lo que no se requieren tres voluntades, sino solo dos (Carta ONU y tratado respectivo), por ejemplo, Comité contra la discriminación racial (artículo 14), Comité contra la tortura (artículo 22), Comité de derechos de Trabajadores migratorios (artículo77). En cambio, otros tratados sí requieren de Protocolos Adicionales, por ejemplo, Comité DESC (Protocolo Facultativo), Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (Protocolo Facultativo), Comité para los Derechos de las Personas con Discapacidad (Protocolo Facultativo).

292 Ver, por ejemplo, CDH, Kitok c. Suecia. Comunicación 197/1985, dictamen de 27 de julio de 1988, párr. 6.3. Para una crítica de esta posición, ver: S. Joseph & J. Schulz & M. Castan. The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials and Commentary, Oxford University Press, 2000. [en adelante Joseph et al., 2000], At. 106-107.

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

294 Joseph et al., 2000 (supra 292).

hasta el momento en que se presentó la comunicación[295] (en realidad esta no es una excepción porque el Comité tendría competencia más bien porque a la fecha en que entra en vigor su competencia, se produce la violación).

d) Competencia en razón del lugar. El Comité ha sostenido que la responsabilidad del Estado es con respecto a todas las personas que se encuentren dentro de su territorio y a todos los sujetos a su jurisdicción. Esto significa que es atribuible al Estado la conducta violatoria de derechos humanos realizada por sus agentes, aunque éstos se encuentren fuera del territorio del Estado[296].

e) Otras cuestiones. Son otros requisitos que debe examinar el Comité para determinar la admisibilidad:

- *Requisitos de forma.* De acuerdo con el artículo 2 del Protocolo, toda comunicación debe ser sometida por escrito al Comité. El artículo 3 dispone que no debe ser anónima, lo que no impide que el Comité pueda dejar en la confidencialidad el nombre de la víctima, aun frente al Estado[297], ni debe constituir un abuso del derecho a someter comunicaciones.
- *Prohibición de examen de un asunto que esté siendo sometido a otro procedimiento internacional.* El artículo 5.2.a) del Protocolo constituye una prohibición de examen simultáneo por el Comité y otro órgano, pero el caso puede llevarse al Comité una vez que el otro procedimiento internacional ha concluido, o incluso puede el Comité declarar el caso inadmisible temporalmente, hasta que el otro procedimiento concluya. El Comité ha interpretado la expresión "otro procedimiento de examen o arreglo internacionales", sosteniendo que debe ser similar tanto en cuanto a la naturaleza del órgano que examina el caso (sólo órganos intergubernamentales o establecidos por un tratado entre Estados) como en cuanto a que la investigación lleve a un arreglo y/o decisión del caso individual.
- *El agotamiento de los recursos internos.* El artículo 5.2 del protocolo Facultativo dispone que el Comité no examinará ninguna comunicación sin cerciorarse de que se han agotado todos los recursos de la jurisdicción interna, a menos que la tramitación de estos recursos se haya prolongado injustificadamente. Este requisito puede renunciarse por el Estado. En general, los recursos que deben agotarse son los que estén disponibles en la legislación del Estado y que sean efectivos. Además, la jurisprudencia constante del Comité ha sido exigir sólo el agotamiento de los recursos efectivos judiciales, particularmente, en los casos de alegaciones de

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

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

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

violaciones graves de derechos humanos[298]. El Comité también ha examinado la situación de la imposibilidad de agotar los recursos por carecer de asistencia jurídica gratuita, decidiendo que no es necesario agotarlos si la persona carece de medios económicos para ello[299].

- *Plazo para presentar petición*. Si bien la normativa que rige al Comité no establece un plazo para presentar las denuncias, el Comité ha considerado en su Reglamento que un plazo superior a los 5 años puede ser considerado un abuso y por tanto, el plazo se ha entendido que debe darse dentro de los 5 años de agotados los recursos internos o 3 desde que se terminan otros procedimientos internacionales, todo conforme a las circunstancias del caso[300].

El Examen del Fondo (méritos). El Comité conoce en una misma etapa, la admisibilidad y el fondo del asunto, a menos que el Estado haya pedido, y el Comité consentido, su separación (artículo 93.1 Reglamento del CDH). También el examen del fondo del asunto es escrito y toma la forma de una controversia entre el Estado y la víctima o el autor de la comunicación.

Las decisiones sobre inadmisibilidad, sobre el fondo del asunto o la cesación del caso serán públicas, así como las decisiones en que se solicite a un Estado no innovar para no causar daños irreparables a la víctima de una comunicación pendiente[301].

El Comité sólo puede examinar pruebas escritas y se exige que todo documento sea acompañado por una de las partes[302]. Muchas pruebas sólo pueden ser proporcionadas por el Estado, por ejemplo, las transcripciones de un juicio oral y el Comité espera que las entregue como parte de su obligación de cooperar con los órganos internacionales.

El dictamen y valor legal. Al finalizar el examen del fondo del asunto, el Comité emite un dictamen en que describe los hechos del caso, pondera la prueba y decide si ha habido o no una violación de un derecho del Pacto (artículo 102 Reglamento CDH). Si decide que se ha cometido una violación, normalmente sugiere el tipo de remedio que considera efectivo a modo de recomendaciones para el Estado[303].

---

298 CDH, Villafañe et al c. Colombia. Comunicación 612/1995, dictamen de 29 de julio de 1997, párr. 5.2. Además, Ellis c. Jamaica. Comunicación 276/1988, dictamen de 28 de julio de 1992, párr. 6.1, donde el Comité sostuvo que la posibilidad de pedir por gracia la conmutación de la pena de muerte no era un recurso en términos del artículo 5.2.b. Asimismo, el Comité ha señalado que los recursos que deben agotarse son los ordinarios de la legislación nacional y no los de carácter extraordinarios (CDH, Larissa Shchiryakova. Comunicación 2848/2016, dictamen de 05 de diciembre de 2022, párr. 6.3).

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

300 CDH, 2021, Reglamento (supra 226).

301 CDH, 2021, Reglamento (supra 226), Artículos 111.6 y 94.

302 Solo excepcionalmente se pueden admitir presentaciones orales de las partes (CDH, 2021, Reglamento (supra 226), artículo 101.4).

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

Ante el silencio del Protocolo Facultativo, se discute el valor legal de los dictámenes del Comité. El Comité es de opinión que no es posible que un tratado internacional haya establecido un procedimiento que demanda tiempo y dinero, "para asegurar el mejor logro de los propósitos del Pacto [...] y la aplicación de sus disposiciones"[304] y que éste no tenga ningún efecto legal. Las opiniones del Comité constituyen una interpretación de las normas de derechos humanos, dictadas por un órgano internacional, que tiene como función controlar la conducta de los Estados, por tanto, los Estados no pueden ignorar sin consecuencias[305].

Seguimiento. En la medida en que los Estados están dispuestos a cumplir de buena fe sus obligaciones internacionales, no parece posible sino concluir que un órgano establecido por ellos para pronunciarse sobre la compatibilidad o incompatibilidad de sus actuaciones frente a sus obligaciones internacionales debe ser considerado y, de hecho, hay Estados que cumplen con los dictámenes del Comité.

Partiendo de la base que sus dictámenes son para ser cumplidos, el Comité ha establecido un procedimiento de seguimiento de los mismos, que consiste en la designación de un relator, quien puede tomar las medidas y establecer los contactos apropiados para cumplir con su mandato[306]. El Informe Anual del Comité contiene información sobre estas actividades de seguimiento.

---

304 Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Preámbulo.

305 "El carácter de los dictámenes del Comité dimana también de la obligación de los Estados partes de actuar de buena fe, tanto cuando participan en el procedimiento previsto en el Protocolo Facultativo como en relación con el propio Pacto. La obligación de cooperar con el Comité resulta de la aplicación del principio de la buena fe en el cumplimiento de todas las obligaciones convencionales" (CDH, Observación general No. 33. Obligaciones de los Estados parte con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. CCPR/C/GC/33, resolución de 25 de junio de 2009, [en adelante CDH, 2009, OG 33], párr. 15). Otra demostración de la importancia que los Estados asignan a las opiniones es la dictación en el Perú de una ley, la No. 23506, que hace ejecutables las opiniones del Comité de Derechos Humanos con el solo "cúmplase" de la Corte Suprema peruana. Un interesante estudio sobre este tema de la implementación en el ámbito interno, en V. Krsticevic & L. Tojo. Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Jurisprudencia, normativa y Experiencias nacionales, CEJIL, 2007. [en adelante Krsticevic & Tojo, 2007]; además este libro contiene una serie de normas dictada en el ámbito interno y proyectos legislativos y administrativos que demuestran la complejidad de encontrar con una forma efectiva de implementación local de las decisiones internacionales.

306 CDH, 2021, Reglamento (supra 226), Artículo 106.

Caso Toonen

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

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

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

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

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

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

Preguntas

1. *¿Existe legitimación de parte del señor Toonen para presentar el caso ante el Comité?*
2. *De existir legitimación, ¿de qué tipo es esta?*
3. *¿Existe competencia material?*
4. *¿Existe competencia en razón del tiempo?*
5. *¿Existe competencia en razón del lugar?*
6. *¿Cree usted que se han violado los derechos invocados por el señor Toonen?*

III.3. El sistema Interamericano (OEA)

Desde el siglo XIX en adelante, los Estados americanos se han organizado con el objetivo de alcanzar ciertas metas comunes. En un principio esta organización se vinculó, más allá de ciertas materias puntuales, principalmente con temas de defensa y materias de comercio. Sin perjuicio de lo anterior, hubo un desarrollo progresivo de materias vinculadas a los Derechos Humanos y, en particular, a institucionalizar los mecanismos de protección de los derechos que se iban reconociendo en los instrumentos suscritos por los Estados[307].

En el contexto post II Guerra Mundial se consagró un sistema interamericano de derechos humanos a través de la Organización de Estados Americanos (OEA). La Carta de la OEA, adoptada en 1948, señaló como uno de sus principios "los derechos de la persona humana, sin hacer distinción de raza, nacionalidad, religión o sexo" (artículo 5 j.), para más adelante disponer que es un deber de los Estados Miembros el respeto "a los derechos de la persona humana y los principios de la moral universal" (artículo 13). Al igual que en Naciones Unidas, la Carta de la OEA no definió los derechos humanos y de ahí la relevancia de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, documento que hoy se considera parte integrante de la Carta de la OEA[308].

El proceso de gestación de un documento vinculante culminó en la Conferencia sobre Derechos Humanos, realizada en San José de Costa Rica, donde el 22 de noviembre de 1969, se suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos[309]. Esta Convención recoge un amplio catálogo de derechos civiles y políticos, establece ciertas obligaciones generales de los Estados, fija pautas para resolver conflictos de derechos y regula la suspensión de los mismos.

En el sistema interamericano de protección de derechos humanos son dos los *órganos* encargados del control de la actividad de los Estados en materia de derechos humanos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Comisión es un órgano de la Carta de la OEA y, por tanto, supervisa a todos los Estados parte de dicho tratado marco y la Corte Interamericana es un órgano de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, para poder conocer de un caso contencioso,

---

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

308 P. Nikken, "La Declaración Universal y la Declaración Americana. La formación del moderno derecho internacional de los Derechos Humanos", en Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Número Especial, pp. 65-100, 1989. [en adelante Nikken, 1989].

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

requiere que los Estados sean parte de la OEA, de la Convención Americana y emitan una declaración otorgándole competencia. Por tanto, cuando hablamos del sistema basado en la Carta de la OEA, el órgano es la Comisión Interamericana y el documento base es la Carta de la OEA y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948).

III.3.1. Sistema basado en la Carta de la OEA

El año 1959 nace en el sistema interamericano de derechos humanos la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)[310], órgano encargado del control de la actividad de los Estados en materia de derechos humanos cuya regulación, desde la reforma a la Carta de la OEA mediante el Protocolo de Buenos Aires de 1967, se encuentra en la Carta de la OEA. La Comisión Interamericana tiene una naturaleza cuasi judicial, y ha desarrollado un intenso trabajo desde esa época fortaleciendo su presencia en el sistema interamericano[311]. La Comisión, en tanto órgano de la Carta de la OEA, ejerce su competencia respecto de todos los Estados partes del sistema interamericano.

Funciones de la CIDH. La Comisión tiene una serie de funciones (artículo 41 CADH): estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América; formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos; preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones; solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos; atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, prestar el asesoramiento que éstos le soliciten; actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y debe rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

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

311 Ver: C. Medina, The Battle of Human Rights. Gross, systematic violations and the Inter.-American system, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1988. [en adelante Medina, 1988]; F. González. El sistema interamericano de derechos humanos. España, Tirant lo Blanch, 2013. [en adelante González, 2013].

Procedimientos de la CIDH. En cuanto a los *procedimientos* asociados a la Comisión para cumplir con su función de protección de los derechos humanos, los podemos resumir en los siguientes: examen de casos; supervisión en situaciones de violaciones a los derechos humanos; observaciones *in loco*; preparación y publicación de informes; audiencias públicas; grupos de trabajo; y, actuación ante la Corte Interamericana[312].

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

Un primer procedimiento está basado en la carta de la OEA y se refiere al procedimiento de control de situaciones de violaciones de derechos humanos. Este procedimiento surge de la experiencia histórica frente a las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos y se confunde con el desarrollo propio de la Comisión. Desde sus inicios en 1960, la Comisión tuvo como labor central afrontar casos de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos y buscar, más por la práctica que por cualquier otro medio, el camino para actuar efectivamente ante este tipo de violaciones[313].

La Comisión se encuentra facultada para realizar estudios sobre violaciones a derechos humanos ocurridas en el territorio de un determinado Estado Miembro de la Organización[314]. En efecto, sobre la base de su experiencia práctica, la Comisión desarrolló los Informes sobre Países o "Country Reports" para hacer frente a las violaciones masivas y sistemáticas que sufrían los derechos humanos en el Continente[315]. Los Informes sobre países se convirtieron en el medio más idóneo para hacer frente a las violaciones masivas y sistemáticas, toda vez que este instrumento ataca una de las características fundamentales de dicho tipo especial de violaciones, esto es, dejar en evidencia las graves violaciones de derechos humanos que los Estados buscaban ocultar.

Por su parte, las visitas *in loco*[316] son el medio fundamental con el que cuenta la Comisión para recabar la información que le permite acreditar y formarse la convicción sobre la real situación de los derechos humanos en el país que es objeto de la investigación.

---

312 Nash & Núñez, 2020 (supra 263); J. Contesse. "Resisting the Inter-American Human Rights System", en 44 Yale Journal of International Law 179, pp. 179-237, 2019. [en adelante Contesse, 2019].

313 Medina, 1988 (supra 311).

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

315 F. González. "Informes sobre Países, Protección y Promoción", en El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), San José - Costa Rica, 1998. [en adelante González, 1998].

316 Sobre esta materia ver un completo análisis en: E. Vargas, "Las Observaciones in loco Practicadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", en Derechos Humanos en las Américas. Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches, OEA, Washington DC., 1984. [en adelante Vargas, 1984].

En años recientes, la Comisión ha ido desarrollando nuevos mecanismos para enfrentar situaciones de derechos humanos, tanto temáticas (ver *infra*) como relativas a países en concreto. Una forma innovadora que ha desarrollado la CIDH para generar espacios de diálogo y control de la actividad del Estado en materia de derechos humanos a nivel nacional y regional ha sido la de las audiencias generales[317]. La CIDH, a través de su presidente/a, puede citar a audiencias de diverso tipo (artículo 61 al 69 del reglamento de la CIDH). Una de estas son aquellas generales, destinadas a tratar «la situación de los derechos humanos en uno o más Estados, o sobre asuntos de interés general» (artículo 66.1 del reglamento de la CIDH) donde concurren los peticionarios con el Estado y además cuenta con la presencia de la Comisión. Esto ha permitido tratar temas de gran relevancia, como la situación de los defensores de derechos humanos en el continente (2006 y 2012[318]) o los episodios de violencia policial en manifestaciones públicas en Chile[319]. Este procedimiento da cuenta de la forma en que la CIDH busca dar efectividad al sistema, generando una instancia intermedia entre el caso individual y los informes generales que permite abrir canales de denuncia, pero también de diálogo entre la sociedad civil y los Estados. Asimismo, los comunicados de prensa y el uso de redes sociales también han pasado a ser un instrumento para que la Comisión pueda pronunciarse en forma rápida y efectiva sobre situaciones urgentes en materia de derechos humanos. Una de las virtudes de este medio es que no debe pasar primero por el Estado, como sí ocurre con sus informes.

Una segunda área de trabajo de la Comisión es la supervisión de la situación de derechos humanos respecto de áreas temas que son comunes a la región. Así, la Comisión trabaja a través de informes temáticos, audiencias públicas, relatorías y unidades temáticas en la supervisión, promoción y protección de derechos humanos en áreas como Libertad de Expresión y Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales a través de relatorías especiales; grupos de trabajo sobre situaciones especiales (por ejemplo la situación en Nicaragua); informes temáticos en materia de Mujeres, Pueblos Indígenas, personas privadas de libertad, comunidad Afrodescendiente; comunidad LGTBIQ+, entre otras; audiencias públicas sobre la situación de países y temas puntuales[320].

El tercer mandato de protección de derechos humanos consiste en el conocimiento de denuncias individuales. En esta materia el sistema interamericano contempla un sistema dual que depende de si los Estados han dado o no competencia a la Corte Interamericana. Respecto de todos los Estados parte del sistema interamericano de derechos humanos, la Comisión tiene facultades para recibir denuncias individuales

317 D. Cerqueira. "Audiencias ante la CIDH: evolución de las prácticas institucionales y tendencias recientes", 2023. [en adelante Cerqueira, 2023]. Disponible en: https://dplfblog.com/2023/04/25/audiencias-ante-la-cidh-evolucion-de-las-practicas-institucionales-y-tendencias-recientes/

318 Toda la información está disponible en la página web de la CIDH, ver: http://www.oas.org/es/cidh/audiencias/TopicsList.aspx?Lang=esyTopic=30

319 Se puede consultar la sesión completa en: https://www.oas.org/es/cidh/Sesiones/?S=143

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

en las que se aleguen violaciones aisladas de derechos humanos consagrados en aquellos instrumentos internacionales respecto de los cuáles la Comisión tiene competencia[321]. Los Estados también tienen esta facultad cumpliendo con ciertas formalidades[322]. El procedimiento ante la Comisión es cuasi judicial y se tramita fundamentalmente por escrito, aunque existe la posibilidad de que se cite a una audiencia para recibir prueba testimonial. Los casos ante la Comisión pueden terminar por solución amistosa, allanamiento del Estado, desistimiento de la víctima o por un informe final. Más adelante en el Curso se estudian los procedimientos con detalle (*infra* III.3.3).

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

El año 1969, con la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se creó la *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, la cual goza de funciones jurisdiccionales[323]. La creación de la Corte Interamericana se enmarca en el esfuerzo jurisdiccional internacional en materia de protección a los derechos humanos, donde la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Internacional de Justicia constituyen los pilares del sistema orgánico y jurisdiccional de protección de los derechos humanos en el concierto internacional. La Corte Interamericana ejerce funciones jurisdiccionales en materia contenciosa, conociendo de casos individuales relativos a violaciones a la Convención Americana de Derechos Humanos[324] y puede, además, emitir opiniones consultivas[325].

En aquellos casos en que el Estado ha dado competencia a la Corte, la Comisión está facultada para someter los casos contenciosos al conocimiento de la Corte Interamericana sobre la aplicación o interpretación de la Convención[326]. Esta facultad es relevante, ya que es el único mecanismo para que un individuo pueda hacer llegar un caso ante la Corte (el otro camino sería que el Estado presente el caso, lo que

---

321 H. Faúndez-Ledesma. El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2009. [en adelante Faúndez, 2009]; C. Medina y C. Nash, Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección", Centro de Derechos Humanos – Universidad de Chile, Santiago, 2011. [en adelante Medina & Nash, 2011].

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

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

324 CADH (supra 51), Artículo 62. Asimismo, la Corte "Tiene competencia, además, para conocer de violaciones al párrafo a) del artículo 8 y artículo 13 del Protocolo Adicional a la Convención en materia de derechos económicos, sociales y culturales (artículo 19.6 Protocolo de San Salvador); y de los casos en que se aleguen violaciones de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (artículo XIII)"; además, la Corte se ha atribuido competencia para aplicar otros instrumentos según analizaremos infra.

325 CADH (supra 51), Artículo 64: "1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en los que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales".

326 CADH (supra 51), Artículos 51 y 62.1.

en la práctica no ocurre). El procedimiento ante la Corte es de carácter judicial, con recepción de pruebas escritas u orales. Las sentencias que dicta la Corte Interamericana son obligatorias para los Estados y si en un caso determina que existe una violación a la Convención, está facultada para adoptar medidas de reparación[327].

Desde la década de 1980 en adelante, el sistema interamericano ha desarrollado un amplio sistema normativo de protección de derechos humanos. Dentro de este sistema destacan los siguientes instrumentos: la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1987); el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988); el Protocolo a la Convención, relativo a la abolición de la pena de muerte (1990); la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará" (1994); Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999); Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia (2013); Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia (2013); Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (2015).

III.3.3. Procedimiento de casos individuales OEA

Para analizar el procedimiento de casos individuales en el sistema interamericano es importante tener en consideración que este consta de dos etapas (no instancias); así, la Corte no es un tribunal de apelación o de segunda instancia, sino que es una segunda etapa dentro del proceso de casos individuales en caso de concurrir los requisitos para que un caso llegue a dicha instancia jurisdiccional interamericana. La primera etapa siempre es ante la Comisión Interamericana y la segunda, ante la Corte Interamericana (esto solo es posible respecto de los Estados que le han otorgado competencia a la Corte de conformidad con el artículo 62 de la CADH). La etapa ante la CIDH es obligatoria y no es posible que el Estado renuncia a dicha tramitación ante el órgano basado en la Carta de la OEA[328].

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

El procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). La CIDH distingue claramente una etapa de admisibilidad y otra etapa de examen de fondo, la cual corre paralelamente con la de intentar una solución amistosa del caso.

---

327 CADH (supra 51), artículo 63.1.

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

(a) Etapa de admisibilidad. En la etapa de admisibilidad se determina la competencia de la CIDH y otras cuestiones de admisibilidad.

(i) La competencia. Esta se establece según diferentes razones.

- **Competencia en razón de la persona**

  - Legitimación activa: A diferencia de lo dispuesto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, la posibilidad de acceder al sistema de la Comisión es mediante una denuncia o petición individual conforme al artículo 44 de la Convención, es amplia, es decir que permite que terceras personas distintas de la víctima, actúen ante la Comisión[329]. Por lo tanto, las peticiones pueden ser presentadas por cualquier persona, grupo de personas u organizaciones no gubernamentales que cumplan los requisitos del artículo 44. En cuanto a la naturaleza de esta disposición, ha sido entendida como una *actio popularis*. Lo anterior es sin perjuicio de que toda comunicación deba tener al menos una víctima[330], porque la Comisión no puede utilizar este procedimiento para pronunciarse *in abstracto* sobre una ley o práctica administrativa. Por otra parte, por disposición de su propio Reglamento[331], la Comisión puede iniciar, *motu proprio*, "la tramitación de una petición que contenga, a su juicio, los requisitos para tal fin"[332].
    La Convención ha establecido un requisito en relación con las organizaciones no gubernamentales que presenten peticiones. Para tener legetimatio ad causam éstas deben ser reconocidas por uno de los Estados miembros de la OEA, sin que sea necesario que el reconocimiento lo dé el Estado denunciado. Basta que el reconocimiento sea dado por cualquiera de los Estados miembros y si esto no se cumple, se puede considerar que la acción es presentada por "un grupo de personas" 333.
    Asimismo, la Comisión puede recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado alegue que otro Estado ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en la Convención. Para ello, conforme a lo dispuesto por el artículo 45 numerales 1, 2 y 3 de la CADH, los Estados podrán

329 CIDH, Reglamento (supra 121), Artículo 23. Por su parte el artículo 44 de la CADH dispone:"Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte". Esta norma se reproduce en el Reglamento de la Comisión a fin de regular el acceso al sistema por parte de Estado que no han suscrito la Convención por mandato del propio Estatuto de la CIDH (1979) conforme al artículo 23.2 del Estatuto.

330 La jurisprudencia de los órganos de supervisión internacional ha establecido que la víctima puede ser directa, cuando la violación la afecte directamente a ella; indirecta, en caso que la persona se vea afectada de manera secundaria por una violación dirigida a otra persona, como sería el caso de un padre por la expulsión del país de su hijo; o potencial, en el caso de una persona afectada generalmente por una ley que, aunque no se haya aplicado, implique por su sola existencia un obstáculo potencial para el ejercicio y goce de alguno de sus derechos humanos (Medina y Nash, 2011 (supra 321), At. 29).

331 CIDH, Reglamento (supra 121), Aprobado por la Comisión en su 137º período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009; y modificado el 2 de septiembre de 2011 y en su 147º período ordinario de sesiones, celebrado del 8 al 22 de marzo de 2013, para su entrada en vigor el 1º de agosto de 2013.

332 CIDH, Reglamento (supra 121), artículo 24.

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

declarar que reconocen competencia a la Comisión para conocer de casos presentados por otros Estados parte (los que también deben haber hecho esa declaración). Estas declaraciones pueden ser por tiempo indefinido, por tiempo determinado o para casos específicos.

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

- **Competencia material**. La Comisión sólo puede conocer hechos que constituyan una violación a los derechos humanos consagrados en los instrumentos vinculantes del sistema interamericano (artículo 23 Reglamento CIDH), esto es, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, respecto de todos los Estados parte de la OEA; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respecto de aquellos que la hayan ratificado[334]; asimismo, puede conocer materias relativas al Protocolo Adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)[335]; el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; la Convención Interamericana Para Prevenir y Sancionar la Tortura[336]; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas[337]; y respecto del artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer[338].
- **Competencia en razón del tiempo**. De acuerdo con el principio de derecho internacional aplicable a la materia, los hechos que se invoquen como constitutivos de violación deben haber sucedido con posterioridad a la fecha en que el tratado respectivo entró en vigencia para el Estado denunciado. Sin embargo, existen situaciones particulares en relación a esta regla general, tal es el caso de las violaciones continuas[339], como es el caso de las desapariciones forzadas;

---

334 CADH (supra 51), artículo 47.b. Un completo desarrollo en: Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Artículos 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-13/93 de 16 de julio de 1993. Serie A No. 13. [en adelante Corte IDH, 1993, OC-13/93], párr. 34.

335 Organización de los Estados Americanos (OEA), Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", 17 noviembre 1988, [en adelante OEA, 1988, Protocolo San Salvador], artículo 19.6.

336 CIDH, Reglamento (supra 121), artículo 23. Esto parece ser una interpretación del artículo 16 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

337 Organización de los Estados Americanos (OEA). Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Adoptada por la Organización de Estados Americanos (OEA) el 9 de junio de 1994, entró en vigor el 28 de marzo de 1996. [en adelante CIDFP, 1994], artículo XIII.

338 Organización de los Estados Americanos (OEA). Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará, 1994 (9 de junio). [en adelante Convención de Belém do Pará], artículo 12.

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

de hecho, en esta materia, la Convención específica sobre la materia define el fenómeno como una violación continua hasta que no se compruebe el paradero de la víctima[340]. Ha habido jurisprudencia de la Corte sobre este punto que sugiere que lo continuo es el ocultamiento de la detención, ya que cuando el cuerpo aparece y se comprueba que murió antes de entrar en vigencia la Convención en dicho Estado, la Corte ha decidido que no tiene competencia para conocer de la violación del derecho a la vida[341]. En el mismo sentido, las leyes dictadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Convención y que al momento de la ratificación del instrumento vinculante estén vigentes podrán ser conocidas por la Comisión (en realidad esta no es estrictamente una excepción al principio general porque lo que se aplica es la violación al momento de entrada en vigor del instrumento, que es lo que fija la competencia).

- **Competencia en razón del lugar**. La CIDH sólo puede conocer de comunicaciones que se refieran a hechos que afectan a personas bajo la jurisdicción de los Estados Parte.

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

[ii] Otras cuestiones de admisibilidad. Obedece a otros requisitos determinados para la comunicación.

- **Requisitos de forma**. La Convención exige, en el artículo 46.1.d), que la comunicación contenga el nombre, nacionalidad, profesión, domicilio y firma de la persona o del representante legal de la entidad que somete la petición, por lo cual la comunicación debe ser escrita. Por su parte el artículo 28 del Reglamento señala otros requisitos referentes a la información que deben contener las peticiones.
- **Fundamentación de la petición**. Conforme al artículo 34 b. del Reglamento, la Comisión puede declarar inadmisible una comunicación si resulta de ella misma o de la exposición del Estado que es manifiestamente infundada o su total improcedencia es evidente.
- **Prohibición de examen de un asunto pendiente o resuelto por otra instancia internacional** (artículo 46.1.c) CADH). El Reglamento de la Comisión amplía esta causal de inadmisibilidad al disponer que tampoco es admisible una comunicación que reproduce otra pendiente o ya examinada por la Comisión u otro organismo

340 CIDFP, 1994 (supra 337), artículo III.
341 Corte IDH. Caso Blake Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares. Sentencia de 2 de julio de 1996. Serie C No. 27, párr. 33.

internacional[342], y precisa que un examen anterior en el contexto de un examen general sobre derechos humanos en el Estado en cuestión, que no decida sobre los hechos específicos de la comunicación, no inhibe la admisibilidad de la comunicación, como tampoco la inhibe si el peticionario ante la CIDH es la víctima o su familiar y el peticionario ante el otro organismo es un tercero, sea un individuo o una entidad no gubernamental.

- **El agotamiento de los recursos internos**. Esta es una regla de derecho internacional que permite que el Estado pueda reparar por sí mismo una supuesta violación de sus obligaciones internacionales antes de que ésta pueda ser reclamada en el ámbito internacional. Esta regla se establece a favor de los Estados y es, por tanto, renunciable por ellos. Debe ser invocada por el Estado como excepción durante la etapa de admisibilidad, esto es, antes que la Comisión se pronuncie sobre si la denuncia es admisible o no[343]. La Convención, en el artículo 46.2, establece posibilidades de exención de la obligación de agotar los recursos internos[344]:

  - No será exigible el agotamiento de los recursos en la jurisdicción interna en aquellos casos en que no exista en la legislación interna el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que hayan sido violados.
  - Tampoco será exigible en aquellos casos en que no se ha permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos contemplados en la legislación interna, o bien, se le ha impedido agotarlos.
  - Por último, están aquellos casos en que existe un retardo injustificado en la decisión sobre el recurso.

342 CIDH, Reglamento (supra 121), artículo 33.

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

344 En una Opinión Consultiva sobre Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos, la Corte interpretó esta disposición y sostuvo que si, por razones de indigencia o por el temor generalizado de los abogados para representarlo legalmente, un reclamante ante la Comisión se ha visto impedido de utilizar los recursos internos necesarios para proteger un derecho garantizado por la Convención, no puede exigírsele su agotamiento (Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Excepciones al agotamiento de los recursos internos (Artículos 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11. [en adelante Corte IDH, 1990, OC-11/90]).

- **Plazo de prescripción de la acción**. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 46.1 b) de la Convención, toda denuncia deberá ser presentada en un plazo de seis meses contado desde la notificación que se le haga al peticionario de la decisión definitiva dentro del ordenamiento jurídico interno del Estado[345]. Si el peticionario sostiene que no debe o no pudo agotar los recursos internos y que, por lo tanto, se encuentra en alguno de los casos de excepción del artículo 46 de la Convención, la petición "deberá presentarse dentro de un plazo razonable, a criterio de la Comisión"[346].

[iii] Declaración de admisibilidad. Los informes de admisibilidad o de inadmisibilidad son públicos y deberán, además, ser incluidos por la Comisión en su Informe Anual a la Asamblea General de la OEA[347]. Con la adopción del informe de admisibilidad, la petición será registrada como "caso" y se iniciará el procedimiento sobre el fondo; en todo caso, la adopción del informe de admisibilidad no prejuzga sobre el fondo del asunto[348].

Las denuncias se ven de acuerdo con su fecha de entrada al sistema. Sin embargo, en ciertos casos especiales (regulados por el artículo 29 del Reglamento) se pueden conocer algunas denuncias en forma anticipada. Esto le permite a la Comisión acelerar la tramitación de algunos casos atendida la gravedad de la afectación de derechos, la situación particular de las víctimas y no tener que esperar su turno en el sistema de registro. Esto es muy relevante atendida la enorme demora que existe en la primera etapa de tramitación de casos individuales[349].

(b) Las medidas cautelares. El Reglamento de la Comisión dispone que en caso de gravedad y urgencia y toda vez que resulte necesario, la Comisión puede, a iniciativa propia o a petición de parte, solicitar al Estado que tome medidas precautorias para evitar un daño irreparable a las personas[350]. En efecto, si bien estas medidas no están contempladas en la Convención Americana (sí lo están las medidas provisionales que puede dictar la Corte Interamericana), tras las reformas reglamentarias de 2009 se ha establecido con claridad que, en caso de gravedad y urgencia, ya sea a petición de parte o de *motu propio*, la Comisión podrá solicitar a un Estado que adopte medidas cautelares a fin de prevenir daños irreparables a las personas que se encuentren bajo su jurisdicción, en forma independiente de cualquier petición o caso pendiente[351]. Esto implica que no hace falta que se

345 La Comisión precisa esto señalando en el artículo 32.1 de su Reglamento (supra 121) que el plazo se cuenta "a partir de la fecha en que la presunta víctima haya sido notificada de la decisión que agota los recursos internos".
346 CIDH, Reglamento (supra 121), artículo 32.2.
347 CIDH, Reglamento (supra 121), artículo 36.1.
348 CIDH, Reglamento (supra 121), artículo 36.2.
349 La demora en la tramitación ha sido un tema ampliamente discutido en el sistema interamericano, ver: C. Rodríguez & C. Sánchez. Desafíos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Colombia, DeJusticia, 2015. [en adelante Rodríguez C. & Sánchez, 2015].
350 CIDH, Reglamento (supra 121), artículo 25.
351 CIDH, Reglamento (supra 121), artículo 25.1.

haya presentado una petición ante la Comisión para que ésta pueda disponer de medidas cautelares. Naturalmente, estas medidas pueden ser solicitadas en cualquiera etapa del procedimiento en que sean necesarias.

Para efectos de determinar la procedencia de medidas cautelares, la Comisión deberá tener en cuenta los siguientes factores: la gravedad y urgencia de la situación, su contexto y la inminencia del daño en cuestión[352]. De igual modo, el actual reglamento establece que, además, la Comisión considerará:

- si se ha denunciado la situación de riesgo ante las autoridades pertinentes o los motivos por los cuales no hubiera podido hacerse;
- la identificación individual de los potenciales beneficiarios de las medidas cautelares o la determinación del grupo al que pertenecen;
- la expresa conformidad de los potenciales beneficiarios cuando la solicitud sea presentada a la Comisión por un tercero, salvo en situaciones en las que la ausencia de consentimiento se encuentre justificada[353].

Previo a disponer la adopción de medidas cautelares, la Comisión deberá solicitar información relevante al Estado involucrado, a menos que la urgencia de la situación justifique la adopción inmediata de tales medidas[354].

Periódicamente, la Comisión evaluará la necesidad de mantener estas medidas, ya que como se señaló anteriormente, éstas deben ser de carácter temporal o provisional. En cualquier momento desde que aquellas hayan sido dispuestas, el Estado podrá solicitar a la Comisión que las deje sin efecto, a través de una petición fundada y antes de decidir sobre esta solicitud, la Comisión pedirá a los beneficiarios o sus representantes que manifiesten las observaciones que puedan tener al respecto[355]. Adicionalmente, la Comisión podrá adoptar medidas de seguimiento como requerir a estos últimos información relevante sobre cualquier asunto relacionado con el otorgamiento, observancia y vigencia de las medidas cautelares[356]. Conforme al artículo 25.11 del actual Reglamento, en caso de que los beneficiarios o sus representantes incumplan sustancialmente con estos requerimientos de la Comisión, ésta podrá dejar sin efecto la disposición de medidas cautelares.

El otorgamiento y adopción de medidas cautelares no prejuzga sobre el fondo del asunto, esto es, la presunta violación de derechos reconocidos en la Convención Americana o en otros instrumentos aplicables[357].

352 CIDH, Reglamento (supra 121), artículo 25.2.
353 CIDH, Reglamento (supra 121), artículo 25.6.
354 CIDH, Reglamento (supra 121), artículo 25.5.
355 CIDH, Reglamento (supra 121), artículo 25.9.
356 CIDH, Reglamento (supra 121), artículo 25.10.
357 CIDH, Reglamento (supra 121), artículo 25.8.

(c) La solución amistosa. El artículo 48.1.f de la Convención dispone que la Comisión "se pondrá a disposición de las partes interesadas" con el propósito de intentar una solución amistosa del caso. La Comisión reglamentó esta disposición en sus normas internas[358], disponiendo que:

- El procedimiento de la solución amistosa se puede llevar a cabo por iniciativa propia o de las partes,
- Puede realizarse en cualquier etapa del examen del caso[359], pero siempre antes del pronunciamiento sobre el fondo de la petición,
- Se inicia y continúa sobre la base del consentimiento de las partes[360],
- La negociación puede ser facilitada por uno o más miembros de la Comisión, en caso de que esto se considere necesario[361];
- La Comisión puede dar por concluida su intervención en el procedimiento si advierte que el asunto no es susceptible de resolverse por esta vía, si falta el consentimiento de alguna de las partes o percibe falta de voluntad de la misma para llegar a una solución amistosa fundada en el respeto de los derechos humanos[362],
- Si se logra un acuerdo se aprobará un informe con una breve exposición de los hechos y la solución lograda, informe que se transmitirá a las partes y será publicado. El informe siempre deberá verificar el acuerdo de la víctima y sus causahabientes. Además, deberá velar por la compatibilidad del acuerdo con las obligaciones del Estado contenidas en la Convención, la Declaración y otros instrumentos pertinentes[363], y
- Si no hay acuerdo, el trámite continúa[364].

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

La convocatoria de audiencia es una facultad y no una obligación de la Comisión[365] y en ella se podrá recibir información de las partes con relación a alguna petición, caso en trámite, seguimiento de recomendaciones o medidas cautelares, entre otras. Además, la Comisión puede solicitar del Estado aludido cualquier información que estime pertinente y recibir, si las partes lo solicitan, una exposición verbal o escrita de los hechos materia de la investigación.

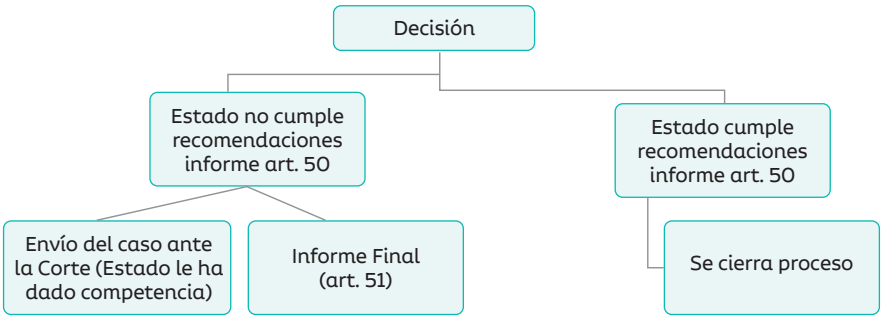
358 CIDH, Reglamento (supra 121), artículo 40.
359 CIDH, Reglamento (supra 121), artículo 40.1.
360 CIDH, Reglamento (supra 121), artículo 40.2.
361 CIDH, Reglamento (supra 121), artículo 40.3.
362 CIDH, Reglamento (supra 121), artículo 40.4.
363 CIDH, Reglamento (supra 121), artículo 40.5.
364 CIDH, Reglamento (supra 121), artículo 40.6.
365 CIDH, Reglamento (supra 121), artículos 37.5 y 61 y ss.

Si el Estado no suministra la información solicitada la Comisión puede presumir que los hechos alegados en la petición son verdaderos[366].

(e) Decisión del asunto. Los Informes sobre el Fondo y su Valor Legal. Conforme al artículo 50 de la CADH, regulado en detalle en el artículo 44.1 del Reglamento, si la Comisión decide que no hubo violación, preparará entonces un informe que será transmitido a las partes y se publicará en el Informe Anual que ella elabora para la Asamblea General de la OEA. Si establece que hubo una o más violaciones, preparará un informe preliminar con proposiciones y recomendaciones que será transmitido sólo al Estado (figura 15), fijándole un plazo para que informe las medidas tomadas respecto de las recomendaciones[367]. La adopción del informe y su transmisión al Estado se notificará al peticionario y, en caso de que el Estado le haya otorgado competencia a la Corte, le solicitará su opinión a efectos de conocer su disposición para que el caso sea remitido a dicho Tribunal[368].

Conforme lo dispuesto en el artículo 51 de la CADH, notificado el Estado, comienza a correr un plazo de tres meses dentro del cual (i) el caso puede ser solucionado, por ejemplo, por un arreglo amistoso o por haber el Estado tomado las medidas recomendadas por la Comisión, o (ii) el caso puede ser enviado a la Corte, ya sea por la Comisión o por el Estado correspondiente (ver figura 15). Si esto no sucede, la Comisión puede emitir su opinión y sus conclusiones sobre el caso y hacer nuevamente recomendaciones, fijando un plazo para que el Estado las cumpla. Se trata entonces de un segundo informe. Si el Estado no cumple con las recomendaciones, la Comisión decidirá, por mayoría absoluta de votos, si publica o no este informe[369].

Figura 15. Esquema de transmisión de recomendaciones del CIDH al Estado.



Fuente: Elaboración propia

366 CIDH, Reglamento (supra 121), artículo 38.
367 CADH (supra 51), Artículo 50; CIDH, Reglamento (supra 121), artículo 44.2.
368 CIDH, Reglamento (supra 121), artículo 44.3.
369 CADH (supra 51), artículo 51; CIDH, Reglamento (supra 121), artículos 45 y 47.

(f) Fin del examen y fuerza legal. Si el caso no se presenta a la Corte y la Comisión emite el informe de fondo del artículo 51, éste conlleva el fin del examen de la comunicación. Siendo este informe el término del procedimiento, se discute cuál es su fuerza legal. La Comisión ha invocado razones similares a las invocadas por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas para sostener que el Estado está obligado a cumplir con las recomendaciones que se le hagan en dicho informe[370], y existen además argumentos de texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que permiten sostener esta obligatoriedad; en efecto, el artículo 51.2 dispone que "la Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cua*l el Estado debe tomar las medidas que le competan* para remediar la situación examinada"[371], mandato concordante con el deber de cumplir de buena fe los compromisos internacionales por parte del Estado[372].

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

> Sin embargo, en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función "promover la observancia y la defensa de los derechos humanos" en el hemisferio (Carta de la OEA, artículos 52 y 111).373

Asimismo, el artículo 33 de la Convención Americana dispone que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte "para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes", por lo que, al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes[374].

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

---

370 C. Cerna. "The Inter-American Commission on Human Rights: Its Organization and Examination of Petitions and Communications", en D. Harris y S. Livingstone (editores), The Inter-American System of Human Rights, Clarendon Press, Oxford, 1998. [en adelante Cerna, 1998], At. 105-106.

371 (supra 51), artículo 51.2. Destacado nuestro.

372 Convención de Viena, 1969 (supra 18), artículo 26.

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

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

El procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

La Corte sólo puede conocer de un caso cuando se haya terminado el procedimiento ante la Comisión, previsto en los artículos 48 a 50 de la Convención[375].

(a) La competencia y otras cuestiones de admisibilidad

[i] Competencia en razón de la persona.

- Legitimación Activa. Sólo los Estados Partes en la Convención y la Comisión tienen derecho a presentar un caso ante la Corte siempre que hayan reconocido la competencia de la Corte para ello[376]. El Reglamento de la Corte fue reformado en el año 2000[377] para permitir que una vez que la demanda ante la Corte haya sido admitida, se trate a la víctima, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados, como verdaderas partes del proceso. Para ello el artículo 25.1 del Reglamento Corte les permite presentar solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma. Otro avance de gran relevancia en este ámbito es el que se ha producido con ocasión de la más reciente reforma reglamentaria. A contar del año 2009 es la víctima, por medio de su representante, la única parte que litiga frente al Estado ante la Corte. Así, la carga de remitir una demanda con todos sus requisitos recae en las víctimas y no en la Comisión, con lo cual aquellas adquieren un protagonismo nunca antes visto en el procedimiento contencioso[378]. La Corte ha tomado medidas para implementar adecuadamente esta reforma, como la creación de un fondo de asistencia legal a las víctimas y de la figura del "Defensor Interamericano", quien podrá asumir la representación legal de las victimas si ellas no pueden costearlo (artículo 37 Reglamento Corte).
- Legitimación Pasiva. Para que la Corte pueda conocer de un caso contencioso, es necesario que el Estado haya aceptado la competencia de la Corte. Según lo dispuesto por el artículo 62 de la CADH, ésta puede hacerse por una declaración de voluntad o por convención especial. La declaración puede ser pura y simple, o sujeta a condición de reciprocidad y puede hacerse en el acto de la ratificación o la adhesión o en cualquier momento posterior[379]. Además, la declaración puede tener condiciones en cuanto a su vigencia, puede ser indefinida, por un plazo establecido, para un caso determinado o en términos generales[380].

375 CADH (supra 51), artículo 61.2.
376 CADH (supra 51), artículo 62.3.
377 Aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.
378 La Comisión sigue participando en el proceso, pero ya no como parte, sino que en defensa del interés del sistema interamericano de derechos humanos.
379 CADH (supra 51), artículo 62.
380 CADH (supra 51), artículos 62.2 y 62.3.

[ii] Competencia material: La competencia de la Corte se remite a la Convención Americana, que constituye el derecho sustantivo que la Corte deberá aplicar. La Corte tiene también competencia para conocer de los casos en que se aleguen violaciones de los derechos del párrafo a) del artículo 8 (asociación) y 13 (educación) del Protocolo Adicional a la Convención en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)[381] y de los casos en que se aleguen violaciones de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas[382]. Además, se ha atribuido competencia para aplicar la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura[383] y respecto de la Convención de Belem do Para (violencia contra las mujeres)[384]. La Corte no tiene competencia para decidir sobre el cumplimiento de obligaciones que surjan de instrumentos ajenos al sistema interamericano, aun cuando los ha usado con el fin de interpretar el contenido de las obligaciones de los Estados respecto de los derechos contenidos en los tratados sobre los cuales sí tiene competencia.

[iii] Competencia en razón del tiempo: La competencia *ratione temporae* se refiere a una condición de admisibilidad de la demanda. En cuanto a la competencia de la Corte, la Convención se aplica a los Estados una vez que haya entrado en vigencia para los mismos, por lo cual la Corte no podrá conocer de casos cuyos hechos sean anteriores a esa fecha, a menos de que ellos configuren una violación continua. Asimismo, la Corte ha señalado que no sólo debe examinarse la fecha de ratificación o adhesión a la Convención; sino que también debe verse la fecha de reconocimiento de la competencia, porque la Corte no ha aceptado conocer de casos en que los hechos que se invocan como sustento fáctico del caso son posteriores a la fecha de ratificación de la Convención, pero anteriores al reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte[385].

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

---

381 OEA, 1988, Protocolo San Salvador (supra 335), artículo 19.6

382 CIDFP, 1994 (supra 337), artículo XIII.

383 Artículo 8 inciso 3 "Una vez agotado el ordenamiento jurídico interno del respectivo Estado y los recursos que éste prevé, el caso podrá ser sometido a instancias internacionales cuya competencia haya sido aceptada por ese Estado". El análisis que ha hecho la Corte desde: Corte IDH. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

384 Artículo 12 "Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de violación del artículo 7 de la presente Convención por un Estado Parte, y la Comisión las considerará de acuerdo con las normas y los requisitos de procedimiento para la presentación y consideración de peticiones estipulados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Estatuto y el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos". El análisis realizado por la Corte sobre este artículo se puede consultar en: Ver Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párrs. 265 y 293; Corte IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrs. 40-77.

385 Ver a modo de ejemplo, Corte IDH. Caso Alfonso Martín del Campo Dodd Vs. México. Excepciones Preliminares, párrs. 79 y 85.

[v] Excepciones. Algunas excepciones preliminares a las que recurren los Estados.

- **Cuarta Instancia**. Una excepción preliminar que es comúnmente esgrimida ante la Corte es la de la "cuarta instancia". Esta consiste en el alegato de que el sistema interamericano no puede transformarse en una instancia adicional para revisar las decisiones adoptadas en el ámbito interno. En este sentido, la Corte Interamericana ha aclarado que:

  > La Corte ha reiterado que una de las características de la jurisdicción internacional es su carácter coadyuvante y complementario. Es así que, para que la excepción preliminar de cuarta instancia sea aplicable, es necesario que el solicitante busque que la revisión de un fallo de un tribunal nacional en razón de la incorrecta apreciación de la prueba, hechos o el derecho interno, sin que alegue que existió una violación a los tratados internacionales sobre los que tenga competencia la Corte.[386]

- **No agotamiento procedimientos ante la Comisión**. Atendido el artículo 61.2 de la CADH, los procedimientos ante la Comisión deben ser agotados para que el caso sea conocido por la Corte. Es usual que los Estados aleguen cuestiones relativas al procedimiento ante la Comisión para evitar que el caso se conozca por la Corte. Sin embargo, tal como hemos señalado previamente, la Corte no es una segunda instancia por lo que no corresponde que revise procedimiento seguido ante la Comisión. Por tanto, estas excepciones son rechazadas por la Corte[387].
- **Plazo de presentación de la petición ante la Corte.** De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 51 de la CADH, el Estado o la Comisión pueden presentar el caso ante la Corte en el plazo de tres meses. En circunstancias especiales, debidamente acreditadas[388], se puede extender dicho plazo de preclusión de la acción ante la Corte Interamericana[389].

(b) Las medidas provisionales. De conformidad con lo preceptuado en el artículo 63.2 de la CADH, la Corte, de oficio o a instancia de parte, puede ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes en cualquier estado del procedimiento, cuando se trate de casos de extrema gravedad y urgencia y ello sea necesario para evitar daños irreparables a las personas[390].

---

386 Corte IDH. Caso Montesinos Mejía Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2020. Serie C No. 398, párr. 32.

387 Para un detalle de estas excepciones se puede ver Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 33: Excepciones Preliminares. San José, Costa Rica. Corte IDH, 2021. [en adelante Corte IDH, 2021, Cuadernillo 33]

388 El artículo 46 del Reglamento de la Comisión Interamericana (supra 121) permite suspender el plazo del artículo 51.1 de la CADH bajo condición que el Estado haya demostrado voluntad y capacidad de resolver el asunto y que este manifieste en forma expresa e irrevocable que acepta dicha suspensión. Asimismo, se deberá considerar la complejidad del asunto, las medidas recomendadas por la Comisión y la posición del peticionario.

389 El caso donde se discutió esta materia con mayor detalle es en uno de los primeros casos que conoció la Corte: Corte IDH. Caso Cayara Vs. Perú. Excepciones Preliminares. Sentencia de 3 de febrero de 1993. Serie C No. 14.

390 CADH (supra 51), artículo 63.2.

La Corte puede actuar a solicitud de la Comisión incluso antes de que un asunto sea sometido a su conocimiento y si no estuviere reunida, se faculta al presidente, previa consulta con la comisión permanente de la Corte y eventualmente con los demás jueces, para decidir sobre la petición[391]. Si la Corte no estuviera reunida, el Presidente podrá requerir al Estado, a la Comisión o a los representantes de los beneficiarios, cuando lo considere posible e indispensable, la presentación de información sobre una solicitud de medidas provisionales, antes de resolver[392]. La Corte puede, adicionalmente, requerir datos de otras fuentes de información sobre el asunto, si lo estima pertinente[393]. Se ha establecido, además, que la supervisión de estas medidas provisionales se hará a través de la presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de los representantes de los beneficiarios. La Comisión presentará observaciones al informe del Estado y a las observaciones de los beneficiarios de las medidas o sus representantes[394].

(c) La tramitación del caso. El procedimiento ante la Corte consta de una parte escrita y otra oral. La parte escrita se compone de la demanda, las observaciones a la demanda de la presunta víctima, o sus representantes y la contestación por parte del Estado[395]. La demanda debe notificarse por el Secretario de la Corte a los miembros de la Corte, al Estado demandado, a la Comisión (si ella no presentó el caso) y, acorde con el cambio del Reglamento sobre la participación de individuos, también al denunciante original y a la presunta víctima, o sus representantes debidamente acreditados[396]. La parte peticionaria, en un plazo de dos meses, podrá hacer sus observaciones al informe de la Comisión, ofrecer pruebas e indicar sus pretensiones, incluidas reparaciones y costas[397]. En la contestación, que debe realizarse dentro de los dos meses siguientes a la notificación de la demanda, el Estado puede aceptar los hechos o contradecirlos; si pretende interponer excepciones preliminares, debe hacerlo también en esta oportunidad[398]. La Corte podrá resolver las excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas en

391 CADH (supra 51), artículo 62.2; Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009. [en adelante Reglamento Corte IDH, 2009], artículo 27. El término "Corte" significa la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

392 Reglamento Corte IDH, 2009 (supra 391), artículo 27.5.

393 Reglamento Corte IDH, 2009 (supra 391), artículo27. 8.

394 Reglamento Corte IDH, 2009 (supra 391), artículo 27. 7.

395 Reglamento Corte IDH, 2009 (supra 391), artículos 34 y ss.

396 Reglamento Corte IDH, 2009 (supra 391), artículo 39.

397 Reglamento Corte IDH, 2009 (supra 391), artículo 40.

398 Reglamento Corte IDH, 2009 (supra 391), artículos 41 y 42. Para la Corte Interamericana, las excepciones preliminares "[...] son objeciones a la admisibilidad de una demanda o a la competencia del Tribunal para conocer de un determinado caso o de alguno de sus aspectos, ya sea en razón de la persona, materia, tiempo o lugar, siempre y cuando dichos planteamientos tengan el carácter de preliminares. Por ello, independientemente de la denominación que sea dada por el Estado en sus escritos, si al analizar los planteamientos se determinara que tienen la naturaleza de excepción preliminar, es decir que objeten la admisibilidad de la demanda o la competencia de la Corte para conocer del caso o de alguno de sus aspectos, entonces deberán ser resueltos como tal" (Corte IDH. Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340, párr. 17).

una sola sentencia (lo que constituye la práctica habitual)[399]. En la parte oral, que se realiza por medio de audiencias, se desarrollan los alegatos de las partes y se escucha a los testigos y a los expertos[400].

Si bien los hechos quedan fijados por el informe preliminar de la Comisión[401], la Corte puede someter algunos puntos a prueba. Ha sido un tema discutido en el sistema si es posible evitar la prueba ante la Corte y que este sea un tribunal solo de derecho, cuestión que hasta hoy no ha sido aceptado.

Las pruebas que las partes quieran aportar al proceso deberán ser ofrecidas en la demanda y en la contestación, o en el escrito de excepciones preliminares y en su contestación. No se admitirán otras pruebas, a menos que se invoque fuerza mayor, un grave impedimento o hechos sobrevinientes[402]. La Corte puede procurar de oficio toda prueba que estime útil para resolver el asunto[403]. El Tribunal interamericano ha señalado que, a diferencia de los sistemas penales internos de los Estados, el Estado inculpado deberá aportar los medios de prueba que fijen los hechos y no podrá descansar en la imposibilidad que tenga la parte demandante para generar los medios de prueba, ya que en muchos casos ellos no pueden obtenerse, sino que con la ayuda del mismo Estado[404].

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

- Sobreseimiento, si ha habido un desistimiento[405];
- Por reconocimiento del Estado, total o parcial, de las pretensiones de la víctima o de las pretensiones del escrito de sometimiento del caso a la Corte[406];
- Por solución amistosa[407]; o
- Por una sentencia[408].

Si el procedimiento termina por sentencia, ésta es definitiva e inapelable[409]. Si la Corte estima que ha habido una violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención, dispondrá "que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados" y si ello fuera procedente, "que se reparen

399 Reglamento Corte IDH, 2009 (supra 391), artículo 42.6.
400 Reglamento Corte IDH, 2009 (supra 391), artículos 45 y ss.
401 CADH (supra 51), artículo 50.
402 Reglamento Corte IDH, 2009 (supra 391), artículo 46.
403 Reglamento Corte IDH, 2009 (supra 391), artículo 58.
404 Jurisprudencia constante de la Corte desde el primer caso contencioso donde señaló "(...) la protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal. Los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal. El derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones" (Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 134)
405 Reglamento Corte IDH, 2009 (supra 391), artículo 61.
406 Reglamento Corte IDH, 2009 (supra 391), artículo 62.
407 Reglamento Corte IDH, 2009 (supra 391), artículo 63. La Corte, sin embargo, puede decidir proseguir con el caso (artículo 64).
408 Reglamento Corte IDH, 2009 (supra 391), artículo 65.
409 CADH (supra 51), artículo 67.

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"[410]. Dentro de los noventa días a contar de su notificación, las partes pueden solicitar a la Corte una interpretación del fallo, en caso de desacuerdo sobre su sentido y alcance[411].

Los Estados Partes tienen la obligación internacional de cumplir el fallo de la Corte[412], pero la Corte no tiene imperio para hacerlo cumplir. Sin embargo, la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado[413]. El artículo 65 de la Convención dispone que la Corte informará a la Asamblea General de la OEA cuando un Estado no haya cumplido con un fallo y hará las recomendaciones que estime pertinentes.

En vistas de la falta de un mecanismo efectivo para la supervisión del cumplimiento de las sentencias[414], la Corte en su Reglamento ha diseñado un procedimiento de "supervisión de cumplimiento de sentencias y otras decisiones del Tribunal"[415]. Este procedimiento se basa en un diálogo entre la Corte y los Estados a través de la presentación de informes, incluso audiencias donde participan Estado, víctimas e incluso Comisión; con base en la información recibida, la Corte emite las resoluciones que estime pertinentes[416].

410 CADH (supra 51), artículo 63.1.
411 CADH (supra 51), artículo 67.
412 CADH (supra 51), artículo 68.1
413 CADH (supra 51), artículo 68.2.
414 La Convención Americana solo contempla que la Corte debe rendir cuenta a la Asamblea General de la OEA sobre el cumplimiento de las medidas (CADH, supra 51, artículo 65), en cambio el sistema europeo contempla un procedimiento robusto con base en los órganos políticos (artículo 46 (modificado por el protocolo de Reforma no 14, que entró en vigor el 1 de junio de 2010): "Fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias 1. Las altas partes contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del tribunal en los litigios en que sean partes. 2. La sentencia definitiva del tribunal se transmitirá al comité de ministros, que velará por su ejecución...".
415 Reglamento Corte IDH, 2009 (supra 391), artículo 69.
416 Las resoluciones que se han dictado por la Corte en materia de supervisión pueden ser consultadas en: https://www.corteidh.or.cr/supervision_de_cumplimiento.cfm?lang=es

Caso Cantoral Huamaní

Saúl Isaac Cantoral Huamaní vivía en Nazca con su esposa e hijos al momento de los hechos. Se desempeñaba desde 1987 como Secretario General de la Federación Nacional de Trabajadores Mineros, Metalúrgicos y Siderúrgicos del Perú (en adelante "FNTMMSP" o "la Federación") y dirigió la primera huelga nacional minera por el reconocimiento del Pliego Nacional Minero del 17 de julio al 17 de agosto de 1988 y una segunda huelga nacional del 17 de octubre al 17 de diciembre de 1988.

El 9 de agosto de 1988, con ocasión de la primera huelga minera, Saúl Cantoral Huamaní fue secuestrado por sujetos armados que lo detuvieron violentamente, le inyectaron alucinógenos y lo condujeron a un lugar donde fue interrogado. Según declaraciones de Saúl Cantoral Huamaní ante un periódico, dicho secuestro habría sido obra de un grupo paramilitar autodenominado "Comando Rodrigo Franco", conformado por agentes estatales.

El 15 de diciembre de 1988, luego de que el sindicato firmara un acta con el gobierno, Saúl Cantoral Huamaní fue amenazado de muerte por un grupo de personas que se identificaron como miembros del Partido Comunista del Perú - Sendero Luminoso, que irrumpió, mientras éste se encontraba con otros mineros, en campamentos que se habían levantado en la Universidad Mayor de San Marcos.

De acuerdo con las investigaciones preliminares de la Policía, aproximadamente a las 23:30 del día 13 de febrero de 1989, el servicio de patrullaje de la Policía Nacional encontró los cadáveres de dos personas en la playa del estacionamiento del parque zonal Wiracocha. Se identificó inicialmente el cadáver de Saúl Cantoral Huamaní, con heridas producidas por seis impactos de arma de fuego. Junto al cadáver fue hallada una cartulina con la inscripción "perro soplón, vendido, viva la huelga minera, viva el PCP" y el dibujo de la hoz y el martillo.

Estos hechos se producen en el marco de un patrón de violaciones de este tipo existentes en aquella época en Perú. Las desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales se produjeron de forma sistemática entre los años 1989 y 1993, y han sido atribuidas a agentes del Estado u grupos vinculados con organismos de seguridad del Estado.

Diversas Fiscalías han conocido del presente caso en estos 17 años sin que se haya conducido la investigación de manera efectiva para la individualización de los responsables, esto a pesar de los múltiples elementos que pudieron ser obtenidos de la escena del crimen, los testimonios de algunas personas que presenciaron el momento en que las víctimas fueron privados de la libertad, y del cúmulo de indicios sobre el móvil de las ejecución, que apuntaban desde un comienzo al autodenominado Comando Rodrigo Franco. Pese a las solicitudes de familiares de las víctimas, han existido años de absoluta inactividad investigativa desde que ésta se inició en el año 1989.

Perú es Estado parte de la Convención Interamericana desde el 28 de julio de 1978 y reconoció competencia contenciosa a la Corte el 21 de enero de 1981.

Preguntas

1. *¿Es competente la Comisión Interamericana para conocer del caso expuesto?*
2. *¿Existe legitimación para presentar el caso ante la Comisión?*
3. *De existir legitimación, ¿de qué tipo es esta?*
4. *¿Existe competencia material respecto de la Comisión?*
5. *¿Existe competencia en razón del tiempo respecto de la Comisión?*
6. *¿Existe competencia en razón del lugar para la Comisión?*
7. *¿Existe competencia de parte de la Corte Interamericana para conocer el caso?*
8. *¿De qué formas debiera ser presentado el caso a la Corte Interamericana?*
9. *¿Existe competencia material y en el tiempo por parte de la Corte para conocer el caso?*

Situación Derechos Humanos Ecuador 2022

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y su Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (RELE) observan el desarrollo de las manifestaciones en el marco del Paro Nacional en Ecuador; y advierten, con preocupación, la agudización de las tensiones sociales. En ese contexto, la CIDH urge a que se realicen todos los esfuerzos necesarios para que se adelante un proceso de diálogo efectivo, inclusivo e intercultural, atendiendo las demandas de grupos que históricamente han estado en situación de vulnerabilidad y con pleno respeto a los derechos humanos.

Las protestas, que iniciaron 13 de junio, tras una convocatoria de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), contienen varias demandas dentro de las que se destacan la atención a derechos económicos, sociales, culturales, y ambientales (DESCA). Estos temas han venido siendo monitoreados de cerca por la Relatoría Especial DESCA de la CIDH, con una particular atención a los importantes desafíos que enfrenta el derecho a la salud en el país. Asimismo, se registran reclamos referidos a protección social, el aumento del costo de vida, los precios de los combustibles, derechos laborales y sindicales, derecho a la educación y derechos ambientales, además de derechos colectivos de los pueblos indígenas. En la convocatoria actual, organizaciones denunciaron la ausencia de mecanismos de diálogo efectivos para dar respuesta a dichas demandas.

El Estado declaró el estado de excepción por grave conmoción interna en algunas provincias del país, primero, mediante el Decreto 455 de 17 de junio, y posteriormente, mediante Decreto 459 de 20 de junio de 2022, con vigencia de 30 días, cada uno. El Ecuador tiene el deber de garantizar que las disposiciones adoptadas resulten proporcionales y que la suspensión de derechos o garantías se realice cuando constituya la única forma de hacer frente a una determinada situación que no pueda ser enfrentada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades estatales. Además, las medidas adoptadas no deben generar una mayor afectación.

Preocupa a la CIDH que según información de la Defensoría del Pueblo 6 personas perdieron la vida en el contexto de las protestas, al menos 2 a causa de impactos de armas de fuego. Asimismo, conforme otras fuentes, al menos 166 personas manifestantes han resultado heridas y 120 agentes de la Policía Nacional. Según cifras oficiales, 108 personas han sido aprehendidas. Por su parte, organizaciones de la sociedad civil han expresado preocupación ante la detención de dirigentes sociales, incluyendo la detención del líder de la CONAIE; y posibles casos de abuso de la fuerza policial, incluyendo incursiones en albergues en sedes universitarias a donde se alojaban manifestantes. La CIDH y su RELE condena toda violación de derechos humanos cometidas en el marco de la protesta social y urgen al Estado a esclarecer las circunstancias de los fallecimientos con la debida diligencia.

Además, se tuvo conocimiento de al menos 86 hechos graves de violencia contra la prensa que cubre el Paro Nacional, según lo reportado por organizaciones de sociedad civil. Los relatos incluyen actos de agresiones físicas —incluso con el uso de látigos y lanzas— y lanzamiento de líquidos calientes contra periodistas, amenazas, hostigamiento, daños, apropiación ilícita de equipos e impactos por bombas de gases lacrimógenos. Sumado a lo anterior, la información da cuenta de ataques a sitios web de periódicos o de organizaciones de sociedad civil que monitorean y reportan sobre los sucesos en el Paro Nacional. La CIDH y su RELE observan con preocupación que al menos 61 agresiones habrían sido perpetradas por personas manifestantes y otras 15 por parte de agentes del Estado.

Preguntas

1. *¿Cómo se puede calificar estos hechos desde la tipología de derechos humanos?*
2. *¿Ante qué organismo se puede recurrir?*
3. *¿Qué medidas pueden adoptarse y con qué finalidad?*

III.4. Otros sistemas regionales de derechos humanos

En este apartado haremos una breve reseña de los sistemas regionales europeo y africano, marcando algunos elementos en común y otros diferenciadores respecto del sistema universal y del sistema interamericano de protección de derechos humanos. su origen se remonta al término de la segunda guerra mundial, el horror vivido en el continente europeo durante el periodo de la primera y la segunda guerra mundial impusieron el deber a los estados de diseñar una respuesta de protección de derechos humanos más allá de la soberanía de cada estado en los términos que había sido entendida históricamente, esto es, un espacio de total libertad para que estos actuaran incluso criminalmente en contra de los individuos sujetos a su jurisdicción.

III.4.1. Sistema europeo

El sistema europeo de derechos humanos es el más antiguo de los sistemas internacionales de protección. Su origen se remonta al término de la segunda guerra mundial y es la respuesta más completa y profunda que se dio a nivel internacional luego de los horrores de las dos guerras mundiales. Si bien los países europeos triunfantes en la Segunda Guerra Mundial (encabezados por Inglaterra) no estuvieron dispuestos a avanzar en un sistema universal de derechos humanos (el colonialismo era un claro desincentivo en esta materia), sí se vieron compelidos a desarrollar una institucionalidad robusta al interior de Europa. Este sistema se ha ido desarrollando de la mano del sistema de integración europeo, tanto económico como político.

El sistema europeo de derechos humanos tiene su base en el Consejo de Europa y su documento principal es la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH) suscrita el 04 de noviembre de 1950 en Roma y que entró en vigor el año 1953. Este instrumento se basó en la Declaración Universal de Derechos Humanos, pero ya adquiere la estructura que distingue entre derechos civiles y políticos y los derechos económicos sociales y culturales[417].

La historia del sistema europeo es interesante por su impacto en otras regiones y en particular en Latinoamérica. En su estructura original el sistema contemplaba una Comisión Europea de Derechos Humanos y un Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). La Comisión Europea funcionó entre 1953 y 1999; sin embargo, con la entrada en vigor del protocolo No. 11 (1998) se abolió la Comisión y se permitió que los individuos accedieran directamente ante la Corte Europea de Derechos Humanos. Por tanto, el TEDH es la única institución de protección de derechos humanos en Europa y actualmente está compuesta por un número

417 Los que quedaron entregados a un segundo instrumento, Carta Social Europea de 1961.

igual de jueces al de los Estados parte de la Consejo de Europa (actualmente 47). Los magistrados de la Corte son electos por la asamblea parlamentaria del Consejo de Europa a partir de ternas que son entregadas por cada Estado miembro.

El TEDH está organizado a través de secciones dentro de las cuales encontramos distintas salas. Existe una gran sala que está integrada por 17 jueces y resuelve de recursos o casos presentados ante la misma que plantean graves problemas en materia de derechos humanos que no hayan sido previamente resueltos por la Corte.

El aspecto más interesante del sistema europeo es que permite que los individuos sujetos a la jurisdicción de alguno de los Estados Partes de la CEDH puedan presentar sus demandas directamente ante la Corte Europea, sin que opere un filtro como era la labor de la Comisión hasta el año 1999[418]. Esta nueva estructura ha obligado a la Corte a tomar una serie de medidas para evitar el colapso del sistema, toda vez que la Corte recibe en un orden a 40.000 demandas anualmente[419], por lo que ha debido organizarse el trabajo para permitir tramitar este enorme volumen de casos en tiempos razonables. Asimismo, es interesante destacar que en el sistema europeo el cumplimiento de las sentencias que dicta la Corte queda en manos de un órgano político del sistema, cuál es, el Comité de Ministros del Consejo de Europa que está compuesto por los ministros de asuntos exterior de los países miembros del Consejo de Europa (artículo 46 CEDH).

La jurisprudencia del TEDH ha tenido un enorme impacto a nivel internacional y también en las jurisdicciones nacionales. Es común que otros tribunales y organismos de derechos humanos usen la jurisprudencia de la Corte como un referente para la decisión de casos en sus propias jurisdicciones[420].

III.4.2. Sistema africano

El sistema africano de derechos humanos es el más nuevo de los sistemas regionales de protección internacional de los derechos humanos. Este sistema se enmarca en la Organización de la Unidad Africana (OUA). En efecto, el año 1979 la asamblea de jefes de estado y de gobierno de la OUA creó un comité de expertos para redactar un tratado regional en la materia. Es así como el año 1981 se aprobó la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CAFDH) que es el instrumento base del sistema hoy vigente. Dicha carta entró en vigor el 21 de octubre de 1986.

---

418 Artículo 34 CEDH: "El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho".

419 El año 2022 ingresaron 45.500 demandas, lo que representa un incremento de un 3% respecto de 2021, ver: https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2022_ENG.pdf

420 Se puede acceder a la jurisprudencia e información del TEDH en español en el siguiente enlace: https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=applicants/spa&c

Actualmente, el sistema africano de derechos humanos cuenta con dos órganos. Por una parte, está la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, creada en virtud del artículo 30 de la CAFDH y qué tiene como objetivo "promover los derechos humanos y de los pueblos y garantizar su protección en África". La Comisión Africana ha desarrollado un trabajo similar al de la Comisión Interamericana, en el sentido que sus labores de protección de derechos humanos contemplan la realización de informes, creación de relatorías especiales, labor normativa y la tramitación de casos individuales[421]. El otro órgano encargado de la protección de derechos humanos en el marco del sistema africano es la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (TAFDH). La Corte fue creada en virtud de lo dispuesto en el artículo primero del Protocolo de la Carta Africana de Derechos humanos y de los Pueblos (1998). El protocolo entró en vigor en enero de 2004. La Corte está compuesta por 11 magistrados electos por los Estados, pero que gozan de independencia.

El procedimiento de casos individuales ante la TAFDH presenta algunas particularidades interesantes de destacar. El Protocolo confiere legitimación activa a la Comisión Africana, los Estados parte en el Protocolo y las organizaciones intergubernamentales africanas. De igual forma, las organizaciones no gubernamentales con estatus de observador ante la Comisión Africana y las personas pueden presentar casos directamente ante el tribunal siempre que el Estado haya depositado una declaración autorizándolo[422]. A la fecha, sólo 8 de los 33 Estados parte de dicho instrumento han depositado la declaración que reconoce la competencia del TAFDH para recibir casos directamente de organizaciones no gubernamentales e individuos[423].

El principal aporte que ha hecho el sistema africano de derechos humanos es en la reconceptualización de los derechos humanos no sólo como derechos individuales, sino que también como derechos colectivos. De esto da cuenta no sólo la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos[424].

421 Se puede revisar el trabajo de la Comisión en el siguiente enlace: https://achpr.au.int/
422 Artículo 34.6 del Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP, 1998).
423 Toda la información sobre el funcionamiento y los instrumentos que rigen el trabajo de la Corte Africana se pueden encontrar en el siguiente enlace: https://www.african-court.org/wpafc/
424 CADHP, 1998, artículos 19 al 24.

IV

SISTEMAS NORMATIVOS HUMANITARIOS y DIDH

El estudio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos debe insertarse en un campo más amplio que es el de la protección humanitaria internacional frente a distintas amenazas para los individuos y los pueblos. En este campo encontramos temas como el derecho internacional humanitario (DIH), el derecho internacional de los refugiados (DIR) y el derecho penal internacional (DPI), obviamente, junto a nuestro objeto de estudio que es el DIDH.

A continuación, se hará una breve reseña del DIH y del DIR para configurar sus contornos, poniendo énfasis en los puntos de convergencia con el DIDH. Luego, abordaremos con algún mayor detalle la normativa del DPI que contempla algunos puntos de contacto con el DIDH que es interesante explorar con mayor detalle. En efecto, ya he señalado que el derecho internacional ha desarrollado dos sistemas paralelos para enfrentar situaciones graves de violaciones a los derechos humanos: uno centrado en la responsabilidad estatal y otro centrado en la *responsabilidad personal*, esto último a través de la justicia penal internacional[425].

425 La justicia penal internacional abarca una serie de situaciones relacionadas, aunque diferentes, a lo que en términos estrictos podríamos denominar violaciones de derechos humanos (crímenes de guerra, crímenes de agresión, entre otros). Sólo para efectos de simplificar el acercamiento al tema, me centraré en aquellas materias más cercanas a los derechos humanos stricto sensu.

IV.1. Derecho Internacional Humanitario (DIH)

Para comenzar, es importante tener en consideración algunas cuestiones generales en torno al sistema humanitario dedicado a la regulación de los conflictos armados, esto es, el derecho internacional humanitario (DIH). El Comité Internacional de la Cruz Roja es la principal institución internacional dedicada al tema del DIH y ha desarrollado un amplio trabajo en terreno y también teórico que nos servirá de guía para configurar los aspectos generales que rigen este sistema normativo: concepto, principios, criterios normativos y relación con el DIDH[426].

El derecho internacional humanitario puede ser definido como:

> El "Derecho Internacional Humanitario" es un cuerpo de normas internacionales, de origen convencional y consuetudinario, específicamente destinado a ser aplicado en los conflictos armados, internacionales o no internacionales, y que limita el derecho de las Partes en conflicto a elegir libremente los métodos y los medios utilizados en la guerra (Derecho de la Haya), o que protege a las personas y a los bienes afectados (Derecho de Ginebra).[427]

Para comprender los alcances del DIH es necesario tener en consideración que lo que está en juego es una tensión permanente entre dos principios: el de necesidad militar y el humanitario[428]. De ahí que el enorme desafío que tiene el DIH es buscar equilibrar el principio de necesidad militar que permite el uso de la fuerza para doblegar la voluntad del enemigo y el principio humanitario que busca proteger al individuo frente a actos desproporcionados a fin de cumplir con el principio militar[429].

Justamente para poder equilibrar estos dos principios en disputa se han desarrollado una serie de distinciones que permitan aplicar límites al ejercicio del poder militar en un conflicto armado[430].

---

426 El trabajo de la CICR se puede consultar en: https://www.icrc.org/es

427 En estos materiales seguimos el trabajo más didáctico sobre estas materias es Swinarski, C. "Introducción al Derecho Internacional Humanitario". Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 1984. [en adelante Swinarski, 1984]; y el estudio más reciente de N. Melzer. Derecho Internacional Humanitario. Una introducción general. Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 2019. [en adelante Melzer, 2019].

428 "[t]odo el andamiaje jurídico que se ha erguido, no habría sido posible sin que hubiera existido el postulado de equilibrio entre los intereses político-militares de los Estados -las famosas "necesidades militares"- y las consideraciones de diverso orden tendientes a "civilizar la guerra" o, por lo menos, a temperar sus efectos excesivos, inútiles y laterales" (Swinarski, 1984, supra 427).

429 "Las normas de jus in bello están marcadas por esta tensión. En efecto, por una parte, se aceptan las operaciones racionalmente necesarias para fines militares (principio de necesidad); por otra parte, se rechazan las operaciones que no son necesarias, así como el empleo de fuerza —en aquéllas que sí lo son— de un modo que no guarde proporción con el fin militar que se persigue (principio de proporcionalidad)" (J. Zalaquett. Apuntes de clase, Chile, Facultad de Derecho – Universidad de Chile, Santiago, 2002. [en adelante Zalaquett, 2002]). Para un detalle de estos principios y sus consecuencias normativas, ver Melzer, 2019, (supra 427), At. 17-21.

430 Sobre el principio de distinción de Melzer, citando instrumentos internacionales, señala "La piedra angular del DIH es el principio de distinción. Se basa en el reconocimiento de que "el único objetivo legítimo que los Estados deben proponerse durante la guerra es la debilitación de las fuerzas militares del enemigo", mientras que "la población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares". Por tanto, las partes en un conflicto armado "harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares" (Melzer, 2019, supra 427, At. 17).

La primera de estas distinciones es la situacional. El DIH se aplica en forma excepcional en casos de conflictos armados, sean internacionales o no internacionales, a diferencia de las normas sobre DIDH que se aplican en la generalidad de las situaciones, incluidas las de conflictos armados[431]. A modo de resumen, podemos señalar:

- **Conflictos armados internacionales**. El Artículo 2 Común de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, hace aplicables estos convenios a los conflictos armados de carácter internacional.
- **Guerras de "liberación".** El Protocolo I de 1977 asimila ciertos conflictos internos a los de carácter internacional: aquellos conflictos en que los pueblos libran luchas de liberación en contra de poderes coloniales, ocupación extranjera o un régimen racista. Los combatientes, si hechos prisioneros, tienen la calidad de prisioneros de guerra.
- **Conflictos internos del tipo Protocolo II**. Este Protocolo se aplica a determinados conflictos armados internos[432]. Los combatientes no gozan de la inmunidad penal propia del prisionero de guerra.
- **Artículo 3 común de los Convenios de 1949**. Se aplica a todo conflicto armado interno. Para estos efectos es necesario definir qué es, en sentido genérico, un conflicto armado. Los siguientes elementos son generalmente considerados como definitorios: que las partes que se enfrentan tengan una organización bajo mando responsable y una capacidad de emprender acciones militares sostenidas y concertadas. Otros definen conflicto armado sobre la base del tipo de alzamiento o enfrentamiento, que debe ser tal, que requiera más que la capacidad normal de una policía para hacerles frente. El Artículo 3 Común contiene en realidad normas básicas de derechos humanos. Su efecto es que permite intervención del CICR y somete la conducta de las partes beligerantes no gubernamentales a los principios de humanidad.
- **Tensiones internas y disturbios interiores**. están por debajo de las situaciones del Artículo 3 pues ni siquiera son conflictos armados[433]. Se aplican a tal situación exclusivamente las normas de derecho interno y de derechos humanos, incluyendo entre ellas posibles normas sobre estados de excepción.

Una segunda distinción relevante es entre combatientes y civiles. Aquí el criterio básico es que los blancos legítimos de ataques militares son exclusivamente los combatientes adversarios, mientras tengan la capacidad de combatir, y los objetivos militares[434].

431 Ya vimos que en materia de suspensión de derechos se contempla la posibilidad de suspender el pleno goce y ejercicio de algunos derechos en casos de conflictos armados.
432 Ver Artículo 1 del Prot. II.
433 Ver definición en Prot. II, artículo 1.2.
434 Melzer, 2019 (supra 427), At. 187-193.

Una tercera distinción es aquella que dice relación con los medios y métodos legítimos de conducir las hostilidades. El derecho internacional humanitario establece[435] que existen ciertos métodos de conducir las hostilidades que no son lícitos, tales como, la utilización de símbolos de emergencia sanitaria (cruz roja o la media luna roja) con fines bélicos o la utilización de hospitales o ambulancias para pertrechar y/o trasladar tropas o municiones. Por otra parte, también hay ciertos medios que no son aceptables, tales como, las minas antipersonales en tanto son medios que generan un daño superfluo en los combatientes y, además, permiten daños indiscriminados y desproporcionados.

En cuanto a la relación del DIH con el DIDH, siguiendo al profesor SWINARSKI (1984), podemos señalar que son tres las principales teorías en esta materia:

- Se preconizaba considerar que los Derechos Humanos son parte integrante del Derecho Internacional Humanitario considerado como el primer sistema específicamente destinado a proteger el ser humano.
- Para los que enfocaban sobre todo la naturaleza y el origen de estas dos ramas del derecho, era inaceptable abarcar dentro del mismo molde jurídico a las normas procedentes del derecho de la guerra y a las que deberían ser la base misma de la normativa de la paz.
- Al desarrollarse estas dos ramas del derecho y en el marco de la elaboración de sus nuevos instrumentos (los Pactos Universales, los Convenios regionales sobre Derechos Humanos y los Protocolos Adicionales al Derecho Humanitario) se descubrió que ambas tienen varias interacciones y varias perspectivas en común. Luego de haber examinado sus respectivos ámbitos de aplicación, apareció, por fin, la escuela complementarista que parece reflejar adecuadamente las relaciones entre ellos, tal como se presentan en la realidad[436].

A juicio de MELZER (2019), la relación está marcada por objetivos comunes, pero marcando las diferencias:

> Si bien el DIH regula la conducción de las hostilidades y la protección de las personas en situaciones de conflicto armado, el derecho internacional de los derechos humanos protege a las personas contra el empleo arbitrario o abusivo de la fuerza por parte de las autoridades estatales. Si bien estas ramas del derecho coinciden en muchos aspectos, existen entre ellas diferencias significativas.[437]

435 A modo de ejemplo, ver: COMPLETAR REFERENCIA AL PROTOCOLO artículo 35. núm. 1 del Protocolo I de los convenios de Ginebra. Ver también las normas de los núm. 2 y 3 del mismo artículo.
436 Swinarski, 1984 (supra 427).
437 Melzer, 2019 (supra 427), At. 29.

En la línea de complementariedad —predominante en los órganos de protección de derechos humanos— hay un par de elementos que deben ser destacados. Por una parte, el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949[438], los que contienen un verdadero catálogo de derechos humanos dentro de instrumentos de derecho humanitario. En este artículo se contemplan cuestiones como el derecho a la vida, la integridad personal o el debido proceso. Sin duda esta norma ha cumplido un rol fundamental para el juzgamiento de crímenes que no se encuentran regulados por otras normativas específicas en el derecho interno e internacional.

La otra materia relevante sobre la complementariedad dice relación con un aspecto hermenéutico. Así, para la interpretación de normas sobre derechos humanos en contextos de conflictos armados, la normativa internacional es un instrumento útil para fijar el contenido y alcance de los derechos consagrados en instrumentos de DIDH. Por ejemplo, en el caso del derecho a la vida, determinar qué implica "privar arbitrariamente de la vida" a una persona en un contexto de conflicto armado debe ser leído a la luz de las normas propias del DIH que complementan la interpretación del DIDH[439].

438 "En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones: 1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. 2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos. Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto. Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio. La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto". (Convenios de Ginebra de 1949, artículo 3 común).

439 Sobre los usos del DIH en el DIDH por parte de la Corte Interamericana, ver Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 17: Interacción entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. San José, Costa Rica. Corte IDH, 2021. [en adelante Corte IDH, 2021, Cuadernillo 17].

JURISPRUDENCIA

ÓRGANO: *Corte Interamericana de Derechos Humanos*

112. Respecto de la complementariedad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con el Derecho Internacional Humanitario, la Corte estima necesario destacar que toda persona, durante un conflicto armado interno o internacional, se encuentra protegida tanto por las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como por ejemplo la Convención Americana, como por las normas específicas del Derecho Internacional Humanitario, por lo cual se produce una convergencia de normas internacionales que amparan a las personas que se encuentran en dicha situación. En este sentido, la Corte destaca que la especificidad de las normas de protección de los seres humanos sujetos a una situación de conflicto armado consagradas en el Derecho Internacional Humanitario, no impide la convergencia y aplicación de las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos consagradas en la Convención Americana y en otros tratados internacionales.

115. En este mismo sentido, el Derecho Internacional Humanitario consagra en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, la complementariedad de sus normas con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al establecer, inter alia, la obligación que tiene un Estado en situación de conflicto armado de carácter no internacional, de brindar un trato humano y sin distinción alguna de índole desfavorable a las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas, o que hayan quedado fuera de combate por cualquier razón. En particular, el Derecho Internacional Humanitario prohíbe, en cualquier tiempo y lugar, los atentados contra la vida, la integridad y la dignidad de las personas nombradas anteriormente.

116. Asimismo, el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), reconoce en su preámbulo la complementariedad o convergencia entre las normas del Derecho Internacional Humanitario con las del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al señalar que "[...] los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos ofrecen a la persona humana una protección fundamental". Además, el artículo 75 del Protocolo I a dichos Convenios, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, al referirse a las garantías fundamentales de todas las personas que estén en poder de una Parte en conflicto y que no disfruten de un trato más favorable en virtud de los referidos Convenios o de dicho Protocolo, y el artículo 4 del Protocolo II, al referirse a las garantías fundamentales de todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, las que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privados de libertad, señalan que tales personas deben gozar de dichas garantías, consagrando de esta forma la complementariedad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario.

CASO

Corte IDH. Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Excepciones Preliminares. Sentencia de 23 de noviembre de 2004. Serie C No. 118.

IV.2. Derecho Internacional de los Refugiados (DIR)

Los fenómenos de movilidad humana se han transformado en uno de los mayores desafíos políticos, económicos y sociales de las últimas décadas y también se han transformado en un tema de derechos humanos. Así, los organismos internacionales de protección de derechos humanos han debido desarrollar diversos esfuerzos por establecer parámetros mínimos de trato a las personas en situación de movilidad humana. El refugio internacional es una institución vinculada con la protección de las personas que sufren de persecución en su Estado de origen y que las obliga a movilizarse a un tercer Estado en busca de protección.

La regulación del refugio tiene una larga data, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 es el principal instrumento internacional y es parte del proceso global de regulación internacional de la protección de las personas junto con la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y los Convenios de Ginebra de 1949 sobre Derecho Humanitario.

La principal institución a nivel internacional dedicada a la protección de personas refugiadas es ACNUR[440].

Durante las últimas décadas las situaciones sobre refugio han vuelto a ser un tema central en la agenda internacional. Así, el último informe de ACNUR sobre la situación a nivel mundial da cuenta de 20,7 millones de personas bajo el mandato de la Organización y, en el caso de Latinoamérica, se da cuenta de más de 750 mil personas en situación de refugio[441]. Así, es evidente que el problema del refugio es una situación grave y que desafía las posibilidades de la protección internacional de derechos humanos.

La Convención de 1951 (complementada por el Protocolo de 1967) define a la persona objeto de protección como refugiado como aquella persona que:

> debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.[442]

En consecuencia, los elementos centrales para definir el refugio son: que la persona esté fuera de su país de origen o residencia, que tenga fundados temores de ser perseguida y que dichos temores se basen en ciertas condiciones.

---

440 Ver https://www.acnur.org/

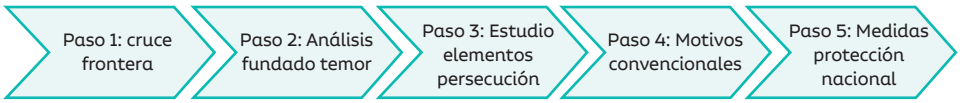
441 ACNUR. Informe Global de Acnur 2020. [en adelante ACNUR, 2020], At. 8-10. Disponible en https://www.acnur.org/6178a8114 (visitado abril 2022).

442 Convención de 1951 (complementada por el Protocolo de 1967).

De acuerdo con la normativa internacional sobre refugio, las personas solicitantes de tal categoría (protegida), tienen una serie de derechos y los Estados que reciben la solicitud de refugio están obligadas a cumplir ciertos mínimos en el proceso de determinación de dicha condición.

Así, nos encontramos con una serie de pasos donde es posible observar la relación entre la normativa que regula el refugio y el DIDH (figura 16).

Figura 16. Pasos para el otorgamiento de medidas de protección sobre refugio a las personas solicitantes.



Fuente: Elaboración propia

A modo de ejemplos, podemos señalar que en la justificación de los temores de persecución un contexto de violaciones graves de derechos humanos puede ser determinante[443]. De la mismo forma, al momento de analizar las motivaciones de la persecución, los criterios sobre prohibición de discriminación con relevantes. Finalmente, en el proceso para la determinación de la condición de refugiado, normas de DIDH son esenciales. A fin de ilustrar de mejor forma esta relación, a continuación, se detallan algunos desarrollos habidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En primer lugar, en relación con la normativa aplicable, la Corte Interamericana ha debido realizar un ejercicio interpretativo para poder utilizar en sus decisiones jurisdiccionales, que se encuentran limitadas a la Convención Americana y otros instrumentos del sistema interamericano que le confieren competencia material, instrumentos generales sobre refugio, como la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. Al efecto, la Corte ha señalado que, en virtud del artículo 29.b (principio interpretación integral), debe considerar otros instrumentos internacionales a fin de interpretar las obligaciones del Estado en materia de refugio; así, señala que "al utilizar las fuentes, principios y criterios del Derecho Internacional de Refugiados como normativa especial aplicable a situaciones de determinación del estatuto de refugiado de una persona y sus derechos correlativos, en forma complementaria a la normativa convencional, la Corte no está asumiendo

443 La Declaración de Cartagena de 1984, es muy explícita en este sentido: "la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público". (Declaración de Cartagena sobre Refugiados. Adoptado por el "Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios", celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984. [en adelante Declaración de Cartagena, 1984], conclusión tercera).

una jerarquización entre órdenes normativos",[444] sino que los está utilizando con un fin hermenéutico.

Sobre dicha base normativa amplia, la Corte ha podido determinar las obligaciones de los Estados en relación con las personas en situación de refugio conforme a los estándares internacionales aplicables en la materia. Una primera aclaración que ha formulado la Corte es que el reconocimiento de la condición de refugiado es un acto declarativo de un status que surge del cumplimiento de las condiciones que la Convención de 1951 establece[445]. Además, la Corte reconoce que durante las últimas décadas se han generado prácticas de los Estados "consistentes en otorgar protección internacional como refugiados a las personas que huyen de su país de origen debido a la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público" [446] ampliando con ello los alcances de las condiciones que sirven de base para reconocer a una persona la condición de refugiado, en una clara convergencia entre la protección de derecho humanos y el derecho sobre refugio.

Un aspecto que ha sido desarrollado en forma pormenorizada por la Corte Interamericana es el principio de "no devolución".[447] En efecto, a su juicio, este representa una "piedra angular" de la protección internacionales de los refugiados y le ha dado un alcance más amplio a la luz de la Convención Americana (artículo 22.8). Así, ha señalado que:

> la prohibición de devolución por mandato convencional ofrece una protección complementaria para extranjeros que no son solicitantes de asilo o refugiados en casos en que su derecho a la vida o libertad se encuentre amenazado por los motivos enlistados. La protección del principio de no devolución establecido en la referida disposición (22.8) alcanza, en consecuencia, a toda persona extranjera y no sólo a una categoría específica dentro de los extranjeros, como sería los solicitantes de asilo y refugiados.[448]

Asimismo, la Corte ha entendido ampliamente qué implica "devolución", señalando que esta comprende conductas tales como "la deportación, la expulsión o la extradición, pero también el rechazo en frontera, la no admisión, la interceptación en aguas internacionales y el traslado informal o 'entrega'"[449].

---

444 Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 143.

445 Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 145.

446 Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 79.

447 Este principio consiste en "la obligación a cargo del Estado de no devolver de ningún modo a una persona a un territorio en el cual sufra riesgo de persecución" (Corte IDH. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25 [en adelante Corte IDH, 2018, OC-25/18], párr. 179). El primer desarrollo de la Corte en este tema fue: Corte IDH. Caso Wong Ho Wing Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297 donde la persona alegaba el riesgo de ser condenada a muerte y torturada en caso de ser extraditada a China.

448 Corte IDH, 2018, OC-25/18 (supra 447), párr. 186.

449 Corte IDH, 2018, OC-25/18 (supra 447), párr. 190.

En el mismo sentido, el Comité contra la Tortura emitió una Observación General sobre el tema, atendido que un importante flujo de casos individuales ante dicho organismo decía relación con esta materia y ahí establece estándares básicos para prevenir la tortura vinculados con procesos de expulsión de personas sujetas a jurisdicción del Estado receptor[450].

Por último, un aspecto central para una efectiva protección de los derechos de las personas solicitantes de refugio es la garantía del derecho a un debido proceso en la tramitación de sus solicitudes. De esta forma, la Corte ha establecido algunos estándares mínimos que se deben satisfacer por parte de los Estados: a) garantizarse los servicios de un intérprete competente, así como, en su caso, el acceso a asesoría y representación legal, para someter su solicitud ante las autoridades; b) la solicitud debe examinarse, con objetividad, en el marco del procedimiento establecido al efecto, por una autoridad competente claramente identificada, lo cual requiere la realización de una entrevista personal; c) las decisiones deben estar debidamente fundamentadas en forma expresa; d) el procedimiento debe respetar en todas sus etapas la protección de los datos del solicitante y de la solicitud y el principio de confidencialidad; e) si no se reconoce al solicitante la condición de refugiado, se le debe brindar la información sobre cómo recurrir y concedérsele un plazo razonable para ello, según el sistema vigente, a fin de que se reconsidere formalmente la decisión adoptada; y f) el recurso de revisión o apelación debe tener efectos suspensivos y debe permitirse al solicitante que permanezca en el país hasta que la autoridad competente adopte la decisión del caso, e inclusive mientras esté pendiente el medio de impugnación, a menos que se demuestre que la solicitud es manifiestamente infundada[451]. Finalmente, la Corte ha señalado que las decisiones deben poder ser recurridas si no se reconoce al solicitante la condición de refugiado, concedérsele un plazo razonable para ello, a fin de que se reconsidere formalmente la decisión adoptada[452] y si se recurre, el recurso de revisión o apelación "debe tener efectos suspensivos y debe permitirse al solicitante que permanezca en el país hasta que la autoridad competente adopte la decisión del caso, e inclusive mientras esté pendiente el medio de impugnación"[453].

Además, la Corte Interamericana ha aclarado los alcances de la figura del "asilo" como una institución relacionada con el refugio, pero con alcances más amplios. En

450 "Todos los Estados partes deben aplicar el principio de no devolución en todo territorio que esté bajo su jurisdicción o en toda zona sujeta a su control o autoridad, o a bordo de todo buque o aeronave de su pabellón, a todas las personas, incluidas las que soliciten o necesiten protección internacional, sin ningún tipo de discriminación e independientemente de la nacionalidad de la persona o de su condición de apatridia, si es el caso, y de su situación jurídica, administrativa o judicial, en circunstancias normales o en estado de emergencia [...]" (Organización de las Naciones Unidas, Comité Contra la Tortura (CAT). CAT/C/GC/4: Observación general núm. 4 (2017), relativa a la aplicación del artículo 3 de la Convención en el contexto del artículo 22, 04 septiembre 2018. [en adelante CAT, 2018, documento CAT/C/GC/4], párr. 10).

451 Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 159.

452 Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21. [en adelante Corte IDH, 2014, OC-21/14], párr. 258.

453 Corte IDH, 2014, OC-21/14 (supra 452), párr. 259.

este sentido, la Corte ha desarrollado parámetros de protección en casos de asilo, reconociendo que estos también comprenden elementos diplomáticos más amplios que en las situaciones de refugio, lo que se traduce en posibilidades de protección más variadas que incluyen la protección de un Estado en territorio de un tercer Estado[454].

En definitiva, los organismos internacionales de protección de DDHH han ido ampliando y profundizando los estándares de protección de las personas que deben movilizarse internacionalmente en busca de protección frente a la amenaza seria de sus derechos humanos. En estos casos, el contexto fáctico en que se encuentran las personas objeto de la protección es fundamental, ya que atendida su condición de vulnerabilidad la protección de derechos debe ser más amplia y profunda.

IV.3. Derecho Penal Internacional (DPI)

Ya se ha señalado previamente en este Curso que el derecho internacional ha desarrollado dos sistemas paralelos para enfrentar situaciones graves de violaciones a los derechos humanos: uno centrado en la responsabilidad estatal y otro en la responsabilidad personal, esto último a través de la justicia penal internacional[455].

Un elemento que une al DIDH con el DPI es un cambio de paradigma en el Derecho Internacional Público, cual es, el rol de los individuos. En efecto, durante siglos la normativa internacional estuvo preocupada de regular a los Estados y los organismos internacionales, sin una regulación sobre los individuos. Por ello, el aporte del DIDH en tanto los individuos pasan a ser sujetos activos (pudiendo incluso llevar a Estados ante órganos jurisdiccionales internacionales) y también sujetos pasivos, a través del juzgamiento de responsabilidades personales producto de crímenes internacionales.

La base de la decisión de traslado de la jurisdicción desde lo nacional a lo internacional se funda en el objetivo común que presenta toda la protección internacional de derechos humanos: proteger al individuo frente al Estado. La eficacia de la protección de derechos humanos a través de la sanción penal internacional está dada por el reconocimiento de la necesidad de que los individuos respondan personalmente por los crímenes cometidos y que la posibilidad de justicia no se restrinja exclusivamente a la respuesta estatal[456]. En este sentido, la amenaza de la sanción penal es un medio para disuadir y, por tanto, prevenir la comisión de estos actos[457].

---

454 Corte IDH, 2018, OC-25/18 (supra 448), párrs. 105-107 y 163.

455 La justicia penal internacional abarca una serie de situaciones relacionadas, aunque diferentes a lo que en términos estrictos podríamos denominar violaciones de derechos humanos (crímenes de guerra, crímenes de agresión, entre otros). Solo para efectos de simplificar el acercamiento al tema me centraré en aquellas materias más cercanas a los derechos humanos stricto sensu.

456 Estoy en deuda con la profesora Cecilia Medina quien hace ya muchos años me iluminó respecto a esta visión unitaria de ambos sistemas normativos.

457 Este es un punto relevante para considerar, ya que el desarrollo de la justicia penal internacional está fundado en la idea de que hay ciertos crímenes que no sólo ofenden a las víctimas, sino que son una afrenta a la humanidad, entendiendo esta como un sujeto de derecho internacional. (G. Werle, Tratado de Derecho Penal Internacional, Tirand lo Blanch, Valencia, 2005. [en adelante Werle, 2005], At. 79-81).

Por otra parte, la aplicación de una sanción penal, una vez ocurrida la acción criminal, busca un objetivo de satisfacción de la víctima y de castigo al responsable[458]. Objetivos distintos, pero complementarios[459].

Por tanto, podemos entender el derecho penal internacional como una rama del derecho internacional que tipifica conductas especialmente graves para la comunidad internacional como crímenes de trascendencia para la humanidad en su conjunto y consagra mecanismos procedimentales para perseguir dichos ilícitos[460].

Una aproximación contemporánea al tema de la justicia internacional surge en el periodo que vino tras la Primera Guerra Mundial[461]. En el propio Tratado de Versalles (1919) se dispone la creación de un Tribunal Internacional Especial para juzgar al Kaiser Guillermo II por «un delito supremo contra la moral internacional y la inviolabilidad de los tratados» (artículo 227). Este proceso no condujo a ningún resultado práctico, ya que el Kaiser se fugó y solicitó asilo en los Países Bajos y así pudo evadir la acción de la justicia internacional. Además, respecto de los crímenes cometidos en la misma Primera Guerra Mundial por otros alemanes se produjo un interesante proceso —también frustrado— de juzgamiento, ya que iniciado el proceso de juzgamiento Alemania reconoció el derecho de las fuerzas aliadas de juzgar a los infractores de las leyes y costumbres de guerra en tribunales de aliados, pero ofreció juzgar ella misma dichos crímenes. Los aliados aceptaron el ofrecimiento con el siguiente resultado: de 901 casos a ser investigados, 888 fueron sobreseídos o finalizaron con declaraciones de inocencia; los 13 condenados finalmente no cumplieron la condena impuesta.

Sin duda alguna, el paso fundamental en materia de justicia penal internacional se dio en los procesos seguidos al final de la Segunda Guerra Mundial. Los juicios de Nüremberg y Tokio marcaron un hito en este tema, tanto por los esfuerzos de la comunidad internacional por no dejar en la impunidad los crímenes cometidos por el régimen nazi y por Japón como por las críticas que surgieron a la forma en la que se desarrolló este esfuerzo. En el Tribunal Internacional Militar de Núremberg (1945), así como en el Tribunal Internacional Militar para el Lejano Oriente (Tokio, 1946) se persiguieron las responsabilidades individuales de individuos por crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad[462].

458 Esta ha sido la jurisprudencia constante de la Corte Interamericana para justificar la obligación del Estado de investigar y sancionar las violaciones graves de derechos humanos, ver: Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, No.15, párr. 110.

459 Una mirada sobre la complementariedad de los dos sistemas en el marco del derecho internacional público se puede encontrar en T. Meron. The Humanization of International Law, Editorial Martinus Nijhoff Publishers Leiden; The Hague Academy of International Law, Países Bajos. 2006. [en adelante Meron, 2006]; A.A. Cançado, The Construction of a Humanized International Law, Brill Nijhoff, Leiden, 2015. [en adelante Cançado, 2015].

460 Se puede profundizar en esta visión en Meron, 2006 (supra 459); y más recientemente en K. Heller, et al. The Oxford Handbook of International Criminal Law, Oxford Handbooks, Oxford, 2020. [en adelante Heller et al., 2020].

461 Para una mirada histórica y su relación con el contexto político mundial ver A. D'Alessio. Los delitos de Lesa Humanidad, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008. [en adelante D'Alessio, 2008], At. 1-13; J. Guevara. "La Corte Penal Internacional (Un acercamiento a su competencia y jurisdicción)", en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, C. Martin et. al., Ed. Fontamara, 2004. [en adelante Guevara, 2004], At. 691-735; Werle, 2005 (supra 457), At. 41-75.

462 Una mirada integral sobre el tema y las críticas a las experiencias de justicia penal internacional puede encontrarse en Werle, 2005 (supra 457); Heller et al., 2020 (supra 460).

Estos esfuerzos de justicia internacional dieron origen a un proceso normativo muy interesante. Por una parte, la Asamblea General de las Naciones Unidas confirmó los Principios de Derecho Internacional codificados en el Estatuto del Tribunal de Núremberg (1946)[463] y, posteriormente, se realizaron esfuerzos de codificación a través de la Comisión de Derecho Internacional[464]. Como es de suponer, estos esfuerzos no avanzaron en el contexto de la Guerra Fría, que precisamente congeló toda posibilidad de poner de acuerdo a las principales potencias de la época para dar pasos decisivos en este proceso[465].

No es casual, por tanto, que no sea sino hasta el término de la Guerra Fría (fines de la década de 1980) que se dieron nuevos pasos en el ámbito de la justicia internacional. Serían los crímenes que se produjeron en el contexto de la guerra en la exYugoslavia y los hechos de los que fue testigo la humanidad en Ruanda los que permitirían avanzar en este campo[466]. El Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia (TPIY, 1993) buscó el juzgamiento de responsabilidad internacional por graves violaciones de las Convenciones de Ginebra de 1949, violaciones de las leyes y costumbres de la guerra, genocidio y crímenes contra la humanidad en conflicto armado, nacional o internacional, dirigido contra la población civil[467]. Por su parte, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR, 1994) persiguió responsabilidad para los siguientes ilícitos: genocidio; crímenes contra la humanidad por ataque sistemático o extendido contra población civil por razones políticas, étnicas o raciales o pertenencia a una nación determinada y violaciones graves del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra[468].

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

- Fueron una respuesta *ex post facto*. En este sentido son tribunales especiales y con jurisdicción retroactiva.
- Vinculado con lo anterior, en los casos de la Ex-Yugoslavia y Ruanda la justicia internacional penal recibió críticas muy por problemas de selectividad implícita en la medida que al definir ciertos factores de tiempo y lugar en que se debía centrar la investigación implicaba dejar fuera ilícitos de igual gravedad de los que se iban a juzgar.

---

463 Resolución 95 (I) de la Asamblea General de 11 de diciembre de 1946. Disponible en http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1852538/Resolucion_95_I_11_diciembre_1946.pdf/eaf39bbf-f376-44f3-a409-c15aa62e75c4

464 Se tradujo en un proyecto de «Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad» de 1954.

465 Ver: S. Williams, "The Rome Stature on the International Criminal Court: from 1947-2000 and Beyond", en Osgoode Hall Law Journal, Summer 2000. [en adelante Wiliams, 2000]; A. Cassese. International Criminal Law, Oxford University Press, Nueva York, 2003. [en adelante Cassese, 2003]

466 Sobre este complejo proceso para establecer estos tribunales ad hoc ver Werle, 2005 (supra 457), At. 62-67.

467 Información sobre el tribunal en https://www.icty.org/en

468 Información completa sobre el tribunal en https://unictr.irmct.org/

- También se puede criticar en base a dos preguntas: ¿quién juzga? y ¿a quién se juzga?, principalmente, por el problema de selectividad que se genera. Además, de que en algunos de estos casos existe un claro "juzgamiento de los vencedores a los vencidos" lo que afecta la legitimidad del sistema.
- Un tema muy criticado fue que en estos casos se juzgó responsabilidad penal en circunstancias que no estaban tipificados con anterioridad a los ilícitos que iban a acarrear la responsabilidad penal internacional.
- Finalmente, una crítica que siempre ha estado presente respecto de la justicia penal ha sido la crítica que han formulado los Estados en orden a que esta forma de jurisdicción internacional se arroga una actividad propia de las jurisdicciones nacionales.

IV.3.1. Corte Penal Internacional

Frente a las críticas surgidas en torno al desarrollo de la justicia penal internacional[469], la creación de la Corte Penal Internacional implica un gran paso de la comunidad global para dar respuesta a estos cuestionamientos[470]. Las críticas versaban sobre aspectos esenciales de la justicia penal: necesidad de un tribunal establecido con anterioridad a los hechos, falta de tipificación previa y precisa de los ilícitos, y procedimientos detallados para el juzgamiento, entre otros. En este sentido, el artículo 1 del Estatuto de Roma puede ser leído como una respuesta a cada una de estas críticas:

> La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. La competencia y el funcionamiento de la Corte se regirán por las disposiciones del presente Estatuto. [471]

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

- Carácter permanente, como una forma de superar las críticas a la creación de tribunales especiales *ex post facto* para el juzgamiento de crímenes internacionales. Además, la Corte Penal Internacional juzgará sólo hechos ocurridos con posterioridad a su ratificación y no tendrá competencia retroactiva.
- El Tribunal Internacional sólo juzgará los crímenes internacionales más graves, los que estarán previamente tipificados en el propio Estatuto (artículos

469 Una interesante mirada crítica de lo que se llama «justicia de los vencedores» puede encontrarse en D. Zolo. La justicia de los vencedores. De Nüremberg a Bagdad, Madrid, Editorial Trotta, 2007. [en adelante Zolo, 2007]

470 Guevara, 2004 (supra 461); Werle, 2005 (supra 457).

471 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ER). Documento A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, enmendado por los procès verbaux de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002. [en adelante ER]. El Estatuto entró en vigor el 1o de julio de 2002. Información completa en https://www.icc-cpi.int/

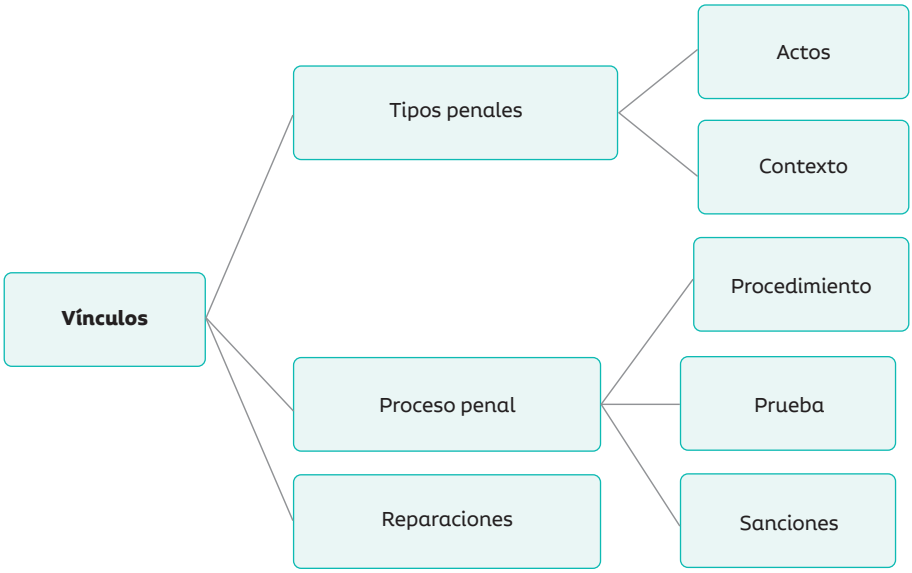
5 y siguientes), superando con ello las críticas de falta de tipificación de los ilícitos internacionales antes de la comisión de los actos a ser juzgados.

- La CPI Juzgará solamente la responsabilidad penal de personas y no de Estados (artículo 25).
- La Corte tendrá un carácter complementario de las jurisdicciones nacionales, esto es, sólo actuará en aquellos casos en que el Estado no pueda hacerlo o no quiera cumplir con esta obligación (artículos 17 y 20 ER). Así, puede darse la complementariedad por voluntad (debido proceso), complementariedad por imposibilidad (colapso sistema), cosa juzgada (excepción fraude y falta debido proceso) y falta de gravedad de los hechos (salida anticipada para no entrar en el fondo del proceso).

En este punto podemos decir, con claridad, que las críticas a la justicia penal internacional eran coherentes con los desarrollos del DIDH y, por tanto, el Estatuto de Roma es un intento serio de los Estados por dotar de legitimidad a la justicia penal internacional, teniendo como base los estándares de derechos humanos desarrollados internacionalmente durante las últimas décadas.

El esquema de la figura 17 muestra cómo pueden establecerse esos vínculos entre tipos penales, procesos y reparaciones para una Corte con funciones de justicia penal internacional.

Figura 17. Esquema de los vínculos entre tipos penales, proceso penal y reparaciones.



Fuente: Elaboración propia

IV.3.2. Crímenes internacionales

A partir de las primeras experiencias de la justicia internacional se ha trabajado sobre la base de un conjunto de ilícitos internacionales: genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y crímenes contra la paz (agresión). Esto es lo mismo que recoge el Estatuto de Roma (ER). Así, el marco general de la regulación de los ilícitos internacionales está contemplado en el artículo 5 del Estatuto:

> 1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:
>
> a) El crimen de genocidio;
>
> b) Los crímenes de lesa humanidad;
>
> c) Los crímenes de guerra;
>
> d) El crimen de agresión.
>
> 2. La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.[472]

Ilícitos internacionales. A continuación, vamos a revisar las principales características de estos ilícitos internacionales y su relación con el DIDH.

(a) Genocidio (artículo 6 ER). El delito de genocidio ha marcado el debate sobre el Derecho Penal Internacional. No se encontraba definido al momento de los juzgamientos de Núremberg y Tokio. La Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio (1948) fue el primer tratado internacional donde se le definió como crimen que "ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar"[473]. La primera condena internacional por genocidio fue el caso Akayesu (1998) por el Tribunal Ad-hoc de Ruanda[474].

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

> Artículo 6: A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "genocidio" cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:
>
> a) Matanza de miembros del grupo;
>
> b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;

472 ER (supra 471), artículo 5.
473 Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio (1948), artículo 1.
474 Un resumen en español de la sentencia en https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4936/6.pdf La sentencia completa se encuentra en https://ucr.irmct.org/scasedocs/case/ICTR-96-04#eng

c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;

d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo;

e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.475

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

- El primer elemento, central en la definición del genocidio, es la necesidad de que concurra un elemento subjetivo: la intención de cometer el crimen de exterminio total o parcial, esto es, de exterminar a un cierto grupo (no necesariamente se debe concretar el objetivo)[476].
- En segundo lugar, el grupo a ser exterminado debe ser un grupo nacional, étnico, racial o religioso[477].

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

- Si bien este es conceptualmente parte del delito de crimen de lesa humanidad, se mantiene su tratamiento separado, básicamente, por una cuestión de relevancia del ilícito en la historia del derecho penal internacional y, por eso, se le trató en forma autónoma.
- No hubo consenso en la discusión del Estatuto de Roma (1998) en ampliar el tipo a otra categoría de grupos afectados, como son los grupos políticos. Obviamente, las grandes potencias mundiales abrirían una puerta para investigar persecuciones ocurridas con motivaciones políticas en distintas partes del orbe, lo cual ha sido siempre un obstáculo de realismo político para ampliar la definición de genocidio.

---

475 ER (supra 471), artículo 6.

476 Elementos útiles para determinar dicha intención genocida: "(a) el contexto general en la perpetración de otros actos culpables y sistemáticos dirigidos en contra del mismo grupo, sea que estos actos hayan sido cometidos por el mismo perpetrador u otros; (b) la escala de las atrocidades cometidas; (c) su naturaleza, en general; (d) su ejecución en una región o país; (e) el hecho de que las víctimas fueran deliberada y sistemáticamente seleccionadas con base en su pertenencia a un grupo específico; (f) la exclusión, a este respecto, de miembros de otros grupos; (g) la doctrina política que dio origen a los actos referidos; (h) la repetición de actos destructivos y discriminatorios, y (i) la perpetración de actos que violenten la fundamentación misma del grupo, o que sean considerados como tal por el perpetrador". TPIR, El Fiscal vs. Athanase Seromba, Caso No. ICTR-2001-66-I, Sala de Primera Instancia, Sentencia de 13 de diciembre de 2006, párr. 320 [Traducción no oficial disponible en https://www.corteidh.or.cr/tablas/27097.pdf].
La Corte Internacional de Justicia (CIJ) tuvo oportunidad de referirse en detalle a este elemento en un caso relativo a la Convención Internacional contra el Genocidio (1948), donde estableció que para que se configure este ilícito es necesario que el elemento subjetivo a partir de una pauta de conducta, tal inferencia deberá ser la única razonablemente posible a partir de los actos en cuestión (CIJ, Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia), sentencia de 03 de febrero de 2015, párrs. 143-148). Dicho estándar fue analizado por la Corte con una exigencia muy alta de prueba, lo que hizo imposible fuera acreditado en el caso (párrs. 402-440). Una mirada crítica sobre el razonamiento de la Corte en el voto disidente del juez Cancado Trindade en el mismo caso.

477 Existe una discusión permanente en el derecho penal internacional sobre la inclusión de motivos políticos para configurar el crimen de genocidio. De hecho, en el proyecto de Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio (1948) se consideraban las motivaciones políticas, pero en el texto final, fueron excluidas.

- El acto es de exterminio físico o biológico (se excluye lo cultural). Nuevamente, esta es una definición política para mantener fuera del alcance de la justicia penal internacional crímenes como los cometidos contra pueblos indígenas, minorías étnicas, religiosas, entre otras.

Por cierto, el vínculo de este ilícito con el DIDH es evidente, no solo por razones históricas (lo que hoy conocemos como DIDH se comienza a desarrollar a partir de la experiencia del genocidio llevado adelante por el nazismo en Europa en la primera mitad del siglo XX). Además, es claro que los elementos que configuran este gravísimo ilícito internacional tienen como base formas de afectación agravada de los derechos humanos.

(b) Crímenes de guerra (artículo 8 ER). Los crímenes de guerra han sido definidos por el Estatuto de Roma en los siguientes términos:

> 8.1 La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. (...).[478]

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

- A partir del listado de actos que de ser realizados en el contexto general que fija el tipo penal del artículo 8, podemos concluir que los crímenes de guerra son crímenes del *jus in bellum*, esto es, son los crímenes relativos a la forma en la cual se conducen las hostilidades en un conflicto armado y que se encuentra regulado por el Derecho Internacional Humanitario.
- Un elemento central para la configuración del ilícito es que los actos que se enumeran en el artículo 8 se comenten como parte plan o política, o bien, como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. Por tanto, podrá ser un elemento definitorio que estos crímenes sean planificados, o bien, también funcionará como elemento definitorio la masividad de los mismos. No será necesario que estos requisitos concurran copulativamente.
- Algunos avances en el listado de actos que pueden constituir un crimen de guerra[479] son:
- Nivel de gravedad: el Estatuto se refiere a los crímenes de guerra que se comentan bajo una cierta condición de gravedad, esto es, según el Estatuto, aquellos crímenes que se comentan 'en particular' como parte del plan o con gran magnitud. No todo crimen de guerra será objeto de la competencia de la Corte, sino sólo aquellos que se cometen bajo este contexto.

---

478 ER (supra 471), artículo 8 numeral 1.

479 H. Gutiérrez. La contribución de la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales a la evolución del ámbito material del derecho internacional humanitario - los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio – la responsabilidad penal individual, 2001. [en adelante Gutiérrez H., 2001]. Disponible en https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdpfn.htm

- Es interesante que, en la construcción del tipo, al señalar los actos que pueden ser constitutivos de un crimen de guerra, se haga mención de otros instrumentos distintos a las normas del derecho internacional humanitario como, por ejemplo, la Convención de los Derechos del Niño (1989).
- Sobre el uso de armas prohibidas, el Estatuto no cierra el listado. Se establece una lista no exhaustiva.

Un análisis de los actos que configuran los crímenes de guerra excede a este Curso, pero sí es interesante ver cómo una serie de actos que son violaciones de derechos humanos, cuando ocurren bajo las condiciones que fija el artículo 8 del ER pasan a configurar crímenes de guerra. A modo de ejemplo, podemos señalar: homicidio artículo 8.2.a.i, tortura artículo 8.2.a.ii y iii, debido proceso artículo 8.2.a.vi.

Llamamos especialmente la atención de que el artículo 8 ER recoge como crímenes de guerra las infracciones graves al artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 (artículo 8.2.c) que como hemos visto constituyen el principal punto de contacto entre la protección del DIH y las normas del DIDH.

(c) Crímenes de agresión (artículo 5.2). La definición del crimen de agresión dice relación con el *ius ad bellum*, esto es, el derecho a hacer la guerra y se encuentra regulado por el Derecho Internacional Público. Sobre el crimen de agresión, el Estatuto señala:

> Artículo 5.2: La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.480

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

Es interesante tener en mente cuál es la definición que al respecto ha dado la Asamblea General de Naciones Unidas (3314/1974): Es el uso de la fuerza por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de N.U.

En la Conferencia de Kampala (2010)[481] se acordó, finalmente, una definición del ilícito de agresión y se fijaron las condiciones de su procedencia. En lo que nos interesa, el nuevo artículo 8bis señala:

480 ER (supra 471), artículo 5 numeral 2.
481 Una completa selección de los documentos relevantes en: https://asp.icc-cpi.int/reviewconference

Artículo 8 bis Crimen de agresión

1. A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un "crimen de agresión" cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.

2. A los efectos del párrafo 1, por "acto de agresión" se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas. De conformidad con la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión:

a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aún temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él;

b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado;

c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;

d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea;

e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;

f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;

g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos.[482]

(d) Crímenes de lesa humanidad (artículo 7). En el caso de los crímenes de lesa humanidad es donde se expresan con mayor claridad los vínculos entre el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

482 ER (supra 471), nuevo artículo 8bis.

Así, sobre el impacto de los crímenes contra la humanidad en el contexto de los objetivos que tiene el derecho penal internacional se puede leer lo siguiente en la sentencia del caso Erdemovic en el Tribunal Penal para la exYugoslavia:

> serios actos de violencia que dañan a los seres humanos golpeando lo más esencial para ellos: su vida, libertad, bienestar físico, salud y u su dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad va más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo. Pero los crímenes de lesa humanidad también trascienden al individuo, porque cuando el individuo es agredido, se ataca y se niega a la humanidad toda. Por eso es lo que caracteriza esencialmente el crimen de lesa humanidad es el concepto de la humanidad como víctima.[483]

Los crímenes de lesa humanidad han sido definidos por el Estatuto de la Corte Penal Internacional de la siguiente forma (artículo 7 del Estatuto):

> 1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por «crimen de lesa humanidad» cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:
>
> a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) ; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.
>
> 2. A los efectos del párrafo 1:
>
> a) Por «ataque contra una población civil» se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política; b) El «exterminio» comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población; c) Por «esclavitud» se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de

483 La cita del caso Fiscal vs. Erdemovic, 29 de noviembre de 1996, punto 28, se puede encontrar en español en D'Alessio, 2008 (supra 461), At. 13.

personas, en particular mujeres y niños; d) Por «deportación o traslado forzoso de población» se entenderá el desplazamiento de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional; e) Por «tortura» se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas; f) Por «embarazo forzado» se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo; g) Por «persecución» se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad; h) Por «el crimen de apartheid» se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen; i) Por «desaparición forzada de personas» se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

3. A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término «género» se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término «género» no tendrá más acepción que la que antecede.

El tipo penal consagrado en el artículo 7 consagra los siguientes elementos como los constitutivos del crimen de lesa humanidad:

a) El ataque debe estar dirigido contra una población civil, lo cual es definido por el artículo 7.2 como una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil; b) la característica que debe tener el ataque es disyuntiva, esto es, puede ser «generalizado», esto es, regido por un criterio cuantitativo o «sistemático“ donde el patrón de conducta es el central; c) además, debe concurrir un elemento subjetivo, dado por el «conocimiento del ataque»; y, d) finalmente, el acto con los requisitos señalados debe ser «cometido en el marco de una política de estado o de una organización».[484]

484 Para profundizar en esta materia recomiendo la página de la Corte Penal Internacional que tiene un curso modelo sobre derecho internacional penal y Corte Penal Internacional. Ver parte 3: «El crimen internacional», que tiene una completa bibliografía a revisar en español en https://www.icc-cpi.int/get-involved/Pages/dip-item.aspx?section=I-CL-part1-s9

En consecuencia, solo en la medida que concurran todos estos elementos de contexto estaremos ante un crimen de lesa humanidad y, en consecuencia, debemos tener claro que no basta que se cometan los actos ilícitos contemplados en el catálogo si estos no van acompañados de los otros elementos que contempla el Estatuto[485].

Revisemos algunos elementos sobre el tipo penal de crimen de lesa humanidad:

- Lo primero es que se exige que los actos sean parte de un ataque contra la población civil, el que puede llevar a cabo el Estado u otros grupos (organización)[486]. El ataque no es un acto de guerra, sino una «línea de conducta» que "en circunstancias excepcionales, podría ejecutarse por medio de una omisión deliberada de actuar y que apuntase conscientemente a alentar un ataque de ese tipo", aunque "la existencia de una política de ese tipo no se puede deducir exclusivamente de la falta de acción del gobierno o la organización"[487].
- Asimismo, el Estatuto de Roma resuelve una discusión antigua en la materia y remueve el nexo de los crímenes de lesa humanidad con los conflictos armados (internacionales o nacionales); de esta forma, el artículo 7 del Estatuto es una norma plenamente aplicable a casos donde no hay un conflicto armado, pero sí una política de violaciones de derechos humanos[488].

---

485 Un buen resumen de cómo fue evolucionando el tema en el ámbito internacional puede verse en Gutiérrez H., 2001 (supra 479); Cassese, 2003 (supra 465); C. Servín. "La evolución del crimen de lesa humanidad en el derecho penal internacional", en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 47(139), pp. 209-249, 2013. [en adelante Servín, 2013]; K. Ambos. Crímenes de lesa humanidad y Corte Penal Internacional, en Cuadernos de Derecho Penal, 9, pp. 95-140, 2013. [en adelante Ambos, 2013].

486 Sobre el ataque, el propio Estatuto aclara que «Por "ataque contra una población civil" se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política» (ER (supra 471), Artículo 7.2.a). De esta forma, no es requisito que sea un plan previamente formulado, sino que dice relación con una cuestión fáctica que se desprende de la forma de actuación en contra de toda o parte de la población o un grupo específico dentro de esta. En este sentido, Christopher Servín señala que «el ataque ha sido definido por la jurisprudencia como la comisión múltiple de actos que cumplen con los requisitos de los actos inhumanos enumerados en el artículo 5o. del Estatuto del TPIY y en el 3o. del Estatuto del TPIR y que no necesariamente se limitan a los actos violentos, sino que incluyen los no-violentos como la imposición de un sistema de apartheid; a través de esta concepción de "ataque" se descartan los actos aislados y fortuitos» (Servín, 2013 (supra 487) At. 238-239).

487 Ver el informe de la comisión preparatoria de la Corte Penal Internacional: La Corte Penal Internacional, los Elementos de los Crímenes, ONU, Doc. PCNICC/2000/1/Add.2 (2000). Disponible en http://hrlibrary.umn.edu/instree/S-ic-celementsofcrime.html

488 Para que exista una política no debe existir necesariamente un completo plan previo, sino que esta puede determinarse cuando concurren ciertos elementos, como acciones repetidas que ocurren de acuerdo con una misma secuencia o la existencia de preparativos o movilización colectiva orquestada y coordinada por ese Estado u organización. Al efecto, la Corte Penal Internacional en el caso Katanga señaló: «As regards proof of the existence of such a policy, it is important to underline that it is relatively rare, although cannot be wholly excluded, that a State or organization seeking to encourage an attack against a civilian population might adopt and disseminate a pre-established design or plan to that effect. In most cases, the existence of such a State or organizational policy can therefore be inferred by discernment of inter alia, repeated actions occurring according to a same sequence, or the existence of preparations or collective mobilization orchestrated and coordinated by that State or organization». Corte Penal Internacional. Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of The Prosecutor vs Germain Katanga, icc-01/04-01/07 de 7 marzo 2014, párr. 1109.

- Sobre el requerimiento de gravedad disyuntivo, el artículo 7 es claro en que los actos pueden ser definidos como graves dependiendo de su extensión (generalidad) o su naturaleza (sistematicidad), lo que despeja dudas acerca de si ambos elementos deberían concurrir copulativamente[489].
- Asimismo, el tipo penal del artículo 7 aporta novedades sobre los actos que pueden constituir un crimen de lesa humanidad, donde se recogen algunos hechos propios de la discusión sobre DIDH: asesinatos, una visión amplia de actos contra la integridad personal más allá de la tortura y que incluye las ofensas sexuales como actos que pueden constituir crímenes de lesa humanidad; las detenciones masivas y arbitrarias, las mutilaciones, entre otros.

Finalmente hay dos normas relevantes de apertura del sistema. Por una parte, la letra h) sanciona

> [la] persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte.[490]

489 Para una buena selección de casos que dan cuenta de cómo los tribunales internacionales han entendido estos elementos ver https://www.casematrixnetwork.org/cmn-knowledge-hub/elements-digest/art-7/common-elements/1/#1-2-4.
El carácter generalizado de los actos dice relación con un elemento cuantitativo, la cantidad de personas afectadas por el ataque; si bien no hay un «número mínimo», sí se atiende a indicadores como la afectación a gran escala (espacio territorial, temporal) y la cantidad de afectados, aunque no sea necesario un gran número, sino que un ataque debe estar dirigido contra población y no individuos aislados (Servín, 2013 (supra 485)).
El ataque sistemático, por su parte, dice relación con un ataque organizado, no espontáneo o aislado. Lo importante a considerar es que el carácter generalizado o sistemático no debe ser confundido con una «planificación», pues esta puede existir, pero no es un elemento distintivo. Una clásica cita del Tribunal para Yugoslavia es clarificadora al respecto: «Al respecto el TPIY sostuvo que "El carácter sistemático refiere a cuatro elementos que… pueden ser expresados como: [1] la existencia de una política objetiva, un plan conforme al cual el ataque es perpetrado o una ideología, en el sentido amplio de la palabra, que existe para destruir, perseguir o debilitar una comunidad; [2] la perpetración de una conducta criminal a gran escala contra un grupo de civiles o la repetida y continua comisión de actos inhumanos vinculados unos con otros; [3] la preparación y empleo de significativos recursos públicos o privados sean de carácter militar u otro; [4] la implicación de una política de alto nivel y/o autoridades militares en la definición y el establecimiento del plan metódico…". Ver: International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Trial Chamber I, The Prosecutor vs. Blasikc, Case No.IT-95-14-T, Judgment of March 3, 2000, pfo. 203; Cassese, Antonio et al., The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary, Nueva York, Oxford University Press, vol. 1, 2002, pp. 457-459» (citado en Servín, 2013 (supra 485), At. 240).
En ese sentido, una sentencia del tribunal para la exYugoslavia aclara el punto sobre la «política» en relación con los elementos generalizados y sistemáticos para evitar su confusión: «Widespread or systematic. "Widespread" refers to the large-scale nature of the attack and the number of targeted persons. "Systematic" refers to the "organized nature of the acts of violence". The existence of a plan or policy can be indicative of the systematic character of the attack but it is not a distinct legal element" (ICTY, Prosecutor vs. Gotovina et al., «Trial Judgment», IT-06-90-T, 15 de abril de 2011, párr. 1703. Las comillas son nuestras).

490 ER (supra 471), artículo 7.

Esto puede ser muy relevante para contextos de crisis políticas, ya que las violaciones de derechos humanos que puedan ser consideradas como una forma de persecución por razones políticas pueden comprometer la responsabilidad penal de las autoridades[491].

Por otra parte, la letra k) que tipifica "otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física", si bien puede ser un problema a la luz de la necesaria estrictez de los tipos penales, abre la puerta a la discusión, por ejemplo, sobre el uso de armas químicas como son el uso desproporcionado e indiscriminado de gas pimienta y el uso de agua del carro lanzaguas con elementos químicos irritantes entre otras prácticas represivas[492].

Por su parte, el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional relativa al crimen de lesa humanidad es interesante porque mantiene en lo sustantivo la definición del Estatuto de Roma, y además desarrolla con detalle las obligaciones de los Estados en esta materia. La Comisión destaca la prohibición de que los Estados incurran estas prácticas, pero también el deber de prevenir y castigar estos crímenes. Los desarrollos especiales se dan en temas como la obligación de no devolución de una persona que pueda sufrir estos crímenes, la criminalización en el derecho interno, deber de investigar o extraditar para evitar la impunidad, extradición y asistencia judicial recíproca[493]. Es destacable el comentario que formula la Comisión sobre la falta de una Convención Internacional relativa a esta temática y lo hace sobre la base de una visión complementaria entre los sistemas de protección internacional de derechos humanos[494].

En resumen, es clara la íntima relación entre el DIDH y la forma en que el Estatuto de Roma regula los crímenes de lesa humanidad y las normas de competencia.

---

491 Hay un caso relevante asociado a hechos ocurridos en Burundi que es necesario tener presente. La Corte Penal Internacional ha señalado: "Persecutory acts can take many forms. Not every infringement of human rights is relevant but only a "severe deprivation" of a person's "fundamental rights contrary to international law" (emphasis added). This may include a variety of rights, whether derogable or not, such as the right to life, the right not to be subjected to torture or cruel, inhuman or degrading treatment, freedom of expression, freedom of assembly and association, and the right to private property». Y prosigue la Corte: "According to article 7(1)(h) of the Statute, the persecutory conduct must be directed "against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender as defined in [Article 7(3) of the Statute], or other grounds that are universally recognized as impermissible under international law". The collectivity or group must be identifiable by any of the characteristics mentioned in article 7(2)(g) of the Statute, as defined by the perpetrator. Of import to this judgment are "political" grounds that do not pertain only to the victim's membership of a political party or adherence to a particular ideology but also to differences of opinion over public affairs or (actual or presumed) political affiliations". Corte Penal Internacional, Pre-trial Chamber III, No.icc-01/17-X, de 25 de octubre de 2017, párrs. 132 y 133.

492 En este sentido me parece muy clarificadora la visión de Juan Pablo Pérez-León en un artículo donde sostiene que los graves crímenes de derechos humanos están en la base de los crímenes de lesa humanidad, estableciendo un vínculo directo entre estos dos sistemas normativos. Ver: J.P. Pérez-León. "The Close Relationship Between Serious Human Rights Violations and Crimes Against Humanity: International Criminalization of Serious Abuses", en Anuario Mexicano de Derecho Internacional, XVII, pp. 145-186, 2017. [en adelante Pérez-León, 2017], At. 145-186

493 Comisión de Derecho Internacional. Draft articles on Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity, 2019. [en adelante CDI, 2019, Prevention...].

494 "[U]na convención universal sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad podría ser un instrumento complementario importante en el marco actual del derecho internacional y, en particular, en la esfera del derecho internacional humanitario, el derecho penal internacional y el derecho internacional de los derechos humanos" (CDI, 2019, Prevention... (supra 493) At. 22).

(e) Autoría (artículos 25 y 28 ER). En cuanto a la autoría, dos son las normas relevantes. Por una parte, el artículo 25, que consagra formas de autoría tales como:

- cometer ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea este o no penalmente responsable;
- ordenar, proponer o inducir la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;
- con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen ser cómplice o encubridor o colaborar de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;
- contribuir de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará: i) con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte o ii) a sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen[495].

Asimismo, el artículo 28 consagra responsabilidad individual de los jefes y otros superiores y lo hace en términos muy amplios:

> a) el jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando: i) hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y ii) no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.
>
> b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados cuando: i) hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; ii) los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y iii) no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.496

495 ER (supra 471), artículo 25.
496 ER (supra 471), artículo 28.

Obviamente, las hipótesis del artículo 25 son de difícil prueba, pero las posibilidades de autoría que abre el artículo 28 son más factibles de acreditar porque dicen relación con hechos más evidentes: la omisión de las actuaciones que caben dentro de las funciones propias de las autoridades políticas, militares y policiales.

(f) Proceso y reparaciones (artículos 51ss y 75 ER). El procedimiento ante la CPI está detalladamente regulado en el Estatuto de Roma y es claro cómo se adoptaron una serie de medidas para que los procesos ante dicho tribunal cumplan con estándares mínimos en materia de derechos humanos. Esto se refleja en las normas sobre privación de libertad (artículos 58-59), en las garantías del proceso (artículos 66 y ss), principalmente el reconocimiento del principio de inocencia (artículo 66), derechos del acusado (artículo 67), derechos de las víctimas (artículo 68). Incluso en cuanto a las penas, estas buscan establecer condiciones mínimas de legitimidad (artículos 77 al 80) y se consideran condiciones para la reducción de las penas (artículo 110) donde se fijan criterios mínimos que están acordes a los estándares del DIDH[497].

En cuanto a la reparación de las víctimas, este es un tema innovador en el Estatuto de Roma, ya que pone la reparación de las víctimas como un elemento relevante en el proceso[498]. Así, se regulan los alcances de la reparación a las víctimas en el artículo 75, que en su numeral 1 dispone:

> La Corte establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes. Sobre esta base, la Corte, previa solicitud o de oficio en circunstancias excepcionales, podrá determinar en su decisión el alcance y la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las víctimas o a sus causahabientes, indicando los principios en que se funda.[499]

Al respecto, la Corte ha hecho especiales esfuerzos para garantizar la participación de las víctimas[500] y ha generado recursos efectivos para viabilizar dicha participación[501].

En definitiva, el Estatuto no solo avanza en materias propias del derecho penal y procesal penal internacional, sino que en garantías para víctimas y victimarios conforme a estándares internacionales.

---

497 El artículo 110 (ER, supra 471) en su numeral 2 dispone: [la pena se podrá revisar cuando se cumpla 2/3 parte de la pena o 25 años en caso de cadena perpetua] "la Corte podrá reducir la pena si considera que concurren uno o más de los siguientes factores: a) Si el recluso ha manifestado desde el principio y de manera continua su voluntad de cooperar con la Corte en sus investigaciones y enjuiciamientos; b) Si el recluso ha facilitado de manera espontánea la ejecución de las decisiones y órdenes de la Corte en otros casos, en particular ayudando a ésta en la localización de los bienes sobre los que recaigan las multas, las órdenes de decomiso o de reparación que puedan usarse en beneficio de las víctimas; o c) Otros factores indicados en las Reglas de Procedimiento y Prueba que permitan determinar un cambio en las circunstancias suficientemente claro e importante como para justificar la reducción de la pena".

498 E.R. Galván. "La reparación de las víctimas en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional. Derechos", en Acción, 13(13), 345, pp. 423-450, 2019. [en adelante Galván, 2019]. Disponible en: https://doi.org/10.24215/25251678e345

499 ER (supra 471), artículo 75 numeral 1.

500 Ver: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/VictimsENG.pdf

501 Ver: https://www.icc-cpi.int/about/victims

JURISPRUDENCIA

ÓRGANO: *Corte Interamericana de Derechos Humanos*

96. La Corte, además, reconoce que la Estatuto de Nuremberg jugó un papel significativo en el establecimiento de los elementos que caracterizan a un crimen como de lesa humanidad. Este Estatuto proporcionó la primera articulación de los elementos de dicha ofensa, que se mantuvieron básicamente en su concepción inicial a la fecha de muerte del señor Almonacid Arellano, con la excepción de que los crímenes contra la humanidad pueden ser cometidos en tiempos de paz como en tiempos de guerra. En base a ello, la Corte reconoce que los crímenes contra la humanidad incluyen la comisión de actos inhumanos, como el asesinato, cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Basta que un solo acto ilícito como los antes mencionados sea cometido dentro del contexto descrito, para que se produzca un crimen de lesa humanidad. En este sentido se pronunció el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso Prosecutor v. Dusko Tadic, al considerar que "un solo acto cometido por un perpetrador en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil trae consigo responsabilidad penal individual, y el perpetrador no necesita cometer numerosas ofensas para ser considerado responsable". Todos estos elementos ya estaban definidos jurídicamente cuando el señor Almonacid Arellano fue ejecutado.

99. Basándose en los párrafos anteriores, la Corte encuentra que hay amplia evidencia para concluir que en 1973, año de la muerte del señor Almonacid Arellano, la comisión de crímenes de lesa humanidad, incluido el asesinato ejecutado en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra sectores de la población civil, era violatoria de una norma imperativa del derecho internacional. Dicha prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de ius cogens, y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general.

103. Como se desprende del capítulo de Hechos Probados [...], desde el 11 de septiembre de 1973 hasta el 10 de marzo de 1990 gobernó en Chile un dictadura militar que dentro de una política de Estado encaminada a causar miedo, atacó masiva y sistemáticamente a sectores de la población civil considerados como opositores al régimen, mediante una serie de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional, entre las que se cuentan al menos 3.197 víctimas de ejecuciones sumarias y desapariciones forzadas, y 33.221 detenidos, de quienes una inmensa mayoría fue víctima de tortura [...]. De igual forma, la Corte tuvo por probado que la época más violenta de todo este período represivo correspondió a los primeros meses del gobierno de facto. Cerca del 57% de todas las muertes y desapariciones, y el 61% de las detenciones ocurrieron en los primeros meses de la dictadura. La ejecución del señor Almonacid Arellano precisamente se produjo en esa época.

CASO

Corte IDH. Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Excepciones Preliminares. Sentencia de 23 de noviembre de 2004. Serie C No. 118.

IV.3.3. Las cuestiones de acceso a la justicia internacional y complementariedad

Para que opere la Corte Penal Internacional no basta con que se cometan los ilícitos que contempla el Estatuto, sino que se deben cumplir una serie de requisitos procesales para que finalmente la Corte conozca de un caso. Estos requisitos son de tal complejidad política y no jurídica que solo muy excepcionales casos llegan a la justicia internacional. Tan efectivo ha sido este sistema de control político de acceso a la Corte que luego de veinte años de funcionamiento este tribunal internacional solo ha conocido un pequeño grupo de casos muy concentrados en África (Burundi, República Centroafricana (2), Costa de Marfil, Darfur (Sudán), Georgia, Kenia, Libia, Malí, República Democrática del Congo, Uganda). No hay duda de que en estos casos el «victimario ideal» en palabras de Sofía Stolk era más simple de construir[502].

El primer elemento que debemos considerar es que la Corte solo puede conocer de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto de la Corte (artículo 11 del Estatuto), salvo que el Estado declare su conformidad con ampliar dicho límite temporal (artículo 12, numeral 3).

En segundo lugar, la forma en que se puede iniciar un caso es limitada; aquí no existe legitimación activa (acceso a la Corte) amplia donde las personas puedan presentar una «querella» como existe en el ámbito interno. Es el artículo 13 del Estatuto el encargado de fijar las formas de ejercicio de la competencia en los siguientes términos.

> La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto si:
>
> a) Un Estado Parte remite al fiscal, de conformidad con el artículo 14, una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes;
>
> b) El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el capítulo vii de la Carta de las Naciones Unidas, remite al fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; o
>
> c) El fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de ese tipo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.[503]

Por ello, la figura del fiscal es fundamental, ya que en la práctica este es el canal para buscar que una situación llegue a conocimiento de la Corte. Efectivamente, el artículo 15 del Estatuto dispone que el fiscal podrá iniciar de oficio una investigación sobre la base de información acerca de un crimen de la competencia de la Corte, pero no es obligatorio iniciar la investigación, esta siempre es una decisión política. A partir de la información que reciba el fiscal debe analizar su veracidad y puede solicitar mayores antecedentes; si llega a la conclusión de que existe «fundamento suficiente» para abrir una investigación

502 La tesis de Stolk es que para la justicia internacional es importante construir una imagen de «victimario ideal» que justifique el imaginario tras la idea de la justicia penal internacional. Este victimario se caracteriza por ser un «humano inhumano» respecto del cual es más simple movilizar el ius puniendi internacional. S. Stolk. "A Sophisticated Beast? On the Construction of an «Ideal» Perpetrator in the Opening Statements of International Criminal Trials", en European Journal of International Law, 29(3), pp. 677–701, 2018. [en adelante Stolk, 2018],

503 ER (supra 471), artículo 13.

presentará a la Sala de Cuestiones Preliminares una petición de autorización para ello junto con la documentación justificativa que haya reunido; en este caso, las víctimas podrán presentar observaciones a la Sala de Cuestiones Preliminares. Si tras examinar la petición y la documentación que la justifique la Sala de Cuestiones Preliminares considerase que hay fundamento suficiente para abrir una investigación y que el asunto parece corresponder a la competencia de la Corte, recién ahí se autorizará el inicio de la investigación, sin perjuicio de las resoluciones que pueda adoptar posteriormente la Corte con respecto a su competencia y la admisibilidad de la causa. En todo caso, la negativa de la Sala de Cuestiones Preliminares a autorizar la investigación no impedirá que el fiscal presente ulteriormente otra petición basada en nuevos hechos o pruebas relacionados con la misma situación. Hay que tener presente que, si después del examen preliminar el Fiscal llega a la conclusión de que la información presentada no constituye fundamento suficiente para una investigación, informará de ello a quienes la hubieren presentado, lo que no impide que el Fiscal examine a la luz de hechos o pruebas nuevos otra información que reciba en relación con la misma situación[504].

Para entender los alcances y posibilidades reales de la justicia penal es fundamental tener presente que el sistema penal internacional se basa en el principio de complementariedad[505], el que se recoge en el artículo 17, numeral 1 del Estatuto. Dicha norma establece que la Corte puede disponer la «inadmisibilidad de un asunto» cuando:

> a) el asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él, salvo que dicho Estado no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;
>
> b) el asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y haya decidido no iniciar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión del Estado haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;
>
> c) la persona de que se trate ya haya sido enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, a menos que el proceso en el otro tribunal a) obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte o b) no hubiese sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o se hubiese hecho de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuera incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia (artículo 20, numeral 3).
>
> Asimismo, se declarará inadmisible si el asunto no es de la «gravedad suficiente» para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.[506]

Para tomar esta decisión, conforme lo dispone el artículo 17, numerales 2 y 3 del Estatuto de Roma, la CPI tendrá presente los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidas por el DIDH si se dan una o varias de las siguientes circunstancias:

504 ER (supra 471), artículo 15.

505 Para un interesante análisis crítico sobre este principio y el acercamiento al mismo por parte de la Corte en sus primeros años ver X. Fuentes. "El principio de complementariedad en la práctica de la Corte Penal Internacional", en Estudios Internacionales, 169, pp. 119-140, 2011. [en adelante Fuentes, 2011].

506 ER (supra 471), artículo 17, numeral 1.

> a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5;
>
> b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia;
>
> c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.
>
> 3. A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.[507]

En definitiva, para que una situación llegue al conocimiento de la CPI, lo central desde un punto de vista jurídico, es que las investigaciones internas no cumplan con los estándares internacionales en materia de derechos humanos. Esto no significa necesariamente que se abra la vía internacional si no hay condenas; es más complejo el sistema. Así, para habilitar la vía internacional tendríamos que estar abiertamente ante una situación de impunidad frente a violaciones graves al debido proceso o una desproporción en las penas que deslegitimen el proceso. Estas son consideraciones jurídicas, pero principalmente políticas que realizan los órganos internacionales.

Del mismo modo, otra forma de que un caso llegue a la justicia internacional es mediante la actuación de la jurisdicción nacional a través de la figura de la jurisdicción universal[508]. Para que opere esta forma de justicia internacional también es necesario que se hayan agotado las investigaciones internas y estas no hayan permitido una investigación seria y una sanción efectiva por graves crímenes de lesa humanidad. Las actuaciones judiciales vía jurisdicción internacional no tienen un estatuto desarrollado internacionalmente y son una decisión de las jurisdicciones nacionales. Se basan en la misma idea de la Corte Penal Internacional, esto es, graves crímenes que ofenden a la humanidad en su conjunto y que no han sido juzgados a nivel local. Por supuesto, son formas de justicia con un alto componente político que hace difícil tener una visión clara sobre su viabilidad[509].

---

507 ER (supra 471), artículo 17, numerales 2 y 3.

508 Sobre la jurisdicción universal y el principio de complementariedad ver X. Philippe. "Los principios de jurisdicción universal y complementariedad: su interconexión", en International Review of the Red Cross, 862, 2006. [en adelante Philippe, 2006]. Versión en español disponible en www.icrc.org.

509 La experiencia más relevante a nivel internacional es el caso Pinochet y su detención en Londres en 1998 en el marco de una investigación llevada adelante en España. Más recientemente está el caso en Argentina sobre los crímenes del franquismo en España. Sobre la evolución y estado actual de las experiencias de jurisdicción universal ver M. Langer & M. Eason. "The Quiet Expansion of Universal Jurisdiction", en European Journal of International Law, 30(3), pp. 779–817, 2019. [en adelante Langer & Eason, 2019].

Caso Dusko Tadic

El 30 de abril de 1992, la ciudad de "Prijedor", ubicada en Bosnia-Herzegovina, fue tomada por el Partido Demócrata Serbio con el apoyo de las fuerzas militares y de policía.

Una vez que el pueblo fue capturado, los serbobosnios realizaron ataques hasta desterrar toda la población no serbia (principalmente musulmanes).

Durante estas incursiones, numerosos civiles fueron asesinados y robadas todas sus pertenencias por las fuerzas militares y paramilitares serbias y sus habitantes fueron llevados a los campos de Omarsaka, Keraterm y Trnopolje, donde recibieron continuos sufrimientos.

De los 50.000 musulmanes que vivían en Prijedor, 43.000 fueron asesinados o debieron huir por los crímenes cometidos en su contra por las fuerzas serbo bosnias.

Dusko Tadic, miembro de bajo nivel de la milicia serbo bosnia, participó en la destrucción de casas, negocios y otras propiedades no serbias. Además, participó en la tortura y violación de decenas de musulmanas, confeccionó listas negras de intelectuales musulmanes y asesinó, a golpes, a balazos o a base de torturas a más de 30 detenidos. Entre ellas, forzó a presos a beber aceite para coches y obligó a un musulmán a arrancar los testículos de otro, que falleció.

Preguntas

1. *¿Qué crimen(es) internacional(es) habría cometido el Sr. Tadic?*
2. *¿Cómo se manifiesta el elemento subjetivo del crimen de Genocidio tipificado en el Estatuto de Roma?*
3. *¿Cuál es el "grupo" que ha sido víctima de este crimen?*
4. *¿Es relevante que estos delitos hayan sido perpetrados en el contexto de un ataque sistemático o generalizado?*

IV.4. Derecho medio ambiente

Un sistema normativo que ha ido adquiriendo cada vez una mayor relevancia es el del derecho medioambiental. Es así como en las últimas décadas se ha ido produciendo una fuerte convergencia entre la agenda de protección de derechos humanos y la de protección medioambiental, por lo que es importante tener presente algunas consideraciones generales sobre la materia.

Los primeros desarrollos internacionales son de reciente data. Es así como la primera Conferencia de la Naciones Unidas vinculada al tema del Medio Ambiente es del año 1972 (Declaración de Estocolmo), que es el primer instrumento internacional en reconocer el derecho a un ambiente sano[510]. Otro hito relevante es la firma del Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono (1985) y su Protocolo de Montreal (1987) destinado a combatir el agotamiento de la capa de ozono. En esta línea, destaca la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992) que avanza en algunos principios que han sido fundamentales en materia medioambiental, como el principio de precaución (preventivo) y el derecho a la información, a la participación y a la justicia en materias medioambientales[511]. Luego, en 1992 se adoptó la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y en 1997 se aprobó el Protocolo de Kioto que es el primer acuerdo internacional en establecer obligaciones jurídicamente vinculantes para los países desarrollados en esta materia; dicho acuerdo dio paso en 2016 al Acuerdo de París donde se profundizan los compromisos de los Estados en materia de cambio climático[512].

A nivel regional debe destacarse la suscripción en 2021 del Acuerdo de Escazú que es un tratado regional (Latinoamérica y el Caribe) sobre acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en asuntos ambientales[513].

Como es evidente, la crisis ambiental desatada por un desarrollo desbocado y desregulado ha obligado a priorizar estos temas en la agenda internacional. De la misma forma, los sistemas de protección internacional de derechos humanos han debido ir asumiendo las consecuencias de esta crisis para los pueblos e individuos (la actual generación y las venideras) y han ido desarrollando estándares a partir de los instrumentos base del sistema de derechos humanos.

A nivel de Naciones Unidas destaca la decisión del Consejo de Derechos Humanos de crear, en 2012, el mandato de Experto Independiente sobre derechos humanos y medio ambiente en 2012, en virtud de la Resolución 19/10. Dicha relatoría tiene como mandato examinar las obligaciones en materia de derechos humanos

510 Sobre este proceso con detalle ver: https://www.un.org/es/conferences/environment
511 Se puede consultar el texto en: https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/documents/declaracionrio.htm
512 Para consultar sobre el proceso y los documentos oficiales, ver https://unfccc.int/es/process-and-meetings/que-es-la-convencion-marco-de-las-naciones-unidas-sobre-el-cambio-climatico
513 Para consultar sobre el proceso y los documentos oficiales, ver https://www.cepal.org/es/acuerdodeescazu

vinculadas con el disfrute de un medio ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible; promover las prácticas idóneas en lo relativo al uso de los derechos humanos en la formulación de políticas; definir los retos y obstáculos para el reconocimiento y la aplicación a nivel mundial del derecho a un medio ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible; llevar a cabo visitas a los países y responder a las violaciones de derechos humanos[514].

Cabe destacar que en octubre de 2021, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, mediante la resolución 48/13, reconoció el derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible[515].

Por su parte, en el ámbito de los órganos de tratados, el acercamiento a esta temática ha sido a través del establecimiento de un vínculo entre las amenazas medioambientales (particularmente el cambio climático) y los derechos humanos. Así, a modo de ejemplo, el Comité DESC se pronunció en 2018 sobre el cambio climático a través de una declaración relevante el impacto de este fenómeno en los derechos a la salud, la alimentación, el agua y el saneamiento[516]. En este mismo sentido, en su Observación General No. 26, relativa a los derechos sobre la tierra y DESC, desarrolla algunos aspectos específicamente sobre cambio climático y las obligaciones de los Estados[517].

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos también se ha pronunciado sobre estas materias. Así, por ejemplo, en un caso contencioso en 2022, señaló que los efectos negativos del cambio climático, la degradación medioambiental y el desarrollo no sustentable en las personas y comunidades pueden ser considerados una amenaza al derecho a la vida y hace un llamado a los Estados parte a tomar medidas adecuadas frente al impacto en derecho a la vida y las condiciones para una vida digna[518].

De igual forma, en el sistema interamericano, destaca la Opinión Consultiva No. 23 de 2017 de la Corte Interamericana. En esta Opinión Consultiva la Corte trató el tema de las obligaciones estatales en relación con el medio ambiente, en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal, en relación con las obligaciones generales de los artículos 1.1 y 2 del mismo tratado. La Corte concluyó que el derecho humano a un medio ambiente sano es un derecho con connotaciones tanto individuales como colectivas y que

514 En la página web del Alto Comisionado para los Derechos Humanos se pueden consultar las actividades de la Relatoría.

515 Consejo de Derechos Humanos. Resolución 48/13 de 08 de octubre de 2021.

516 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC). "El cambio climático y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales". Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. E/C.12/2018/1, resolución de 31 de octubre de 2018 [en adelante Comité DESC, 2018, Declaración E/C.12/2018/1].

517 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC). Observación General No. 26, Relativa a los derechos sobre la tierra y los derechos económicos, sociales y culturales, E/C.12/GC/26 resolución de 22 diciembre 2022. [en adelante Comité DESC, 2022, OG-26], párrs. 56-58.

518 CDH. Caso Daniel Billy et al. v. Australia, comunicación No. 3624/2019, resolución de 21 de julio de 2022, párrs. 8.3, 8.4 y 8.5.

tiene aparejado un conjunto de obligaciones para los Estados. Entre las principales obligaciones que establece Corte están las de prevenir daños ambientales significativos, regular, supervisar y fiscalizar actividades bajo su jurisdicción; aplicar el principio de precaución; cooperar de buena fe; garantizar acceso a la información en materia medioambiental; garantizar el derecho a la participación política y el acceso a la justicia[519]. En similar sentido se ha pronunciado la Corte en el caso Habitantes de La Oroya Vs. Perú, donde ha puesto especial énfasis en la obligación de protección que atañe a la comunidad internacional en su conjunto y ha señalado que "es difícil imaginar obligaciones internacionales con una mayor trascendencia que aquéllas que protegen al medio ambiente contra conductas ilícitas o arbitrarias que causen daños graves, extensos, duraderos e irreversibles al medio ambiente en un escenario de crisis climática que atenta contra la supervivencia de las especies"[520]. En este caso, la Corte Interamericana ha señalado que los Estados tienen la obligación de adoptar medidas preventivas y así "los Estados de llevar adelante las medidas que sean necesarias ex ante la producción del daño ambiental, teniendo en consideración que, debido a sus particularidades, frecuentemente no será posible, luego de producido tal daño, restaurar la situación antes existente" y en consecuencia, "los Estados están obligados a usar todos los medios a su alcance con el fin de evitar que las actividades que se lleven a cabo bajo su jurisdicción causen daños significativos al medio ambiente"[521]. Estas medidas preventivas en materia ambiental deben guiarse por el principio precautorio, esto es, los Estado "aún en ausencia de certeza científica, deben adoptar las medidas que sean 'eficaces' para prevenir un daño grave o irreversible"[522].

Por último, cabe destacar la sentencia de la Corte Europea dictada en 2024 relativa al cambio climático. En su sentencia, la Corte Europea hace un completo estudio del impacto del cambio climático en materia de derechos humanos y establece parámetros generales sobre las obligaciones de los Estados y luego resuelve el caso concreto. Sobre los criterios generales, la Corte señala que es deber de los Estados contratantes adoptar y aplicar en la práctica, las medidas y regulaciones capaces de mitigar el riesgo existente y potencialmente irreversible del cambio climático. Esta obligación surge de la relación causal entre el cambio climático y el goce de los derechos consagrados en el Convención Europea sobre Derechos Humanos, instrumento que debe ser interpretado para tener un efecto

519 Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23. [en adelante Corte IDH, 2017, OC-23/17].

520 Corte IDH. Caso Habitantes de La Oroya Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2023. Serie C No. 511, párr. 129.

521 Corte IDH. Caso Habitantes de La Oroya Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2023. Serie C No. 511, párr. 126.

522 Corte IDH. Caso Habitantes de La Oroya Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2023. Serie C No. 511, párr. 127.

útil. A continuación, la Corte señala medidas concretas que debió adoptar el Estado, tales como, reducir emisiones de gases con efecto invernadero y establecer objetivos y plazos pertinentes, los que deben ser parte de la regulación nacional como base de las medidas de mitigación a las que está obligado y, al no hacerlo, el Estado ha incurrido en una violación del artículo 8 del Convenio europeo (respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia). Respecto del acceso a la justicia (artículo 6 Convenio europeo), la Corte concluye que las víctimas no tuvieron acceso a la debida protección judicial, ya que las autoridades judiciales nacionales no entregaron justificaciones suficientes para rechazar entrar al examen de las solicitudes formuladas por las denunciantes respecto de la inacción de las autoridades locales y no habían tenido en cuenta las pruebas científicas convincentes sobre el cambio climático y no había tomado las quejas de la asociación en serio a pesar de que los tribunales cumplen un rol fundamental en materia de control de las actividades del Estado en relación con el cambio climático[523].

En definitiva, el DIDH se ha aproximado al derecho internacional del medio ambiente a partir del impacto de las afectaciones medioambientales al goce y ejercicio de los derechos humanos. En particular, el tema del cambio climático ha hecho más intenso el control internacional en este campo y ha profundizado las exigencias a los Estados desde una perspectiva de derechos humanos.

Debemos hacer presente que, a nivel constitucional, las últimas décadas, algunos Estados han dado pasos en la consideración de un derecho autónomo de la naturaleza[524], cuestión que es distinta al enfoque predominante en materia de derechos humanos.

523 TEDH. Caso Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland (application no. 53600/20, sentencia de 09 de abril de 2024, párrs. 538-640.

524 El ejemplo más claro es el artículo 10 inc. 2 Constitución Ecuador "La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución".

Caso Islas Boigu

Los autores pertenecen al grupo indígena minoritario de las islas del estrecho de Torres y viven en las cuatro islas de Boigu.

La Autoridad Regional del Estrecho de Torres, que es un órgano gubernamental, ha afirmado que "incluso pequeños aumentos del nivel del mar debidos al cambio climático tendrán un impacto inmenso en las comunidades del estrecho de Torres, que podría poner en peligro su existencia" y que "grandes aumentos darían lugar a que varias islas del estrecho de Torres quedaran completamente inundadas e inhabitables".

La elevación del nivel del mar ya ha causado inundaciones y erosión en las islas donde viven los autores, y el aumento de la temperatura y la acidificación de los océanos se han traducido en decoloración coralina, muerte de arrecifes y disminución de las praderas submarinas y de otras especies marinas de gran importancia nutricional y cultural.

Al aumentar el nivel del mar, el agua salada se ha ido infiltrando en el suelo de las islas, de modo que zonas que antes se utilizaban para la horticultura tradicional ya no pueden cultivarse. En Masig, la subida del nivel del mar ha hecho que los cocoteros enfermen y ya no produzcan frutos ni agua de coco, que forman parte de la dieta tradicional de los autores. Estos cambios obligan a los autores a depender de productos importados y costosos, que a menudo no pueden permitirse.

El Estado parte no ha puesto en marcha ningún programa de adaptación para preservar la habitabilidad de las islas a largo plazo. A pesar de las numerosas solicitudes de asistencia y financiación dirigidas a las autoridades de los estados y federales por los isleños o en nombre de ellos, el Estado parte no ha respondido con prontitud ni de forma adecuada.

El Estado parte no ha mitigado los efectos del cambio climático. En 2017, las emisiones de gases de efecto invernadero per cápita del Estado parte fueron las segundas más altas del mundo. Las emisiones aumentaron un 30,72 % entre 1990 y 2016. Durante ese período, el Estado parte ocupó el 43er puesto, entre 45 países desarrollados, en lo que respecta a la reducción de sus emisiones de gases de efecto invernadero. Desde 1990, el Estado parte viene aplicando activamente políticas que fomentan la extracción y el uso de combustibles fósiles, en particular el carbón térmico para la generación de electricidad, lo que ha dado lugar a un aumento de las emisiones.

Los isleños del estrecho de Torres no disponen de recursos internos efectivos para hacer valer los derechos que los asisten. Los derechos que asisten a los autores en virtud del Pacto no están protegidos en la Constitución ni en ninguna otra disposición legislativa aplicable al Gobierno federal. El Tribunal Supremo de Australia ha dictaminado que los órganos del Estado no omiten ningún deber de diligencia al no legislar sobre los daños ambientales.

Preguntas

1. *¿Qué derechos humanos se ven afectados en este caso?*
2. *¿Qué obligaciones tiene el Estado respecto de las comunidades afectadas?*
3. *¿Qué impacto tiene el cambio climático en los derechos culturales de las comunidades indígenas afectadas?*

PARTE
ESPECIAL

V

ESTUDIO DE CASOS DE DIDH

En materia de derechos humanos trabajar en el plano teórico es importante; es relevante poder fijar ciertos criterios, parámetros y ciertas definiciones generales que nos permitan comprender el marco teórico en el que se desarrolla la temática de los derechos fundamentales. Sin embargo, el momento verdaderamente crucial para la protección de los derechos humanos se encuentra en la práctica, es decir, cuando nos enfrentamos a un caso concreto de violación de derechos humanos.

Este ejercicio requiere de un conocimiento teórico previo y exige manejar un marco normativo y doctrinario que permita posteriormente identificar los problemas jurídicos del caso en estudio, los derechos afectados y violados, las limitaciones legítimas a los derechos y los criterios de atribución de responsabilidad al Estado.

En este contexto, el objetivo de esta unidad es fijar un marco general que permita a los alumnos y alumnas enfrentar con herramientas sólidas los casos con los que van a trabajar en el futuro. En esta minuta de trabajo de casos mencionaremos uno a uno los elementos claves para una adecuada lectura y resolución de un caso de derechos humanos.

V.1. Pauta de análisis general

V.1.1. Afectación y violación de un derecho humano, conceptos distintos

Al examinar un caso desde el punto de vista de los derechos humanos, lo primero que se debe hacer es identificar qué derecho está afectado, para lo cual será preciso analizar cuidadosamente los hechos del caso. Este ejercicio nos permitirá saber qué artículo o disposición se va a aplicar para resolver el caso. Asimismo, la identificación de los derechos afectados nos permitirá saber qué restricciones se pueden imponer a ese derecho (puesto que no siempre son las mismas), lo que finalmente nos permitirá concluir si el derecho fue violado o no.

Una vez identificados los derechos que se ven afectados en el caso en estudio, es necesario examinar si el derecho ha sido violado. Esto nos lleva de inmediato a una distinción trascendental: un derecho puede estar afectado, pero no necesariamente esa afectación va a ser ilegítima. Es decir, no todo derecho que ha sido afectado será un derecho violado; así, por ejemplo, el derecho a la libertad personal puede verse afectada cuando una persona se encuentra privada de libertad cumpliendo una sanción penal, pero es una afectación legítima en la medida que se hayan cumplido las normas propias de un debido proceso para afectar la libertad personal, por lo que, si bien es una afectación, esta no constituye una violación.

Por otra parte, existes derechos que no admiten límites legítimos ("derechos absolutos") y en este caso la sola afectación del derecho se considerará un acto ilícito que, de ser atribuible al Estado, genera responsabilidad internacional. Por ejemplo, un acto que pueda ser considerado una tortura es de por sí un ilícito y, de ser atribuible a un agente estatal, se configura la responsabilidad internacional del Estado.

Ahora, para resolver si la afectación de un derecho es o no legítima, será necesario, por una parte, determinar el alcance y contenido del derecho en cuestión y para ello nos será útil la normativa, jurisprudencia y doctrina elaborada para fijar el contenido del derecho y su alcance; y, por otra, tener en consideración las obligaciones internacionales que el Estado ha contraído en relación con aquel derecho y que determina la responsabilidad del Estado.

A continuación, pasamos a analizar dos derechos que son representativos de esta relación entre afectación e ilícito internacional. Por una parte, analizaremos el derecho a no ser objeto de tortura y, por otro, el derecho a la libertad de expresión.

V.1.2. Pasos para analizar un caso

Los pasos que debemos efectuar para el análisis de un caso son:

- Establecer cuáles son los derechos afectados en el caso concreto (¿qué derechos o libertades no han podido ejercerse o gozarse plenamente en el caso? ¿están consagrados en los instrumentos internacionales de los que el Estado es parte?).
- Determinar el contenido y alcance del derecho a las obligaciones internacionales de derechos humanos (¿qué establece la norma analizada? ¿hay otros instrumentos internacionales que regulen con mayor detalle esta materia? ¿qué estándares han fijado los órganos internacionales de control? ¿qué han dicho las cortes internacionales en casos similares? ¿qué ha señalado la doctrina internacional?).
- Analizar cómo las obligaciones concretas del Estado han sido cumplidas/incumplidas en el caso: aplicación de las obligaciones generales de respetar, garantizar y no discriminar (¿Qué significa respetar y garantizar el derecho en cuestión a la luz de los criterios y estándares que los diferentes órganos de protección han entregado? ¿Qué debía respetar y cómo, y qué medidas efectivas adoptó el Estado para garantizar tales derechos?) que pueda ser atribuible al Estado (¿hay un problema con la legislación del Estado? ¿es un problema de aplicación del poder ejecutivo? ¿es la causa de la violación una errada interpretación del poder judicial? ¿cómo es el proceso y el acceso a la justicia?).
- Si corresponde, se debe establecer si estamos ante una afectación legítima, por concurrir en la especie alguna forma de límite legítimo:
    - *restricción* (¿había una ley que permitiera la restricción? ¿era el objetivo invocado uno de los que se podía invocar para restringir ese derecho? ¿era la restricción necesaria en una sociedad democrática? Para esto último: ¿no había otra alternativa para conseguir el objetivo que no fuera esa restricción del derecho? ¿era la restricción conducente para conseguir el objetivo invocado? ¿era proporcional?), y
    - suspensión de derechos a la luz de las normas internacionales (¿estamos ante un derecho que puede ser objeto de suspensión? Si es un derecho suspendible, ¿se cumplieron con las formalidades para declarar la situación de emergencia? En cuanto al fondo: ¿es la suspensión una medida proporcional? ¿es la medida de suspensión conducente para conseguir el objetivo invocado? ¿se ha informado a la ciudadanía adecuadamente del alcance de la suspensión?).
- Si no estamos ante un límite legítimo: hay un ilícito internacional, esto es, de los hechos concretos se desprende una contradicción entre el actuar del

Estado y sus obligaciones internacionales (¿cómo se violó el derecho?, ¿a quién le es imputable?).

- De esta forma, si la violación del derecho es atribuible o imputable al estado, éste habrá comprometido su responsabilidad internacional y en consecuencia surgen dos obligaciones:
    - El deber de cesar la violación de derechos (¿se continúa cometiendo el ilícito respecto del derecho base?).
    - La obligación de reparar integralmente el daño ocasionado por el ilícito internacional (¿cuál es el tipo y entidad del daño que corresponde reparar? ¿qué medidas se deben adoptar para hacer efectiva la reparación?).

A continuación, analizaremos algunos derechos que nos permiten ejemplificar el razonamiento de casos desde el fondo. Como hemos visto, para esto se requiere dar contenido y alcance a las normas contenidas en los catálogos; y el derecho a la integridad personal (prohibición de tortura), el derecho a la libertad de expresión y el acceso a la justicia son ejemplos interesantes de construcción de estándares internacionales.

V.2. Derecho a la vida

V.2.1. Aspectos generales

El derecho a la vida se encuentra regulado internacionalmente en los siguientes términos:

Artículo 6 PIDCP:

> 1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente. 2. En los países en que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente. 3. Cuando la privación de la vida constituya delito de genocidio se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusará en modo alguno a los Estados Partes del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. 4. Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena de muerte. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos. 5. No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en

> estado de gravidez. 6. Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital.[525]

Artículo 4 CADH:

> 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. 2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente. 3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido. 4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos. 5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez. 6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.[526]

El derecho a la vida es considerado como un derecho humano vital, ya que de él depende que los otros derechos puedan ser gozados y ejercidos, por lo que los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de condiciones que sean necesarias para su goce y ejercicio[527].

En relación con la titularidad del derecho a la vida, la Corte Interamericana ha desarrollado un estándar concreto y ha señalado que, conforme con el artículo 4.1 de la CADH, el embrión no puede ser entendido como persona y que la expresión "en general" de la misma norma, implica una protección "gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general"[528]. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos, si bien reconoce el derecho de los Estados a regular la interrupción voluntaria del embarazo, señala que dicha regulación tiene límites y que "las restricciones a la capacidad de las mujeres o las niñas de recurrir al aborto no deben, entre otras cosas, poner en peligro su vida ni someterlas a dolores o sufrimientos físicos o mentales de manera que se viole el artículo 7 del Pacto [integridad

525 PIDCP (supra 35), artículo 6.
526 CADH (supra 51), artículo 4.
527 Corte IDH. Caso Chinchilla Sandoval y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C No. 312, párr. 166.
528 Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 264.

personal], ni suponer una discriminación contra ellas o una injerencia arbitraria en su vida privada"[529].

Respecto del alcance del derecho a la vida, los instrumentos internacionales no reconocen un derecho "absoluto" a la vida, sino que el reconocimiento es más preciso, así lo que se consagra internacionalmente es el derecho a no ser privados "arbitrariamente" de la vida. En consecuencia, formas de afectación a la vida que no sean arbitrarias pueden estar legitimadas (por ejemplo, derecho de defensa). En este sentido, a juicio de la Corte Interamericana, en relación con las obligaciones del Estado, el derecho a la vida no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere que estos adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva), todo ello basado en el deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción[530].

En relación con la obligación de garantía del derecho a la vida, la Corte ha enumerado un conjunto de medidas que debe adoptar el Estado:

> Este deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado.[531]

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado en relación con las obligaciones generales de respeto y garantía que

> Los Estados partes deben respetar el derecho a la vida. Ello entraña el deber de abstenerse de incurrir en conductas que tengan como resultado la privación arbitraria de la vida. Asimismo, los Estados partes deben garantizar el derecho a la vida y ejercer la diligencia debida para proteger la vida de las personas frente a privaciones causadas por personas o entidades cuya conducta no sea imputable al Estado.[532]

529 CDH, 2019, OG 36 (supra 154) [Observación general N° 36 sobre el Artículo 6 (derecho a la vida) CCPR/C/GC/36], párr. 8.
530 Corte IDH. Caso Vicky Hernández y otras Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie C No. 422, párr. 85.
531 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. 139.
532 CDH, 2019, OG 36 (supra 154) [Observación general N° 36 sobre el Artículo 6 (derecho a la vida) CCPR/C/GC/36],, párr. 7.

En cuanto a la obligación de no discriminación, el Comité de Derechos Humanos ha señalado:

> Las salvaguardias legales del derecho a la vida deben aplicarse por igual a todas las personas y proporcionarles garantías efectivas contra todas las formas de discriminación, incluidas las formas múltiples e interseccionales de discriminación. Toda privación de la vida que obedezca a una discriminación de hecho o de derecho es, ipso facto, de carácter arbitrario.[533]

V.2.2. Calidad de vida

Si bien en los instrumentos se recoge la visión tradicional del derecho a la vida, como un derecho básicamente de abstención del Estado, donde se establece que el Estado debe evitar privar en forma arbitraria de la vida a las personas sujetas a su jurisdicción, a nivel internacional se ha ido ampliando esta visión, y se le vincula con las condiciones materiales y espirituales de vida y se establecen criterios para configurar lo que se conoce como derecho a una cierta "calidad de vida" o "vida digna" que el Estado debe estar en condiciones de garantizar a las personas[534]. Como es obvio, esto suponer pasar de una interpretación del derecho a la vida como un derecho básicamente de abstención, a una interpretación con un contenido prestacional importante.

En esta línea, la Corte ha señalado que, respecto de personas o grupos de personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad respecto del goce y ejercicio de sus derechos, este deber estatal se hace más estricto:

> Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, 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.[535]

Donde se produce el cambio más profundo en esta perspectiva, es con la Convención de Derechos del Niño/a de 1989. Como en otros temas, en relación al derecho a la vida, se propone un nuevo paradigma, que es más exigente para los Estados respecto de los NNA sujetos a su jurisdicción. Señala el Artículo 6:

---

533 CDH, 2019, OG 36 (supra 154) [Observación general N° 36 sobre el Artículo 6 (derecho a la vida) CCPR/C/GC/36],, párr. 61.

534 CDH, 2019, OG 36 (supra 154) [Observación general N° 36 sobre el Artículo 6 (derecho a la vida) CCPR/C/GC/36],, párr. 3.

535 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 162.

> 1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.
>
> 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.[536]

Este cambio de concepción sobre el alcance del derecho a la vida está en el numeral 2º, ya que este consagra la obligación de los Estados de garantizar en la medida de lo posible dos aspectos que no se encuentran en otros instrumentos: su supervivencia y el desarrollo del niño/a. Sobre la base de este numeral 2º, el Comité de Derechos del Niño, órgano encargado del control e implementación de la Convención, ha ido desarrollando una amplia interpretación de esta norma. En varias de sus Observaciones Generales, el Comité desarrolla el derecho a la vida y a la supervivencia y el desarrollo como uno de los principios estructurantes de toda la Convención.

En el sistema regional interamericano sobre derechos humanos, la CADH no tiene una norma similar a la de la Convención de Derechos del Niño/a de Naciones Unidas, pero sí contempla una norma especial que establece una obligación reforzada respecto de los derechos de NNA, cual es, el artículo 19 convencional[537] y la jurisprudencia de la Corte IDH[538], a partir de las obligaciones generales (artículos 1.1 y 2) y de esta obligación particular ha ido ampliando la interpretación del alcance del derecho a la vida consagrada en el artículo 4 convencional.

Un ejemplo de esta visión compleja del derecho a la vida se refleja en el Caso Villagrán Morales y otros (1999), donde la Corte dispuso:

> 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 y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él".
>
> La Corte no puede dejar de señalar la especial gravedad que reviste el presente caso por tratarse las víctimas de jóvenes, tres de ellos niños, y por el hecho de

536 Organización de las Naciones Unidas (ONU). Convención sobre los Derechos de Niño (CDN). [tratado internacional]. firmado el 20 de noviembre de 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990. [en adelante CDN, 1989], artículo 6.

537 CADH (supra 51), Artículo 19: "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado".

538 Una reseña de la jurisprudencia de la Corte en materia de niños y niñas, ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 5, Niños y niñas. San José, Costa Rica. Corte IDH, 2021. [en adelante Corte IDH, 2021, Cuadernillo 5]

> que la conducta estatal no solamente viola la expresa disposición del artículo 4 de la Convención Americana, sino numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional, que hacen recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños bajo su jurisdicción.[539]

Por último, el Comité de Derechos Humanos, en su primera Observación General sobre el derecho a la vida (1982), ya planteaba un primer acercamiento a una visión más compleja del derecho a la vida, con un aspecto prestacional relevante, precisamente, vinculado con el derecho a la subsistencia de los niños:

> Además, el Comité ha observado que el derecho a la vida ha sido con mucha frecuencia interpretado en forma excesivamente restrictiva. La expresión "el derecho a la vida es inherente a la persona humana" no puede entenderse de manera restrictiva y la protección de este derecho exige que los Estados adopten medidas positivas. A este respecto, el Comité considera que sería oportuno que los Estados Partes tomaran todas las medidas posibles para disminuir la mortalidad infantil y aumentar la esperanza de vida, en especial adoptando medidas para eliminar la malnutrición y las epidemias.[540]

Luego, en su Observación General sobre el derecho a la vida (2019), el Comité amplía esta visión y establece que "los Estados deberían adoptar medidas adecuadas para abordar las condiciones generales en la sociedad que puedan suponer amenazas directas a la vida o impedir a las personas disfrutar con dignidad de su derecho a la vida", lo que incluye un conjunto amplio y variado de medidas económicas y sociales[541].

Recientemente, en materia de cambio climático y su impacto en derechos humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos ha establecido un deber de adoptar medidas reforzado, as{i ha señalado que "la protección efectiva de los derechos de las personas contra los efectos adversos graves en su vida, salud, bienestar y calidad de vida requiere que las medidas de mitigación mencionadas anteriormente se complementen con medidas de adaptación destinadas a aliviar las consecuencias más graves o inminentes del cambio climático, teniendo en cuenta cualquier necesidad particular relevante de protección"[542].

En síntesis, los estándares internacionales en materia de derecho a la vida han evolucionado hacia una visión más amplia de este derecho, que comprende aspectos prestacionales vinculados al rol del Estado de garantizar cierto estándar mínimo de calidad de vida, conforme a la dignidad del ser humano.

---

539 Corte IDH. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrs. 144 y 146.

540 Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos (CDH). Observación General N° 6, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 6 - Derecho a la vida. Adoptada el 30 de abril de 1982 en su 16° periodo de sesiones. [en adelante CDH, 1982, OG 6]., párr. 5.

541 CDH, 2019, OG 36 (supra 154), párr. 26.

542 TEDH. Caso Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland (application no. 53600/20, sentencia de 09 de abril de 2024, párr. 552.

V.2.3. Pena de muerte

Ni el Pacto de Derechos Civiles y Políticos ni la Convención Americana sobre Derechos Humanos contemplan la prohibición de la pena de muerte; lo que sí tienen ambos tratados con Protocolos Adicionales para aquellos Estados que adopten la vía abolicionista en esta materia.

Es así como, la normativa internacional, si bien no prohíbe la pena de muerte, sí la regula con detalle. A este respecto, la regulación internacional establece que la pena de muerte es una medida que está sujeta al cumplimiento estricto de las reglas procesales que la regulan, que su ámbito de aplicación debe reducirse al de los más graves delitos comunes y no conexos con delitos políticos, que no puede imponer la pena de muerte a personas menores de 18 años y superior de 70 años, ni a mujeres en estado de gravidez y que se prohíbe restablecer la pena de muerte cuando esta ha sido abolida o ampliar a nuevos ilícitos, y en todo caso las personas tienen derecho a solicitar medidas como la amnistía, indulto o conmutación de la pena. En consecuencia, los Estados deben realizar un ejercicio de control de convencionalidad y evitar incurrir en actos legislativos o prácticas que incumplan con estos límites[543].

Ahora bien, tanto en la jurisprudencia de la Corte IDH como en el Comité de Derechos Humanos se ha avanzado en estándares que son relevantes tener presentes en esta materia[544]; así, se ha establecido la incompatibilidad del derecho a la vida con la pena de muerte como sanción obligatoria, ya que esta figura excluye la posibilidad de graduar la pena conforme a los grados de culpabilidad que deben evaluar el juez[545]; se ha establecido que la aplicación de la pena de muerte cuando existe un procedimiento internacional (ante la CIDH o la Corte IDH) constituye una privación arbitraria de la vida[546]. Asimismo, la jurisprudencia internacional ha profundizado en el límite material, esto es, que esta medida extrema debe estar reservada a los "delitos más graves" y por tanto, reservado a situaciones de verdadera excepcionalidad[547].

En materia procedimental, también ha habido desarrollos interesantes a nivel internacional. Así, en relación con el debido proceso, la Corte y el Comité de Derechos

543 Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Restricciones a la Pena de Muerte (artículos 4.2 y 4.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 del 18 de septiembre de 1983. Serie A No. 3. [en adelante Corte IDH, 1983, OC-3/83].

544 Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 1. Pena de muerte. San José, Costa Rica. Corte IDH, 2022. [en adelante Corte IDH, 2022, Cuadernillo 1].

545 Corte IDH. Caso Girón y otro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2019. Serie C No. 390, párr. 70. En similar sentido, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que impedir considerar las particularidades de cada caso para la determinación de la pena, es incompatible con el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (Comité de Derechos Humanos, Pagdayawon c. Filipinas, Comunicación 1110/2002, párr 5.2).

546 Corte IDH. Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párr. 114.

547 Corte IDH. Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133, párr. 68; CDH, 2019, OG 36 (supra 154), párr. 35.

Humanos han señalado que siendo la ejecución de la pena de muerte una medida de carácter irreversible, esto exige del Estado el más estricto y riguroso respeto de las garantías judiciales, de modo a evitar una violación de éstas, que, a su vez, acarrearía una privación arbitraria de la vida[548]. De igual forma, con este afán garantista, la Corte ha señalado que "los Estados que han abolido la pena de muerte, no podrán expulsar a ninguna persona bajo su jurisdicción, por deportación o extradición, que pueda enfrentar el riesgo real y previsible de aplicación de pena de muerte por delitos que no están penados con igual sanción en su jurisdicción, sin exigir las garantías necesarias y suficientes de que dicha pena no será aplicada"[549]. En relación con el fenómeno del "corredor de la muerte", la Corte ha señalado que este "causa una afectación al derecho a la integridad personal por la angustia en la que se encuentran las personas condenadas a muerte, situación, que genera traumas psicológicos por la manifestación presente y creciente de la ejecución de la pena máxima, por ende, es considerado como un trato cruel inhumano y degradante"[550]. En cuanto a la publicidad de las ejecuciones a través de medios televisivos, ha señalado que "es incompatible con la dignidad humana, por constituirse como un trato degradante, toda vez, que las presuntas víctimas del presente caso fueron tratados como objetos para ejemplificar, a través de su ejecución, que determinadas conductas eran rechazadas por la sociedad en Guatemala"[551].

Por último, es importante consignar que la Corte Interamericana ha adherido a la corriente abolicionista, la cual busca "avanzar hacia una prohibición definitiva a esta modalidad de sanción penal, a través de un proceso progresivo e irreversible destinado a cumplirse en los Estados que han suscrito la Convención Americana"[552]. En igual sentido se ha pronunciado el Comité de Derechos Humanos, el que ha sostenido que "los Estados partes que todavía no son completamente abolicionistas deberían avanzar decididamente, en el futuro próximo, hacia la abolición total de la pena de muerte de hecho y de derecho"[553].

548 Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías de un debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. [en adelante Corte IDH, 1999, OC-16/99], párr. 136; CDH, 2019, OG 36 (supra 154), párr. 41.

549 Corte IDH. Caso Wong Ho Wing Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297, párr. 134. En similar sentido, ver CDH, 2019, OG 36 (supra 154), párrs. 30 y 34.

550 Corte IDH. Caso Ruiz Fuentes y otra Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de octubre de 2019. Serie C No. 385, párr. 135.

551 Corte IDH. Caso Girón y otro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2019. Serie C No. 390, párr. 87.

552 Corte IDH. Caso Martínez Coronado Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de mayo de 2019. Serie C No. 376, párr.63.

553 CDH, 2019, OG 36 (supra 154), párr. 50.

V.2.4. Situaciones de riesgo: indígenas, defensores de derechos humanos, privados de libertad, personas trans y uso de la fuerza policial

Hay ciertas situaciones que ponen de una manera agravada en riesgo el derecho a la vida. Sin ningún afán de exhaustividad, a continuación, plantearemos algunos temas que sirven de ejemplo, en particular, las amenazas al derecho a la vida de grupos en situación de riesgo y las obligaciones de garantía del Estado.

Uno de los primeros grupos que ha sido objeto de especial preocupación por parte del sistema internacional de protección de derechos humanos ha sido el de *pueblos indígenas*. Al efecto, es interesante tener en presente que el estándar en relación con el derecho a la vida debe incorporar los elementos culturales en forma explícita, además de los elementos materiales[554]. Respecto de las condiciones de vida de las comunidades indígenas, la Corte Interamericana ha puesto especial énfasis en la vulneración al derecho a una vida digna[555] y, particularmente, en relación con la situación del derecho a la vida de niños y niñas pertenecientes a comunidades indígenas, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado:

> El Comité observa con preocupación el número desproporcionadamente grande de niños indígenas que viven en una pobreza extrema, situación que tiene repercusiones negativas sobre su supervivencia y su desarrollo. Preocupan además al Comité las elevadas tasas de mortalidad en la primera infancia y en la niñez de los niños indígenas, así como la malnutrición y las enfermedades de esos niños. El artículo 4 obliga a los Estados partes a adoptar medidas para dar efectividad a los derechos económicos, sociales y culturales hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, con la cooperación internacional. Los artículos 6 y 27 consagran el derecho de los niños a la supervivencia y al desarrollo, así como a un nivel de vida adecuado. Los Estados deberían ayudar a los padres y a otras personas responsables de los niños indígenas a dar efectividad a ese derecho brindando una asistencia material y unos programas de apoyo culturalmente apropiados, particularmente en lo que se refiere a la nutrición, a la ropa y a la vivienda. El Comité subraya la necesidad de que los Estados partes tomen medidas especiales para que los niños indígenas disfruten del derecho a un nivel de vida adecuado, así como de que esas medidas, junto con los indicadores de progreso, se elaboren en colaboración con los pueblos indígenas, incluyendo los niños.[556]

554 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 51.

555 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125; 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. 217.

556 Comité de los Derechos del Niño. Observación General No 11: Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención. 2009. [en adelante Comité DN, 2009, OG 11], párr. 34

Otro de los grupos que ha sido objeto de especial preocupación ha sido el de los *defensores y defensoras de derechos humanos*, quienes se ven amenazados en su derecho a la vida producto de las actividades que desempeñan. En este caso, la Corte Interamericana ha sido clara en señalar que el Estado tiene la obligación de garantizar "medidas especiales de protección" que sean acordes con las funciones que desempeñan las defensoras y los defensores[557] y que dichas medidas de protección deben tener en consideración el nivel de riesgo en cada caso, para lo cual es necesario que se realice una evaluación que permita adoptar y monitorear las medidas que se encuentren vigentes, las que deben ser modificadas según la variación de la intensidad de riesgo[558]. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que "Los Estados partes deben adoptar las medidas necesarias para actuar ante las amenazas de muerte y brindar una protección adecuada a los defensores de los derechos humanos, incluida la creación y el mantenimiento de un entorno seguro y propicio para la defensa de los derechos humanos"[559].

En este mismo sentido, la situación de las personas privadas de libertad ha sido objeto de especial preocupación en materia de derecho a la vida. Es así como, el estándar de exigencia para el Estado es mayor atendida la situación de control que este tiene sobre las personas bajo su custodia[560]. De ahí que la Corte ha señalado a los Estados que "deben adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida, y establecer un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y dar reparación por la privación de la vida por parte de agentes estatales o particulares"[561]. Asimismo, respecto de las personas privadas de libertad, la Corte Interamericana, ha establecido que "existe una presunción por la cual el Estado es responsable por las lesiones que exhibe una persona que ha estado bajo la custodia de agentes estatales. En dicho supuesto, recae en el Estado la obligación de proveer una explicación satisfactoria y convincente de lo sucedido y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad, mediante elementos probatorios adecuados"[562]. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha sostenido que "el deber de proteger la vida de todas las personas privadas de libertad incluye prestarles la atención médica necesaria y someterlas a reconocimientos de salud periódicos adecuados, protegerlas de la violencia entre reclusos, prevenir los suicidios y realizar ajustes razonables para las personas

557 Corte IDH. Caso Escaleras Mejía y otros Vs. Honduras. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C No. 361, párrs. 53 y 54.
558 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
559 CDH, 2019, OG 36 (supra 154), párr. 53.
560 Corte IDH, 2022, OC-29/22 (supra 151), párr. 72.
561 Corte IDH. Caso Olivares Muñoz y otros Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de noviembre de 2020. Serie C No. 415, párr. 87.
562 Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, párr. 341.

con discapacidad", lo que incluye a personas en custodia del Estado distintas a la prisión (centros médicos, desplazados, refugiados, entre otros)[563].

Un aspecto que es relevante tener en consideración respecto de las medidas especiales de protección, son los casos vinculados con jóvenes privados de libertad. En esta materia, la Corte Interamericana ha señalado:

> Que la problemática de los centros de internación requiere de acciones a mediano y largo plazo, a efectos de adecuar sus condiciones a los estándares internacionales sobre la materia. No obstante, los Estados están en la obligación de desplegar acciones inmediatas que garanticen la integridad física, psíquica y moral de los internos, así como su derecho a la vida y el derecho a gozar las condiciones mínimas de una vida digna, especialmente cuando se trata de niños y niñas, quienes requieren una atención especial por parte del Estado.[564]

Por último, es pertinente destacar el vínculo que ha hecho la Corte entre el derecho a la vida y el *deber de justicia*. En un caso sobre una defensora de derechos humanos de Mujeres Trans (grupo en especial situación de riesgo respecto del derecho a la vida e integridad personal), el Tribunal Interamericano reiteró que la impunidad es una forma de afectación al derecho a la vida y que el Estado debe tomar medidas adecuadas. Señala la Corte IDH:

> la ausencia de mecanismos efectivos de investigación de violaciones del derecho a la vida y la debilidad de los sistemas de justicia para afrontar dichas violaciones pueden propiciar, en los Estados, un clima de impunidad respecto de las mismas, y, en ciertos contextos y circunstancias, pueden llegar a configurar situaciones generalizadas o graves esquemas de impunidad, estimulando y perpetuando, así, la repetición de las violaciones.[565]

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que "los Estados partes, por lo general, deben abstenerse de abordar las violaciones del artículo 6 mediante la mera imposición de medidas administrativas o disciplinarias, y normalmente se requiere una investigación penal que, si se reúnen suficientes pruebas incriminatorias, debería culminar en un proceso penal"[566].

Mención especial debe hacerse al vínculo que ha hecho el sistema internacional entre el derecho a la vida con la desaparición forzada de personas[567]. Este ilícito particularmente grave se caracteriza por una violación múltiple de derechos (vida, integridad, libertad, personalidad jurídica) y un actuar ilícito por parte del Estado que niega la desaparición de las personas. Para que se configure este ilícito deben concurrir los siguientes requisitos: a) la privación de la libertad; b) la intervención

563 CDH, 2019, OG 36 (supra 154), párr. 25.
564 Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2005b) Asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el "Complexo do Tatuapé" da FEBEM respecto Brasil. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de noviembre de 2005, párr. 18.
565 Corte IDH. Caso Vicky Hernández y otras Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie C No. 422, párr. 97.
566 CDH, 2019, OG 36 (supra 154), párr. 27.
567 CDH, 2019, OG 36 (supra 154), párr. 58.

directa de agentes estatales o de personas que actúen con su autorización, apoyo o aquiescencia, y c) la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o el paradero de la persona interesada[568]. La consecuencia que tiene este ilícito es que un acto continuado o permanente, que permanece mientras no se conozca el paradero de la víctima o se hallen sus restos, y mientras no se determine con certeza la identidad de los mismos[569]. Particularmente, en relación con el derecho a la vida, la Corte ha señalado que la desaparición forzada deja a la persona en una "situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge el riesgo de que se violen diversos derechos, entre ellos, el derecho a la vida"[570]. En estos casos tiene particular aplicación el derecho a la verdad, que básicamente consiste en el derecho de los familiares a ser informados sobre el destino de sus seres queridos y de la sociedad a conocer los hechos y sus responsables; aunado a ello, está la obligación de buscar los restos, identificarlos y entregarlos a sus familiares[571].

Se hace presente que otro tema relevante vinculado con el derecho a la vida es el uso de la fuerza por parte de agentes del Estado. Esta materia la tratamos en particular en el apartado VII.5 de este Curso.

V.2.5. La obligación de garantía respecto de actos de privados

Un tema que ha sido desarrollado ampliamente por la jurisprudencia internacional es el relativo a la responsabilidad internacional del Estado por actos de privados que constituyan una afectación ilegítima al derecho a la vida.

Sobre esta materia es importante tener presente que la responsabilidad del Estado solo puede establecerse cuando existe una acción u omisión a las obligaciones internacionales que le sea imputable (ver Responsabilidad Internacional en el apartado II.3 este Curso). Ahora bien, en materia del derecho a la vida, la Corte Interamericana ha desarrollado dos hipótesis relevantes.

Por una parte, la responsabilidad que surge para el Estado por la omisión de adoptar las medidas adecuadas para evitar la afectación del derecho a la vida cuando se den dos circunstancias: i) las autoridades estatales sabían, o debían haber sabido, de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida y/o integridad personal de un individuo o grupo de individuos determinado, y que ii) tales autoridades no adoptaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para

568 Organización de la Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH). Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. Instrumento aprobado el 23 diciembre de 2010. [en adelante CIPPDF, 2010], Artículo 2.

569 Corte IDH. Caso Movilla Galarcio y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2022. Serie C No. 452, párr. 119.

570 Corte IDH. Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012. Serie C No. 240, párr. 185.

571 Corte IDH. Caso Movilla Galarcio y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2022. Serie C No. 452, párrs. 155-158.

prevenir o evitar ese riesgo[572]. Esta es una cuestión especialmente relevante en relación con la situación de grupos históricamente discriminados y grupos que realizan labores que los ponen en situación de riesgo.

Por otro lado, está la obligación del Estado de regular y fiscalizar actividades privadas que tengan el potencial de poner en riesgo la vida de las personas. Esta es una cuestión relevante en el ámbito de las responsabilidades vinculadas con empresas y derechos humanos y, por ello, la Corte Interamericana ha desarrollado una amplia jurisprudencia en esta materia, y como criterio general, ha establecido que "los Estados tienen el deber de regular, supervisar y fiscalizar la práctica de actividades peligrosas por parte de empresas privadas que impliquen riesgos significativos para la vida e integridad de las personas sometidas a su jurisdicción"[573]. De igual forma, en el ámbito de actividades que corresponden a funciones propias del Estado (como por ejemplo derecho a la salud), la Corte ha señalado que "los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado. La obligación del Estado no se agota en los hospitales que prestan servicios públicos, sino que abarca a toda y cualquier institución en salud"[574].

En consecuencia, si bien el Estado no responde automáticamente por cada violación del derecho a la vida producto de actos de privados, sí es posible que surja responsabilidad no solo por el incumplimiento del deber de justicia, sino que también por falta de prevención y protección, todos estos elementos de la obligación general de garantía.

V.3. Prohibición de la tortura

V.3.1. Aspectos generales

A nivel internacional, este derecho se recoge en los siguientes términos:

Artículo 7 PIDCP:

> Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

572 Corte IDH. Caso Gómez Virula y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C No. 393, párr. 56.

573 Corte IDH. Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) Vs. Honduras. Sentencia de 31 de agosto de 2021. Serie C No. 432, párr. 55.

574 Corte IDH. Caso Vera Rojas y otros Vs. Chile. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de octubre de 2021. Serie C No. 439, párr. 89.

Artículo 5 CADH:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. 3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente. 4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas. 5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento. 6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

El sistema internacional de derechos humanos, en general, y el sistema interamericano de derechos humanos, en particular, se construyen sobre algunos pilares básicos vinculados con la protección de la dignidad del ser humano. Uno de estos pilares es el derecho de toda persona a su integridad personal. Hoy esta parece ser una cuestión ampliamente reconocida y aceptada, pero esa no ha sido una constante en la historia. La actual perspectiva corresponde a un logro luego de un largo proceso de limitación del poder y, en particular, en su expresión más dramática, como es prohibir toda forma de la aplicación deliberada de tormentos a una persona que se encuentra sujeta a su jurisdicción. Dicho proceso ha evolucionado desde un uso constante de dichas prácticas como forma de sanción; pasando por un uso regulado como forma de obtener confesiones que en sí fue un avance; a los intentos por controlar las formas en que se infligía sufrimiento deliberado a una persona en el proceso de inquisición, también como expresión de un medio de control de dichas prácticas; y, finalmente, las ideas de prohibición absoluta o abolicionistas, que son de reciente data[575]. En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la prohibición absoluta de la tortura es un imperativo moral y no admite un debate desde el punto de vista utilitarista o desde la perspectiva de las circunstancias especiales que pueda vivir un Estado[576].

De esta forma, hoy el derecho a la integridad personal y, en particular, la prohibición de afectaciones ilegítimas al mismo se reconoce, acepta y protege. Señalo explícitamente que lo que se prohíbe es una afectación ilegítima, ya que hay ciertos actos que podrían ser considerados como afectaciones a la integridad personal, pero que no son necesariamente una violación del mismo, ya que serían afectaciones legítimas, tales como tratamientos médicos, tatuajes, entre otros[577].

575 J. Langbein, "The legal history of torture". En Levinson, Sanford. Torture. A Collection. 1 edición. Oxford University Press, inc, 2004. [en adelante Langbein, 2004]

576 Corte IDH, Caso Penal Castro Castro vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 271.

577 En este sentido, en el sistema europeo, ver P. van Dijk & G.J.H. van Hoof: Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, SIM, Kluwer Law International, La Haya – Londres – Boston, Tercera Edición, 1998. [en adelante Van Dijk & Van Hoof, 1998], At. 316-317; en el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, ver D. Mc Goldrick. The Human Rights Committee. Its role in the development of the International Covenant on Civil and Political Rights. Clarendon Press – Oxford, 1994. [en adelante Mc Goldrick, 1994], At. 366; y, en el sistema interamericano, ver C. Medina, La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho – Universidad de Chile, Santiago, 2003. [en adelante Medina, 2003], At. 154-155).

V.3.2. Derecho a la Integridad Personal

Al estar el derecho a la integridad personal directamente vinculado con la dignidad humana, las formas de afectación son variadas y muchas de ellas no tan evidentes como lo son las formas más agravadas de violación de este derecho. Así lo ha entendido la Corte Interamericana que desde sus primeros casos estableció una visión amplia sobre este vínculo entre dignidad humana e integridad personal:

> La Corte ya ha establecido que "[l]a infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes, cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta". Es decir, las características personales de una supuesta víctima de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, deben ser tomadas en cuenta al momento de determinar si la integridad personal fue vulnerada, y por ende, incrementar el sufrimiento ya el sentido de humillación cuando son sometidas a ciertos tratamientos. Asimismo, el Tribunal ha indicado que todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana en violación del artículo 5 de la Convención Americana.[578]

Ahora, una violación a la dignidad a través de la integridad personal puede adquirir diversas formas y con distintas entidades. Veremos que hay afectaciones a la integridad personal en sus facetas física, psíquica y moral y actos expresamente prohibidos. Además, en relación con este derecho se han desarrollado una serie de discusiones sobre su contenido y alcance (qué es integridad, qué es tortura, qué son otras formas de afectación del derecho, entre otras) y respecto de las obligaciones de garantía y no discriminación asociadas a este derecho.

Respecto de las formas de afectación al derecho a la integridad personal, este puede ser afectado por distintos actos, los más graves son los actos de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes[579]. En general, los instrumentos internacionales se centran en la prohibición de estas últimas conductas y si bien no consagran explícitamente un derecho a la integridad personal (salvo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969), todos los actos

578 Corte IDH, Caso Familia Barrios Vs. Venezuela, Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237, párr. 52.

579 "La Corte ha establecido que "la infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes, cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta". Los primeros se refieren a las características del trato, tales como la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padecimientos, así como los efectos físicos y mentales que éstos pueden causar. Los segundos remiten a las condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos, entre ellos la edad, el sexo, el estado de salud, así como toda otra circunstancia personal" (Corte IDH, Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014, párr. 388)

prohibidos son formas de afectación de este derecho, que van desde algunas genéricas (actos o penas inhumanas, crueles o degradantes), hasta algunos muy específicos (actos de tortura). Es también un hecho que aquella forma de violación de la integridad personal que causa mayor rechazo es la tortura y por ello se justifica su tratamiento diferenciado.

La distinción entre las formas de violación a la integridad personal ha venido por la vía de separar claramente afectaciones físicas y de aquellas de tipo psicológico y moral en el caso de amenazas de violación de derechos humanos:

> La Corte se remite a esas consideraciones sobre los factores que repercuten en la gravedad de los hechos. Es claro que el uso de esa fuerza por los agentes estatales contra los internos implicó la violación de la integridad física de éstos.
>
> Este Tribunal ha sostenido que la mera amenaza de que ocurra una conducta prohibida por el artículo 5 de la Convención Americana, cuando sea suficientemente real e inminente, puede constituir en sí misma una transgresión a la norma de que se trata. Para determinar la violación al artículo 5 de la Convención, debe tomarse en cuenta no sólo el sufrimiento físico sino también la angustia psíquica y moral. La amenaza de sufrir una grave lesión física puede llegar a configurar una 'tortura psicológica".[580]

Otro ejemplo de la utilidad de esta distinción entre integridad física y psíquica y moral es el caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, donde la Corte estimó que no procedía pronunciarse sobre una supuesta afectación de la "integridad cultural" de la comunidad[581], pero sí consideró que la falta de restitución de sus tierras tradicionales constituía una violación a la integridad personal de sus miembros, en vista de los efectos psíquicos y morales que padecían a consecuencia de ello:

> En el presente caso, varias de las presuntas víctimas que declararon ante la Corte expresaron el pesar que ellas y los miembros de la Comunidad sienten por la falta de restitución de sus tierras tradicionales, la pérdida paulatina de su cultura y la larga espera que han debido soportar en el transcurso del ineficiente procedimiento administrativo. Adicionalmente, las condiciones de vida miserables que padecen los miembros de la Comunidad, la muerte de varios de sus miembros y el estado general de abandono en la que se encuentran generan sufrimientos que necesariamente afectan la integridad psíquica y moral de todos los miembros de la Comunidad. Todo ello constituye una violación del artículo 5.1 de la Convención, en perjuicio de los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek.[582]

580 Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párrs. 278 y 279, respectivamente.

581 Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay, sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párr. 242.

582 Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay, sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párr. 244

Incluso la Corte ha señalado que las condiciones de abandono que sufre una comunidad pueden constituir una forma de afectación a la integridad psíquica y moral de los miembros de dicha comunidad:

> Finalmente, la Corte ha precisado que las malas condiciones de vida que padecen los miembros de una comunidad y el estado general de abandono en la que se encuentran generan sufrimientos que necesariamente afectan la integridad psíquica y moral de los miembros de dicha comunidad. Éste es el caso de las víctimas sobrevivientes de las masacres que actualmente residen en la colonia Pacux.[583]

Por último, es importante destacar las formas de afectación a la integridad psíquica y moral, vinculada con violencia sexual. Al respecto la Corte señaló en el caso del Penal Castro y Castro:

> El haber forzado a las internas a permanecer desnudas en el hospital, vigiladas por hombres armados, en el estado precario de salud en que se encontraban, constituyó violencia sexual en los términos antes descritos, que les produjo constante temor ante la posibilidad de que dicha violencia se extremara aún más por parte de los agentes de seguridad, todo lo cual les ocasionó grave sufrimiento psicológico y moral, que se añade al sufrimiento físico que ya estaban padeciendo a causa de sus heridas. Dichos actos de violencia sexual atentaron directamente contra la dignidad de esas mujeres. El Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5.2 de la Convención Americana, en perjuicio de las seis internas que sufrieron esos tratos crueles, cuyos nombres se encuentran incluidos en el Anexo 2 de víctimas de la presente Sentencia que para estos efectos forma parte de la misma.[584]

A modo de resumen, podemos señalar que el DIDH consagra un principio general: el derecho a la integridad personal que tiene distintas facetas (física, psíquica y moral). Este derecho puede ser afectado de distintas formas, alguna de las cuales se encuentran expresamente prohibidas (tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes). Además, surgen otros temas que se han vinculado con la integridad personal, como violaciones pluriofensivas de derechos (desaparición forzada) y las medidas de protección jurisdiccional efectiva de este derecho en el marco de violaciones de otros derechos relacionados (*hábeas corpus*)[585].

583 Corte IDH, Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012, Serie C No. 250, párr. 164.

584 Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 308.

585 Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 10. Integridad personal. San José, Costa Rica. Corte IDH, 2021. [en adelante Corte IDH, 2021, Cuadernillo 10].

V.3.3. La prohibición de tortura y otros tratos crueles inhumanos y degradantes

El lugar primordial que la prohibición de la tortura ocupa en todo el derecho internacional, se refleja en la existencia de varios instrumentos destinados específicamente a ella[586].

Este rol central de la prohibición de la tortura se manifiesta en que esta acción es considerada un claro ejemplo de una norma absoluta en derecho internacional de los derechos humanos. Este carácter absoluto implica que, a diferencia de lo que ocurre con la gran mayoría de los derechos humanos consagrados internacionalmente, no puede restringirse ni suspenderse bajo ninguna circunstancia[587].

En concreto, a juicio de la Corte[588], el derecho a no ser sometido a torturas constituye no solo una norma que no admite limitaciones, sino que además posee una especial calidad dentro del derecho internacional público, a saber, es una norma *jus cogens*[589], es decir, una norma imperativa del derecho internacional respecto de la cual ningún Estado puede sustraerse, por ejemplo, haciendo una reserva al momento de obligarse por un tratado de derechos humanos. Esta especial naturaleza de la prohibición de tortura tiene efectos en relación con las obligaciones del Estado, principalmente, la de garantía:

> Según fue señalado anteriormente, los hechos del presente caso han infringido normas inderogables de derecho internacional (*jus cogens*), en particular las prohibiciones de la tortura y de las desapariciones forzadas de personas. Estas prohibiciones son contempladas en la definición de conductas que se considera afectan valores o bienes trascendentales de la comunidad internacional, y hacen necesaria la activación de medios, instrumentos y mecanismos nacionales e internacionales para la persecución efectiva de tales conductas y la sanción de sus autores, con el fin de prevenirlas y evitar que queden en la impunidad. Es así como, ante la gravedad de determinados delitos, las normas de derecho internacional consuetudinario y convencional establecen el deber

586 Organización de las Naciones Unidas. Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1975 (resolución 3452 (XXX) [en adelante ONU, 1975, Declaración]; Organización de las Naciones Unidas. Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CAT), aprobada el 10 de diciembre de 1984 (resolución 39/46) ONU Doc. A/39/51 (1984), la Convención entró en vigencia el 26 de junio de 1987 [en adelante CAT, 1984]; Organización de los Estados Americanos. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985 en el decimoquinto período ordinario de sesiones de la Asamblea General. La Convención entró en vigor el 28 de febrero de 1987. [en adelante OEA, CCT, 1985]; Consejo de Europa. Convención Europea para Prevenir la Tortura y las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, aprobada en el marco del Consejo de Europa, el 26 de noviembre de 1987. La Convención entró en vigencia el 1 de febrero de 1989 [en adelante Consejo de Europa, 1989, Convención].

587 CADH (supra 51), Artículo 27; PIDCP (supra 35), Artículo 4.

588 A modo de ejemplo, ver: Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252, párr. 147.

589 Corte Internacional de Justicia (CIJ), Case East Timor (Portugal v. Australia), Reports 1995, p. 90, at. p. 102, para. 29; International Law Commission (ILC), Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, Naciones Unidas, Ginebra, 2001, pp. 208 y 284 (comentarios sobre los artículos 26 y 40). En el mismo sentido, TEDH, Advisory Opinion on the applicability of statutes of limitation to prosecution, conviction and punishment in respect of an offence constituting, in substance, an act of torture, resolución de 26 de abril de 2022.

> de juzgar a sus responsables. En casos como el presente, esto adquiere especial relevancia pues los hechos se dieron en un contexto de vulneración sistemática de derechos humanos –constituyendo ambos crímenes contra la humanidad– lo que genera para los Estados la obligación de asegurar que estas conductas sean perseguidas penalmente y sancionados sus autores.[590]

Todas estas características particulares de la prohibición de tortura han hecho surgir la discusión sobre qué es exactamente un acto de tortura y de qué manera lo podemos distinguir de otras formas de afectación de la integridad personal que también se encuentran especialmente prohibidas.

Necesidad de distinguir entre tortura y otros actos que afectan la integridad personal. Distinguir entre las diversas formas de afectación al derecho a la integridad personal es un punto complejo, ya que, si bien hay diferentes tratamientos normativos, la práctica de los órganos de control se han pronunciado muchas veces por no hacer la distinción y tratar el tema como una afectación indiferenciada del derecho a la integridad personal[591].

Por otra parte, se puede sostener que la distinción entre las distintas conductas merece ser hecha, particularmente, para destacar la tortura, dado que esta calificación lleva consigo una estigmatización mayor que debe ser expresada. Además, la tortura genera obligaciones diferenciadas para el Estado y puede tener consecuencias en materia de reparaciones; finalmente, la diferenciación entre las formas de afectación a la integridad personal puede ser relevante en materia de activación de mecanismos de protección a nivel de la Convención de Naciones Unidas sobre tortura[592].

Desde una perspectiva normativa, ni el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales[593] (1950), ni el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas[594] (1966), ni la

590 Corte IDH, Caso Goiburú vs. Paraguay, sentencia de 22 de septiembre de 2006, Serie C No. 153, párr. 128.

591 Association for the Prevention of torture (APT), Torture in International Law – A guide to jurisprudence, http://www.apt.ch/component/option,com_docman/task,cat_view/gid,127/Itemid,59/lang,en/ (04/12/2008)

592 CAT, 1984 (supra 586), Artículo 20: "1. El Comité, si recibe información fiable que a su juicio parezca indicar de forma fundamentada que se practica sistemáticamente la tortura en el territorio de un Estado Parte, invitará a ese Estado Parte a cooperar en el examen de la información y a tal fin presentar observaciones con respecto a la información de que se trate. 2. Teniendo en cuenta todas las observaciones que haya presentado el Estado Parte de que se trate, así como cualquier otra información pertinente de que disponga, el Comité podrá, si decide que ello está justificado, designar a uno o varios de sus miembros para que procedan a una investigación confidencial e informen urgentemente al Comité. 3. Si se hace una investigación conforme al párrafo 2 del presente artículo, el Comité recabará la cooperación del Estado Parte de que se trate, de acuerdo con ese Estado Parte, tal investigación podrá incluir una visita a su territorio. 4. Después de examinar las conclusiones presentadas por el miembro o miembros conforme al párrafo 2 del presente artículo, el Comité transmitirá las conclusiones al Estado Parte de que se trate, junto con las observaciones o sugerencias que estime pertinentes en vista de la situación. 5. Todas las actuaciones del Comité a las que se hace referencia en los párrafos 1 a 4 del presente artículo serán confidenciales y se recabará la cooperación del Estado Parte en todas las etapas de las actuaciones. Cuando se hayan concluido actuaciones relacionadas con una investigación hecha conforme al párrafo 2, el Comité podrá, tras celebrar consultas con el Estado Parte interesado, tomar la decisión de incluir un resumen de los resultados de la investigación en el informe anual que presente conforme al artículo 24".

593 Adoptado el 4 de noviembre de 1950 por los Estados signatarios, miembros del Consejo de Europa.

594 Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.

Convención Americana sobre Derechos Humanos[595] (1969) hacen una distinción conceptual en esta materia.

El artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos dispone:

> Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.[596]

El Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 7 señala:

> Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.[597]

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 5 dispone (en lo pertinente):

> 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
>
> 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
>
> 3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.[598]

Donde sí se ha hecho un esfuerzo por definir la tortura ha sido en los instrumentos específicos tanto en Naciones Unidas como en el sistema interamericano de derechos humanos. Ambos instrumentos parten con una definición de qué se entenderá por tortura y si bien son conceptos similares, no son idénticos. Analicemos cada uno de ellos:

La Convención de Naciones Unidas señala en su artículo 1:

> 1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.[599]

---

595 Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

596 Consejo de Europa. Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. (Convención Europea de los Derechos Humanos, CEDH). Adoptada por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor en 1953. [en adelante CEDH, 1950].

597 PIDCP (supra 35), artículo 7.

598 CADH (supra 51), artículo 5.

599 CAT, 1984 (supra 586), artículo 1.

Por su parte, el artículo 2 de la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CAPST)[600], señala:

> Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.
>
> No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.[601]

De esta forma, a partir de los elementos comunes y las diferencias entre ambas definiciones, podemos extraer algunas conclusiones:

- En primer lugar, que la tortura debe ser un acto intencional.
- Segundo, que el elemento determinante será el sufrimiento o dolor, ya sea físico o mental. Es interesante, por una parte, señalar que respecto de este requisito ambos instrumentos defieren en un elemento central: la Convención de Naciones Unidas exige que el padecimiento sea "grave", cuestión que no es exigida por la Convención americana en esta materia. Este es un punto muy relevante a la hora de realizar una posible distinción entre tortura y otros actos que afectan la integridad personal, ya que podría pensarse (como lo ha hecho el sistema europeo en algún momento) que este sería el elemento clave de distinción. Por otra parte, nos encontramos con un segundo aspecto diferenciador. En el sistema interamericano se ha agregado un elemento que amplía la noción del padecimiento, cual es, que también se considerará como tortura un acto que, sin provocar este dolor o sufrimiento, este destinado a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental.
- Tercero, que el acto debe perseguir una finalidad. Aquí hay un punto interesante de distanciamiento entre ambos sistemas: en el caso del sistema interamericano este requisito es prácticamente fútil ya que se establece que "cualquier otro fin", aparte de los mencionados expresamente en el texto podrán ser considerados como suficientes para dar por cumplido con el requisito de la finalidad. En cambio, en el sistema de Naciones Unidas la finalidad es más restringida y cuando abre el tema, lo hace de la siguiente forma: "o por cualquier

600 Convención Interamericana Para Prevenir y Sancionar La Tortura (CAPST). Adoptada en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985 en el decimoquinto período ordinario de sesiones de la Asamblea General [en adelante CAPST].

601 CAPST (supra 600), artículo 2.

razón basada en cualquier tipo de discriminación". De este modo, sigue siendo una apertura acotada, ya que esta finalidad deberá estar basada en algún tipo de discriminación.

- Cuarto, en cuanto a los sujetos activos, ambos instrumentos mantienen una vinculación con una actividad (acción u omisión) de un agente estatal. Sin embargo, aun cuando en el artículo 3.2 de la Convención Americana sobre Tortura hay un esfuerzo por vincular a privados de forma más categórica que lo que se hace en el ámbito de Naciones Unidas.

Jurisprudencia sobre la definición de tortura. La Corte Europea a lo largo de su jurisprudencia ha hecho una serie de distinciones conceptuales, calificando ciertos casos como tortura, otros como tratos inhumanos, y otros como tratos degradantes[602]. Un caso paradigmático sobre las dificultades de la distinción en esta materia es la sentencia dictada por la Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso *Irlanda vs. Reino Unido,* de 1978[603]. La Corte Europea en dicha sentencia estableció que un trato degradante era aquél capaz de "crear en las víctimas sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad, susceptibles de humillarles, envilecerles y de quebrantar en su caso su resistencia física o moral"[604]. En este mismo caso, la Corte Europea sostuvo que las "cinco técnicas" que se aplicaban en Irlanda del Norte - y que consistían en tener a los individuos en puntas de pie por largas horas, cubrirles la cabeza con capuchones, sujetarlos a un intenso y constante ruido y privarlos de sueño, de comida y bebida en cantidad suficiente – no alcanzaban a constituir tortura sino tratamiento inhumano, ya que al término tortura se le adscribía un estigma particular que denotaba "tratamiento inhumano deliberado que causa un sufrimiento muy severo y cruel"[605]. Asimismo, el TEDH se ha referido a las condiciones carcelarias y la afectación de la integridad personal; un caso particular en este sentido es la revisión de varios casos ("caso piloto") sobre las condiciones carcelarias en Rusia y la obligación del Estado de tomar medidas para mejorar dichas condiciones más allá de los casos particulares[606].

602 P. Van Dijk & G.J.H. van Hoof. Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Cuarta Edición, SIM, Kluwer Law International, La Haya – Londres – Boston, 2006. [en adelante Van Dijk & van Hoof, 2006], At. 406ss.

603 TEDH, Irlanda c. Reino Unido, sentencia de 18 de enero de 1978, y antes, la Comisión Europea de Derechos Humanos, en el "Caso Griego" se había referido a esta materia (Comisión Europea de Derechos Humanos, Greek Case, Yearbook XII (1969)).

604 TEDH, Irlanda c. Reino Unido, sentencia de 18 de enero de 1978, A 25, párr. 167, citado por J. Barquin. Los delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes, EDERSA, Madrid, 1992. [en adelante Barquin, 1992], At. 89.

605 Refleja la dificultad y subjetividad de la distinción el que la Comisión Europea de Derechos Humanos, en el procedimiento que precedió el estudio del caso por la Corte, había calificado estas técnicas como "tortura" (Informe de 25 de enero de 1976, B.23-I (1980), p. 411, citado en Van Dijk & Van Hoof, 2006 (supra 602), At. 309.

606 TEDH, Ananyev and Others v. Russia, sentencia de 10 de enero de 2012. En similar sentido, sobre las condiciones estructurales en las cárceles, ver: TEDH, Vasilescu v. Belgica, sentencia de 18 de marzo de 2014; TEDH, Rezmives and Others v. Rumania, sentencia de 25 de abril de 2017.

En el caso *Bueno Alves vs. Argentina*[607], la Corte Interamericana determinó los elementos constitutivos de tortura. Si bien este tribunal ha tenido oportunidad en el pasado de revisar violaciones al derecho a la integridad personal[608], esta fue la primera vez que sistematiza los criterios y requisitos constitutivos de este ilícito[609]. En esta sentencia se desarrollan los elementos de la tortura y los actos cometidos por agentes del Estado que configuraron esta conducta prohibida. Para estos efectos, la Corte utilizó como fuente de interpretación el artículo 5 de la Convención Americana y lo dispuesto por el artículo 2 de la CAPST[610]. Con estas fuentes a la vista señaló que:

> [...] los elementos constitutivos de la tortura son los siguientes: a) un acto intencional; b) que cause severos sufrimientos físicos o mentales, y c) que se cometa con determinado fin o propósito.[611]

Estos requisitos son los que habitualmente cita la doctrina y jurisprudencia internacional para efectos de conceptuar la tortura y distinguirla de los tratos crueles, inhumanos y degradantes[612].

Respecto del primer elemento, la intencionalidad, indicó que "[...] los actos cometidos fueron deliberadamente infligidos en contra de la víctima y no producto de una conducta imprudente, accidente o caso fortuito"[613].

En relación con los "severos sufrimientos físicos y mentales", resulta interesante destacar la forma en la que se aborda este elemento:

> [...] al apreciar la severidad del sufrimiento padecido, la Corte debe tomar en cuenta las circunstancias específicas de cada caso, teniendo en cuenta factores endógenos y exógenos. Los primeros se refieren a las características del trato, tales como la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padecimientos, así como los efectos físicos y mentales que éstos tienden a causar. Los segundos remiten a las condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos, entre ellos la edad, el sexo, el estado de salud, así como toda otra circunstancia personal.[614]

---

607 Corte IDH, Caso Bueno Alves Vs. Argentina, sentencia de 11 de mayo de 2007, Serie C No. 164. Este caso trata sobre los ataques a la integridad del Señor Bueno Alves en un interrogatorio conducido por agentes del Estado en el marco de un procedimiento de carácter civil entre particulares.

608 En nuestro continente los gobiernos autoritarios de las postrimerías del siglo xx desarrollaron e implementaron políticas y prácticas contrarias a los derechos humanos en aras de neutralizar a la población civil o los grupos que consideraban peligrosos para sus intereses. Entre estas prácticas se encontraban las más diversas y graves formas de tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Vg. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154; Caso Barrios Altos Vs. Perú, sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, entre otros.

609 Hasta la dictación de la sentencia en el Caso Bueno Alves, la Corte no distinguía en forma precisa los elementos constitutivos de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, pero utilizaba en su argumentación los elementos o categorías que otros sistemas de protección. Al respecto ver Corte IDH, Caso Tibi vs. Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C No. 114, párr. 149; Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2005, Serie C No. 137, párr. 221.

610 Corte IDH, Caso Bueno Alves Vs. Argentina, sentencia de 11 de mayo de 2007, Serie C No. 164, párr. 78.

611 Corte IDH, Caso Bueno Alves Vs. Argentina, sentencia de 11 de mayo de 2007, Serie C No. 164, párr. 79.

612 Al respecto ver N. Rodley: The treatment of prisoners Under International law, Oxford University Press, (second edition), 2002. [en adelante Rodley, 2002], At. 75-106.

613 Corte IDH, Caso Bueno Alves Vs. Argentina, sentencia de 11 de mayo de 2007, Serie C No. 164, párr. 81.

614 Corte IDH, Caso Bueno Alves Vs. Argentina, sentencia de 11 de mayo de 2007, Serie C No. 164, párr. 83.

En concreto, la Corte, a efectos de analizar el umbral de sufrimiento de la víctima, atiende primero a criterios objetivos que determinan los hechos del caso y, en segundo lugar, a criterios de tipo subjetivo, propios de la condición de la víctima[615]. Esta forma de analizar la intensidad del dolor vuelve patente las legítimas diferencias que existen entre cada persona y abandona la idea de un estándar abstracto o neutral que no las reconozca. El análisis de la situación del titular de derecho concreto permite un adecuado respeto y garantía de los derechos de la Convención. Una calificación centrada sólo en los elementos objetivos del acto tiene un grave problema ya que ignora las particularidades individuales y termina por establecer estándares vinculados a elementos objetivos donde el parámetro se fija a partir de un paradigma que permite formas de trato desigual y discriminatorio a partir de prejuicio o estereotipos que surgen desde las visiones predominantes en un momento histórico determinado[616].

Sobre la finalidad la Corte establece un umbral de exigencia en el cual debe existir una orientación manifiesta en el accionar del Estado, pues de no mediar un propósito, como es el de obtener una confesión, no nos encontraremos ante tortura.

El caso Fernández Ortega y otros[617] marca un precedente de gran importancia en la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de género vinculado con la prohibición de tortura y, por tanto, expresión clara sobre los alcances de la obligación general de no discriminación aplicable también a este derecho. En este caso, la Corte IDH confirma y desarrolla el criterio asentado en el caso del Penal Miguel Castro Castro[618], conforme el cual una violación sexual, bajo ciertas circunstancias, constituye tortura:

> [...] Esta Corte considera que una violación sexual puede constituir tortura aun cuando consista en un solo hecho u ocurra fuera de instalaciones estatales,

615 Esta forma de ponderación se desarrolló a partir del Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149. Un buen resumen actual del razonamiento de la Corte es: "Asimismo, esta Corte ha señalado que la violación del derecho a la integridad física y psíquica de las personas tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes, cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según factores endógenos y exógenos (duración de los tratos, edad, sexo, salud, contexto, vulnerabilidad, entre otros) que deberán ser analizados en cada situación concreta. Es decir, las características personales de una supuesta víctima de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes deben ser tomadas en cuenta al momento de determinar si la integridad personal fue vulnerada, ya que tales características pueden cambiar la percepción de la realidad del individuo, y por ende, incrementar el sufrimiento y el sentido de humillación cuando son sometidas a ciertos tratamientos" (Corte IDH. Caso Quispialaya Vilcapoma Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2016. Serie C No. 320, párr. 127).

616 El mejor ejemplo de este peligro es el caso sobre Grecia, donde la Comisión Europea de Derechos Humanos señaló que "[U]na cierta dureza de tratamiento de los detenidos, tanto por la policía y las autoridades militares es tolerada por la mayoría de los detenidos e incluso esperada por ellos. Esta dureza puede tener la forma de palmadas o golpes de mano en la cabeza o en la cara. Esto subraya el hecho de que el punto hasta el cual los prisioneros y el público aceptan la violencia física como no necesariamente cruel o excesiva varía según las diferentes sociedades y aún entre diferentes grupos de la misma" (Van Dijk & Van Hoof, 2006 (supra 602), At. 412-413). Un buen uso de este criterio puede verse en la Corte Europea: TEDH, Tyrer v. The United Kingdom, 5856/72, dictamen de 25 abril de 1978. Series A No. A26.

617 Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México, Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C No. 215.

618 Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 312.

> como puede ser el domicilio de la víctima. Esto es así ya que los elementos objetivos y subjetivos que califican un hecho como tortura no se refieren ni a la acumulación de hechos ni al lugar donde el acto se realiza, sino a la intencionalidad, a la severidad del sufrimiento y a la finalidad del acto, requisitos que en el presente caso se encuentran cumplidos [...].[619]

V.3.4. Otras formas de afectación de la integridad personal

Para definir qué son los tratos crueles, inhumanos y degradantes, la Corte ha seguido básicamente un criterio casuístico, definiendo en cada ocasión qué actos deben ser considerados bajo dicha categoría. La Corte ha entregado un criterio respecto a la evaluación del sufrimiento:

> Con el fin de analizar la severidad del sufrimiento padecido, la Corte debe tomar en cuenta las circunstancias específicas de cada caso. Para ello, se deben considerar las características del trato, tales como la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padecimientos, los efectos físicos y mentales que éstos pueden causar, así como las condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos, entre ellos, la edad, el sexo y el estado de salud, entre otras circunstancias personales.[620]

Respecto de las penas que se apliquen por las autoridades, también existe un límite claro en cuanto a que estas no pueden afectar la integridad personal, aunque teniendo en cuenta que toda sanción implica de alguna manera una afectación legítima a la integridad personal. Un claro ejemplo de este límite sustantivo a la imposición de penas es el caso Ceasar vs. Trinidad y Tobago:

> La propia jurisprudencia de este Tribunal así como de otros tribunales y autoridades internacionales, llevan a la Corte a concluir que existe una prohibición universal tanto de la tortura como de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, independientemente de cualquier codificación o declaración, por ser todos éstos violatorios de normas perentorias de derecho internacional. Asimismo, la Corte es consciente de la creciente tendencia, a nivel internacional e interno, hacia el reconocimiento del carácter no permisible de las penas corporales, debido a su naturaleza intrínsecamente cruel, inhumana y degradante. Consecuentemente, un Estado Parte de la Convención Americana, en cumplimiento de sus obligaciones derivadas de los artículos 1.1, 5.1 y 5.2 de dicha Convención, tiene una obligación *erga omnes* de abstenerse de imponer penas corporales, así como de prevenir su imposición, por constituir, en cualquier circunstancia, un trato o pena cruel, inhumano o degradante.[621]

---

619 Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México, Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C No. 215, párr. 128.

620 Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y Otras Vs. México, sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C No. 216 párr. 112. En similar sentido se ha pronunciado el sistema europeo, ver: TEDH, Case of Ireland Vs. The United Kingdom, resolución de 18 January 1978, párr. 167.

621 Corte IDH, Caso Ceasar vs. Trinidad y Tobago, sentencia 11 de marzo de 2005, Serie C No. 123, párr. 70.

Por su parte, la Corte Europea también ha seguido un criterio subjetivo para determinar la severidad del daño. Así, en un caso sobre condiciones carcelarias de aislamiento, determinó que no se había infringido la integridad personal toda vez que la severidad del sufrimiento no había tal como para superar el mínimo nivel exigible para considerar un trato como inhumano o degradante atendido el carácter y la peligrosidad del prisionero, aunque estableció que dicho aislamiento no puede ser indefinido y debe ser objeto de revisión periódica, debe dar razones el Estado para mantener la medida y se debe monitorear las condiciones físicas y psíquicas del individuo[622].

En síntesis, podemos afirmar que existe una forma especialmente prohibida de afectación a la integridad personal, la prohibición de tortura y otros tratos y penas crueles inhumanos y degradantes. Que, si bien estas distintas conductas han sido tratadas muchas veces en forma indiferenciada, atendidas ciertas razones vinculadas con la especial reprochabilidad de la tortura, que han obligado a su distinción y, por tanto, han llevado a las cortes internacionales a caracterizarla detalladamente.

V.3.5. Las obligaciones del Estado respecto del derecho a la integridad personal

Una primera cuestión que la Corte Interamericana se ha encargado de reiterar es la obligación que tiene el Estado, como parte del deber de garantía, de investigar las violaciones graves de derechos humanos. Un aspecto central en este desarrollo ha sido clarificar que la obligación de activar la investigación en estos casos es del Estado y no de las víctimas. La obligación de investigar, a juicio de la Corte, es tanto procedimental (obligación de activar la investigación) como sustantiva (esta debe cumplir con ciertos requisitos para ser compatible con las obligaciones internacionales):

> [...] Así, en casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y otras graves violaciones a los derechos humanos, el Tribunal ha considerado que la realización de una investigación *ex officio*, sin dilación, seria, imparcial y efectiva, es un elemento fundamental y condicionante para la protección de ciertos derechos que se ven afectados o anulados por esas situaciones, como los derechos a la libertad personal, integridad personal y vida.[623]

622 TEDH, Ramirez Sanchez v. Francia, sentencia de 4 de julio de 2006.

623 Corte IDH. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 88. En este mismo sentido, la Corte Europea realizó un buen resumen de su jurisprudencia -concordante con los estándares interamericanos- en TEDH, Case of S.M. Vs. Croacia, sentencia de 25 June 2020, párrs. 311-320.

De ahí el rol relevante del Protocolo de Estambul[624] sobre investigación de actos de tortura[625] y el desarrollo de protocolos de actuación a nivel nacional[626]. En este sentido, la Corte ha señalado ciertos criterios que deben guiar las investigaciones cuando una persona acusa haber sido sometida a tortura para obtener una declaración o confesión[627].

Otra consecuencia de la prohibición de la tortura es el papel de la comunidad internacional como destinataria de una obligación de garantía en materia de derechos humanos. El fundamento para esta actividad internacional estaría en el hecho que este tipo de crímenes "afectan valores o bienes trascendentales de la comunidad internacional" [628].

Asimismo, la obligación de garantía ha sido desarrollada en otras materias. Un ejemplo reciente ha sido el razonamiento de la Corte sobre la obligación que tiene el Estado de abstenerse de deportar o expulsar a una persona a un Estado donde exista riesgo de que vea afectada su integridad personal[629].

Otro ejemplo de este deber de garantía, ahora desde lo institucional, son los casos en la que la Corte ha centrado su atención a través de las garantías de no repetición es la obligación de tipificar los actos de tortura en el ámbito interno de acuerdo con los estándares internacionales[630].

624 Organización de las Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH). Protocolo de Estambul. Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Serie de capacitación profesional Nº 8/Rev.1. Naciones Unidas, 2004. [en adelante Protocolo de Estambul, 2004].

625 Corte IDH, Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 02 de septiembre de 2015, Serie C No. 300, párr. 86.

626 Corte IDH. Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 322.

627 Corte IDH. Caso Maldonado Vargas y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Serie C No. 300, párr. 86.

628 Corte IDH. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 128.

629 Corte IDH, 2014, OC-21/14 (supra 452), párr. 226. En el mismo sentido, Corte IDH. Caso Wong Ho Wing Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015, Serie C No. 297, párrs. 127-165.

630 Corte IDH, Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 12 de agosto 2008. Serie C No. 186, párr. 259.

Caso Bueno Alves

El año 1988 el señor BA, uruguayo residente en Argentina, inició una transacción de compraventa inmobiliaria con la señora NLK, la misma que finalmente se frustró.

El señor BA denunció a la señora NLK por estafa y amenazas. Asimismo, la señora NLK denunció al señor Bueno Alves por estafa y extorsión.

El 5 de abril de 1988, el señor BA y su abogado fueron detenidos. Asimismo, la oficina profesional de éste fue allanada y se incautó la grabación de la reunión de rescisión de la compraventa. Todas estas acciones fueron realizadas por funcionarios de la División de Defraudaciones y Estafas de la Policía Federal de Argentina.

El señor BA fue objeto de maltratos mientras se encontró en la sede policial. Fue golpeado en los oídos y en el estómago, insultado en razón de su nacionalidad y privado de su medicación para la úlcera por agentes policiales que lo custodiaban, con el fin de que confesara en contra de su abogado, el señor PG, quien también se encontraba detenido.

A pesar de haber presentado una serie de denuncias dando cuenta de estos malos tratos, éstas fueron desestimadas.

El caso fue llevado ante la Comisión IDH, y luego por esta ante la Corte IDH el año 2006.

Preguntas

1. *¿Califican los padecimientos experimentados por el Sr. Bueno Laves como tortura?*
2. *¿Qué elementos los diferencian de otros tratos inhumanos crueles o degradantes?*
3. *¿Qué consecuencias tendría considerar esta situación un acto de tortura y no solo una afectación a la integridad personal?*
4. *¿Tiene relevancia desde la perspectiva de los derechos humanos que estos padecimientos hayan sido infligidos a la víctima en el contexto de un procedimiento penal? ¿Por qué?*
5. *¿Qué deberes surgen para el Estado ante la ocurrencia de un hecho de tortura?*

Caso J vs. Perú

Durante la década de los ochenta hasta finales del año 2000, en Perú se vivió un contexto de violencia terrorista y violación de derechos humanos como resultado del conflicto entre grupos armados y agentes de las fuerzas policiales y militares. Durante el conflicto armado se produjeron numerosos actos de violencia sexual contra las mujeres peruanas por agresores provenientes tanto del Estado como de los grupos subversivos.

En 1992, la DINCOTE (Dirección Nacional Contra el Terrorismo) puso en ejecución el Operativo Moyano, con la finalidad de desbaratar un Diario considerado subversivo. Con ese fin se determinó la intervención de inmuebles, como el de los padres de la señora J., por cuanto indicaron que en tal inmueble se encontraban reunidos terroristas de "Sendero luminoso".

En el marco del operativo, la señora J., de 25 años, fue detenida y llevada ante la unidad policial de la DINCOTE. Durante la detención, los agentes estatales incurrieron en actos de violencia psicológica en contra de J., incluyendo tocaciones o manoseos con connotación sexual en contra de J. Esta detención se prolongó por 17 días, sin que exista registro del lugar en que permaneció.

Tras el proceso penal y la absolución de la Señora J. en junio de 1993, ella viajó al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, donde se le reconoció la condición de refugiada. En diciembre de 2007, la señora J. fue detenida por la INTERPOL en función a la solicitud de búsqueda y captura enviada por parte de las autoridades peruanas.

A partir de 2003 se realizaron una serie de reformas en la legislación antiterrorista peruana, por las cuales se declaró nulo todo lo actuado en el proceso de la señora J. que se llevó a cabo por jueces y fiscales de identidad secreta y, en consecuencia, se retrotrajo el proceso al momento de emisión del dictamen acusatorio por parte del fiscal del Ministerio Público, debiendo ser sometida nuevamente a juicio, por su supuesta participación en actos terroristas.

La detención y los tratos a los que fue sometida la señora J. nunca fueron investigados.

Preguntas

1. *¿De qué manera se afectó el derecho a la integridad personal de la sra. J.?*
2. *¿Respecto de la denuncia de violación sexual qué obligaciones tenía el Estado?*
3. *Conforme al art. 5.2 convencional, ¿qué argumentos daría usted para sostener que la Sra. J. fue víctima de torturas?*

Caso Cárcel Urso Branco, Brasil

La cárcel Urso Branco es un recinto penal del Estado de Brasil. En él, la población penal se encontraba organizada de la siguiente manera: en celdas denominadas "de seguro" se ubicaban alrededor de 60 internos que sufrían riesgo de ser tacados por otros privados de libertad por haber cometido crímenes considerados inmorales, o por otros factores; en celdas denominadas "libres" aquellos internos que contaban con la confianza de las autoridades penitenciaria y que por tanto gozaban de mayor libertad de desplazamiento; y finalmente el resto de los privados de libertad en celdas para la población general.

En enero de 2002 las autoridades de la cárcel Urso Branco dispusieron modificaciones en esta disposición: a los reclusos que se encontraban en las celdas para la población general y que se consideraban peligrosos se le traslado a celdas fuera de los pabellones generales; y tanto a los internos de las celdas "de seguro" como a los de celdas libres se les traslado a las celdas para población general junto con los demás internos.

A raíz de este cambio se desencadenó en el recinto penitenciario una situación de violencia de enorme magnitud entre las personas privadas de libertad. La misma noche en que se realizó la reubicación de los internos de celdas de seguro, comenzó un homicidio sistemático de ellos, sin que los guardias penitenciarios tomaran acción para evitar las muertes. Al día siguiente la policía que ingresó a la cárcel contabilizó 45 cuerpos sin vida. Algunos de ellos fueron decapitados, otros presentaban extremidades mutiladas, o múltiples heridas causadas por el uso de armas punzantes de fabricación artesanal al interior de la cárcel.

La medida que adoptó la administración de la cárcel fue trasladar a un grupo de reclusos a nuevas celdas improvisadas, denominadas nuevamente "de seguro", pero durante los meses siguientes la situación de violencia continuó, con la ocurrencia de nuevos homicidios, destrucción de celdas, y situaciones de violencia permanente.

A raíz de esta situación la Comisión IDH solicitó a la Corte IDH ordenar al Estado de Brasil la implementación de medidas provisionales que garantizaran el resguardo de la vida e integridad de los internos de la cárcel Urso Branco. Sin embargo, y pese a la reiteración de la orden de la Corte de adoptar medidas provisionales para frenar esta situación, de parte de la Corte numerosas veces en los años siguientes, aún continúan ocurriendo homicidios de forma constante en el penal, hasta el día de hoy.

Situaciones similares ocurren en otros penales de Brasil, habiendo la Corte IDH ordenado al Estado adoptar medidas provisionales en varios de ellos, como el centro penitenciario Curado y Placido de Sá Carvalho, sin que a la fecha exista un cambio significativo en las condiciones de vida de los privados de libertad. La defensa del Estado alude a que esta es una situación generalizada, debido al exponencial aumento de la población penal y la incapacidad para hacer frente a esta problemática tanto económica como políticamente.

Preguntas

1. *¿Qué implicancias tiene en este caso la "posición de garante" que tiene el Estado respecto a lo ocurrido en las cárceles de su territorio?*
2. *¿Qué derechos humanos están siendo afectados en la cárcel Urso Branco?*
3. *¿Es válida la excusa del Estado de Brasil, en torno a justificar lo sucedido en el aumento de la población penal?*
4. *¿Qué rol juega la situación de hacinamiento en los recintos penales?*
5. *¿Qué derechos se ven afectados por esta realidad?*
6. *A la luz del caso, ¿Existen faltas a los deberes del Estado en torno a las garantías judiciales?*

V.4. Libertad de expresión

Uno de los primeros antecedentes sobre la protección de la libertad de expresión la encontramos en una antigua legislación Kazaka del S. XV. Estas normas permitían cortar la cabeza de una persona como sanción frente a un delito, pero se prohibía terminantemente cortar la lengua como forma de castigo.

Pasarán varios siglos y esta idea se verá reforzada. La Ilustración consagrará la protección de la libertad de pensamiento y de expresión como uno de los supuestos del acuerdo de vida asociativa. Es este mismo ideario el que inspira la primera enmienda de la Constitución norteamericana que consagra una protección robusta del derecho de libertad de expresión, prohibiendo que se dicte una ley que coarte dicho derecho.

V.4.1. Aspectos generales

En la historia reciente de los derechos humanos, es la Declaración Universal del año 1948 la que reconoce con mayor vigor la necesidad de la plena vigencia de este principio. Por una parte, en el preámbulo de la Declaración, se deja constancia que la libertad de pensamiento y expresión es una de las cuatro libertades cuya violación estuvo directamente vinculada con los actos de barbarie de los que fue testigo la humanidad durante la Segunda Guerra Mundial. Señala el preámbulo:

> Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias.[631]

Además, la Declaración Universal consagra un derecho autónomo a la libertad de expresión en los siguientes términos:

> Artículo 19: Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.[632]

Los tratados internacionales adoptados con posterioridad a la Declaración Universal, también consagran el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Así lo hace el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 19 en términos tan amplio como "nadie será molestado a causa de sus opiniones":

631 ONU, 1948, Declaración Universal (supra 269), preámbulo.
632 ONU, 1948, Declaración Universal (supra 269), artículo 19.

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.[633]

Y también lo hace la Convención Americana sobre Derechos Humanos del año 1969, que al efecto señala:

Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.[634]

633 PIDCP (supra 35), artículo 19.
634 CADH (supra 51), artículo 13.

V.4.2. Dimensiones

Parece pertinente destacar algunas dimensiones del derecho que estamos analizando, las que nos permiten poner en evidencia la importancia que este principio tiene en una sociedad democrática[635].

En primer lugar, es importante destacar la dimensión individual y colectiva que tiene la libertad de pensamiento y de expresión. La faceta individual dice relación con el derecho a expresar libremente el propio pensamiento bajo distintas formas y modalidades[636]; la faceta colectiva, por su parte, está vinculada con el derecho de conocer libremente las distintas ideas que se expresan en una asociación de individuos libres[637]. Como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-5/85:

> [...] Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.[638]

En segundo lugar, ha habido un importante desarrollo del derecho de acceso a la información como parte del derecho a buscar y recibir información que esté en poder del Estado[639]. En este sentido, el Comité de Derechos Humanos ha señalado:

---

635 Para revisar la jurisprudencia de la Corte Interamericana en la materia, ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 16, Libertad de pensamiento y de expresión. San José, Costa Rica. Corte IDH, 2021. [en adelante Corte IDH, 2021, Cuadernillo 16].
Para la opinión del Comité de Derechos Humanos sobre el tema, ver: Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos (CDH). Observación general No. 34. Artículo 19 - Libertad de opinión y libertad de expresión. CCPR/C/GC/34, resolución de 12 de septiembre de 2011. [en adelante CDH, 2011, OG 34].
Para la jurisprudencia más reciente en la Corte Europea, ver: https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=press/factsheets&c=

636 "Al respecto, la Corte ha indicado que la primera dimensión de la libertad de expresión "no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios". En este sentido, la expresión y la difusión de pensamientos e ideas son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente" (Corte IDH. Caso Álvarez Ramos Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2019. Serie C No. 380, párr. 96).

637 "Con respecto a la segunda dimensión del derecho a la libertad de expresión esto es, la social, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todos a conocer opiniones, relatos y noticias vertidas por terceros. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia" (Corte IDH. Caso Álvarez Ramos Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2019. Serie C No. 380, párr. 97).

638 Corte IDH, 1985, OC-5/85 (supra 188), párr. 30.

639 En el sistema interamericano se ha desarrollado una amplia jurisprudencia a partir del Caso Marcel Claude y otros vs. Chile donde se configuró el alcance del derecho y los deberes del Estado (Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151). En cumplimiento de esta sentencia el Estado de Chile desarrolló un sistema de acceso a la información pública que incluye una ley especial y un órgano encargado de estas materias (Consejo de Transparencia).

> El Comité recuerda que el derecho de acceso a la información incluye el derecho de los medios de comunicación, de las asociaciones públicas o de los particulares cuando cumplen ciertas condiciones, a tener acceso a información sobre asuntos públicos; así como el derecho del público en general a recibir el resultado del trabajo de esos medios y asociaciones. Asimismo, el Comité recuerda que no es necesario probar un interés directo o una participación personal para obtener la información pública en cuestión, salvo en los casos en que sea aplicable una restricción legítima. [...] El Comité también recuerda que el derecho de acceso a la información tiene dos dimensiones, las cuales deben ser garantizadas por los Estados partes: la individual y la social, la primera de las cuales está determinada por el derecho de toda persona a buscar la información que reposa en los archivos públicos, y la segunda por el derecho que tienen todas las personas de conocer la información en poder del Estado [...][640].

En tercer lugar, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión no solo tiene valor en cuanto derecho autónomo, sino que además es un derecho instrumental, esto es, un derecho que sirve para la garantía del pleno goce y ejercicio de otros derechos. En este sentido, es un derecho similar al de la protección judicial o el debido proceso.

Por último, una dimensión sobre la cual se ha llamado especialmente la atención en nuestra región es el vínculo de la libertad de pensamiento y de expresión con la democracia[641]. Tanto los órganos de protección de derechos humanos como la doctrina han señalado permanentemente que la libertad de expresión es un pilar fundamental para la toma de decisiones colectivas. Es un supuesto para la deliberación democrática. Por su parte, la Corte Interamericana ha destacado este vínculo entre libertad de pensamiento y de expresión y la democracia en los siguientes términos:

> Sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se comienzan a tornar inoperantes y, en definitiva, se crea el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad.[642]

---

640 CDH, Correa Barros y otros vs. Venezuela. Comunicación 2653/2015, dictamen de 15 de junio de 2022, párr. 7.3.

641 Así, la Corte Interamericana, en una histórica opinión consultiva, en 1985, ya señalaba: "La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también conditio sine qua non para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre" Corte IDH, 1985, OC-5/85 (supra 188), párr. 70).

642 Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 87; Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 116

El hecho de estar ante un derecho que tiene estas particularidades, esto es, estar ante un derecho de carácter complejo, tiene como consecuencia que se eleva el estándar de cumplimiento de las obligaciones que son propias de la protección nacional e internacional de los derechos humanos.

V.4.3. Restricciones

En efecto, la obligación de respeto debe permitir el libre intercambio de ideas y no censurar. Pero podríamos preguntarnos ¿Qué ideas son las que quedan comprendidas en esta obligación de respeto? La respuesta la va a entregar la Corte Europea de Derechos Humanos quien, en uno de los pronunciamientos más citados, señaló el año 1998 que esta obligación:

> es aplicable, no sólo a la 'información' o 'ideas' que son recibidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también a aquéllas que ofendían, perturbaban o distorsionaban; esa es una exigencia del pluralismo, de la tolerancia y de la amplitud de miras, sin lo cual no existe una 'sociedad democrática'.[643]

En cuanto a la obligación de garantía, parafraseando a la Corte Interamericana, el Estado tiene la obligación de organizar todo el aparato de poder público de forma tal que se permita a sus miembros el pleno goce y ejercicio de la libertad de expresión. Esto implica la adopción de medidas generales de carácter preventivo[644]; respecto de aquellos que vean amenazado su derecho a expresarse libremente, deben tomarse medidas para que sean debidamente protegidos[645]; frente a cualquier acto que viole el libre ejercicio de este derecho, preocuparse que sea castigado[646]; y reparar a aquellos que han vivido

643 TEDH, Caso de Incal v. Turquía, sentencia 09 de junio de 1998, párr. 46.

644 "Sin embargo, la Corte considera necesario reiterar que, de conformidad con el deber dispuesto en el artículo 2 de la Convención, el Estado tiene que adoptar las medidas necesarias para garantizar los derechos protegidos en la Convención, lo cual implica la supresión tanto de las normas y prácticas que entrañen violaciones a tales derechos, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. En particular, 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 materia" (Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 101).

645 "Con respecto a lo anterior, la Corte ha establecido que es posible que la libertad de expresión se vea ilegítimamente restringida por condiciones de facto que coloquen, directa o indirectamente, en situación de riesgo o mayor vulnerabilidad a quienes la ejercen. Es por ello que el Estado debe abstenerse de actuar de manera tal que propicie, estimule, favorezca o profundice esa vulnerabilidad y ha de adoptar, cuando sea pertinente, medidas necesarias y razonables para prevenir violaciones o proteger los derechos de quienes se encuentren en tal situación" (Corte IDH. Caso Uzcátegui y otros Vs. Venezuela. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 249, párr. 190).

646 "El Tribunal considera que el ejercicio periodístico sólo puede efectuarse libremente cuando las personas que lo realizan no son víctimas de amenazas ni de agresiones físicas, psíquicas o morales u otros actos de hostigamiento. Esos actos constituyen serios obstáculos para el pleno ejercicio de la libertad de expresión. Para tales efectos, la Corte ya se refirió al deber especial de protección de periodistas en riesgo [...], el cual no fue cumplido en el presente caso. Ante los hechos de agresión del 29 de agosto de 1996 perpetrados para impedir al señor Vélez Restrepo el ejercicio de su libertad de expresión, y de posteriores amenazas dirigidas a que no prosiguiera la búsqueda de justicia por tal agresión, el Estado tenía las obligaciones de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar, así como de adoptar medidas de protección, las cuales no fueron cumplidas [...] (Corte IDH. Caso Vélez Restrepo y familiares Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 248, párr. 209).

una situación de violación de su derecho a expresarse y a recibir la información de manera libre[647].

Por último, es necesario que se adopten todas las medidas necesarias para que el goce y ejercicio de este derecho se haga en condiciones de igualdad y sin discriminación[648]. En este sentido, es obligación de la autoridad evitar un trato diferenciado basado en ciertas condiciones que los individuos no pueden modificar o no es lícito solicitar que las modifiquen por parte de las autoridades, que tengan como efecto que se anule el ejercicio de este derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Asimismo, debe tenerse en cuenta que no pueden usarse los derechos humanos consagrados nacional o internacionalmente para limitar o restringir en forma desproporcionada el derecho de expresión. Sí podrán tomarse medidas para garantizar que quienes están en una situación de desigualdad en el acceso a los medios para difundir sus ideas, pueden hacerlo en condiciones de igualdad, pero en ningún caso podrá usarse este argumento para acallar otras voces.

En todo caso, pese a la relevancia de este derecho, la libertad de expresión no es un derecho absoluto, esto es, puede ser objeto de medidas que lo limiten. Con la misma claridad, es posible sostener que no puede limitarse la libertad de pensamiento y de expresión a través de la censura previa, sino que solo proceden medidas de restricción como responsabilidades ulteriores, en la medida que concurren los requisitos para su legitimidad. Esto se expresa con toda claridad el numeral 2 del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

> El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas".[649]

Chile ha sido condenado por la Corte Interamericana en dos casos por restringir ilegítimamente el ejercicio de la libertad de expresión. El *caso de la Última Tentación de Cristo* (2001) permitió que la Corte Interamericana señalara expresamente que la

---

647 "En relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención, 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. Por ello el Estado continúa incumpliendo los deberes generales a que se refieren aquellas disposiciones convencionales. En consecuencia, Chile debe adoptar las medidas apropiadas para reformar, en los términos del párrafo anterior, su ordenamiento jurídico interno de manera acorde al respeto y el goce del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en la Convención (Corte IDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 98).

648 "Al respecto, este Tribunal resalta que al realizar el gobierno un trato diferenciado basado en el agrado o disgusto que le causaba la línea editorial de un canal, esto conlleva que se genere un efecto disuasivo, atemorizador e inhibidor sobre todos los que ejercen el derecho a la libertad de expresión [...], ya que envía un mensaje amedrentador para los otros medios de comunicación respecto a lo que les podría llegar a ocurrir en caso de seguir una línea editorial como la de RCTV. Como se mencionó anteriormente, no permitir el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en condiciones de igualdad, impide el debate público sobre temas de interés de la sociedad que es esencial para la protección de la democracia y el pluralismo de medios (Corte IDH. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293, párr. 234).

649 CADH (supra 51), artículo 13, numeral 2.

censura previa no era una forma de restricción legítima de los derechos humanos por estar prohibida por la Convención. En el caso *Palamara vs. Chile* (2005) la Corte fue más allá y señaló que censura previa era una forma de "violación radical" del derecho la libertad de expresión:

> [...] En tal hipótesis [censura previa], hay una violación radical tanto del derecho de cada persona a expresarse como del derecho de todos a estar bien informados, de modo que se afecta una de las condiciones básicas de una sociedad democrática.[650]

A nadie debiera sorprender esta prohibición de la censura previa, ya que el efecto que tiene asociado una medida de este tipo es anular el ejercicio del derecho, impidiendo de manera absoluta que la persona pueda expresar y recibir ideas. De esta forma, ya no estamos ante un límite legítimo, sino que ante la imposibilidad de ejercer el derecho que lo desnaturaliza.

Lo que sí proceden son medidas ulteriores. En efecto, quien hace uso de su derecho a la libertad de expresión, debe asumir las consecuencias que la expresión de sus ideas puede traer aparejadas. Pero la autoridad no puede imponer estas responsabilidades ulteriores de manera discrecional, sino que debe cumplir con ciertos requisitos para legitimar una medida sancionatoria.

Como lo han señalado los órganos de protección de derechos humanos a nivel comparado, para que una medida de restricción del derecho la libertad de expresión sea legítima debe cumplir cabalmente con el principio de legalidad, debe tener un objetivo legítimo y ser necesaria en una sociedad democrática[651]. En relación con el principio de legalidad, cualquier medida de responsabilidad ulterior, sea civil o penal, debe estar consagrada con rango legal[652]. Por su parte, las medidas de responsabilidad deben ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás o b) la protección de la seguridad nacional,

650 Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 68.

651 "La Corte considera importante reiterar que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto y que el artículo 13.2 de la Convención prevé la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de pensamiento y de expresión a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho. Las causales de responsabilidad ulterior deben estar expresa, taxativa y previamente fijadas por la ley, ser necesarias para asegurar "el respeto a los derechos o a la reputación de los demás" o "la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas", y no deben de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa. Asimismo, la Corte ha señalado anteriormente que el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita" (Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 79).

652 "La Corte recuerda que es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de expresión y solamente para lograr los fines que la propia Convención señala. La definición legal debe ser necesariamente expresa y taxativa. No obstante, el grado de precisión requerido a la legislación interna depende considerablemente de la materia. La precisión de una norma civil puede ser diferente a la requerida por el principio de legalidad en materia penal, por la naturaleza de los conflictos que la primera está destinada a resolver. No puede exigirse que la norma civil, al contrario de lo que usualmente ocurre con las normas penales, prevea con extrema precisión los supuestos de hecho que puedan presentarse; ello impediría que la norma civil resolviera una innumerable cantidad de conflictos que la realidad ofrece en forma permanente y que resulta de imposible previsión para el legislador" (Corte IDH. Caso Fontevecchia y D`Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238).

el orden público o la salud o la moral públicas[653]. Por último, en cuanto a las medidas como "necesarias en una sociedad democrática", estas deben cumplir con los principios de necesariedad, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto[654].

Esta necesidad en una sociedad democrática, aparte de contemplar la proporcionalidad de la medida, dice relación con la idea de que exista una necesidad imperiosa de establecer una medida de restricción que impida el pleno goce y ejercicio de un derecho humano. Así, la Corte Europea ha señalado que para que una medida sea considerada proporcionada y necesaria en una sociedad democrática, debe excluirse la existencia de una medida que vulnere menos gravemente al derecho fundamental en cuestión y que permita alcanzar el mismo objetivo[655]. En este sentido, el hecho de que el titular de derechos que colisiona con la libertad de expresión (honra, vida privada, entre otros) sea un funcionario público expuesto a un mayor control social, implica también mayor tolerancia a la crítica, incluso si esta es aguda[656].

Asimismo, la Corte ha señalado que las sanciones que se impongan producto de un uso indebido de la libertad de expresión deben evitar configurar un efecto silenciador en la sociedad y en el periodismo[657]. En el caso *Baraona Bray vs. Chile* la Corte ha hecho un interesante desarrollo de esta materia, limitando la posibilidad de utilizar el instrumento penal en aquellos casos de interés público en que se busque defender la honra de un funcionario público (injurias), salvo que se le haya imputado un delito (calumnia) [658]. De esta forma, a fin de evitar el efecto

653 CADH (supra 51), Artículo 19.2; artículo 13.2.

654 "Debido a las circunstancias del presente caso, la Corte estima necesario analizar detalladamente si para aplicar la responsabilidad ulterior al señor Canese por sus declaraciones, se cumplió con el requisito de necesidad en una sociedad democrática. El Tribunal ha señalado que la "necesidad" y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas en el artículo 13.2 de la Convención Americana, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión" (Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 96).

655 TEDH, Affaire Glor Vs. Suisse, sentencia de 30 de abril de 2009, párr. 94.

656 "[...] La Corte ha señalado que en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y la crítica del público. Este diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente. Sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público. Este umbral no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza, como sucede cuando un juez investiga una masacre en el contexto de una dictadura militar, como ocurrió en el presente caso" (Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, parr. 86).

657 "Respecto al grado de afectación de la libertad de expresión, la Corte considera que las consecuencias del proceso penal en sí mismo, la imposición de la sanción, la inscripción en el registro de antecedentes penales, el riesgo latente de posible pérdida de la libertad personal y el efecto estigmatizador de la condena penal impuesta al señor Kimel demuestran que las responsabilidades ulteriores establecidas en este caso fueron graves. Incluso la multa constituye, por sí misma, una afectación grave de la libertad de expresión, dada su alta cuantía respecto a los ingresos del beneficiario" (Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, parr. 85).

658 Corte IDH. Caso Baraona Bray Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2022. Serie C No. 481, párr. 115.

silenciador del instrumento penal, el análisis sobre la medida de restricción se central en la necesariedad de la medida y no en la proporcionalidad como venía siendo la jurisprudencia mayoritaria de la Corte.

Por último, es bueno recordar los avances que se han dado en el nivel internacional respecto de la importancia que tiene la pluralidad de medios para fortalecer los sistemas democráticos[659]. La Corte Europea ha establecido que principio del pluralismo implica también por parte de los Estados, en el ámbito de la radiodifusión audiovisual, la obligación de garantizar el acceso del público, a través de la televisión y la radio, la información imparcial y precisa, así como a una pluralidad de opiniones y comentarios que reflejen entre otras cosas, la diversidad de opiniones políticas en el país[660]. Esta es una cuestión particularmente importante en contextos de democracias autoritarias que afectan seriamente la libertad de expresión. La contracara de este deber del Estado está el deber de los periodistas y los medios de actuar con responsabilidad[661].

V.4.4. Discursos de odio

Para terminar, es importante abordar un tema que está muy presente en el debate actual producto de los avances de los discursos autoritarios, fascistas y violentos en distintas partes del mundo. Al respecto, podemos señalar que uno de los ámbitos en los cuales la legislación internacional y constitucional comparada establece la posibilidad de justificar un límite legítimo al derecho de pensamiento y expresión es en materia de discursos de odio. Esta materia está regulada en el numeral 5 del artículo 13 de la CADH:

---

659 "En particular, la Corte ha señalado que la pluralidad de medios o informativa constituye una efectiva garantía de la libertad de expresión, existiendo un deber del Estado de proteger y garantizar este supuesto, en virtud del artículo 1.1 de la Convención, por medio, tanto de la minimización de restricciones a la información, como por medio de propender por el equilibrio en la participación, al permitir que los medios estén abiertos a todos sin discriminación, puesto que se busca que "no haya individuos o grupos que, a priori, estén excluidos". Asimismo, el Tribunal ha afirmado que los medios de comunicación social juegan un rol esencial como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión en una sociedad democrática, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones (Corte IDH. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293, párr. 142).

660 TEDH, Manole y otros Vs. Moldavia, sentencia de 17 septiembre 2009, párr. 20

661 "De otro lado, en el marco de la libertad de información, este Tribunal considera que existe un deber del periodista de constatar en forma razonable, aunque no necesariamente exhaustiva, los hechos en que fundamenta sus opiniones. Es decir, resulta válido reclamar equidad y diligencia en la confrontación de las fuentes y la búsqueda de información. Esto implica el derecho de las personas a no recibir una versión manipulada de los hechos. En consecuencia, los periodistas tienen el deber de tomar alguna distancia crítica respecto a sus fuentes y contrastarlas con otros datos relevantes. En sentido similar, el Tribunal Europeo ha señalado que la libertad de expresión no garantiza una protección ilimitada a los periodistas, inclusive en asuntos de interés público. Aun cuando están amparados bajo la protección de la libertad de expresión, los periodistas deben ejercer sus labores obedeciendo a los principios de un periodismo responsable, es decir, actuar de buena fe, brindar información precisa y confiable, reflejar de manera objetiva las opiniones de los involucrados en el debate público y abstenerse de caer en sensacionalismos. Asimismo, el Tribunal Europeo ha señalado que el desarrollo de un periodismo responsable y ético es de particular relevancia en una sociedad contemporánea donde los medios no sólo informan sino también pueden sugerir, a través de la manera cómo presentan la información, la forma en que dicha información debe ser entendida (Corte IDH. Caso Mémoli Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265, párr. 122).

> Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.[662]

Estas medidas para ser legítimas, como ya sabemos, deben estar previstas en la ley y deben tener un objetivo legítimo. En nuestro sistema interamericano, así como Naciones Unidas y lo mismo en el derecho penal internacional, se ha vinculado esta restricción con la necesidad de evitar actos de violencia. Por tanto, en cada caso, será necesario determinar si las expresiones de odio están en condiciones de transformarse en actos de violencia en de forma real y efectiva.

En cuanto a las medidas que son legítimas de adoptar por parte de autoridad frente a estos discursos te odio, podemos señalar, que en esta materia no se altera la regla general, por lo que procede son responsabilidades posteriores a la expresión en los dichos de odio y queda expresamente excluida la posibilidad de establecer alguna forma de censura previa en estos casos.

Atendida la importancia de este tema, el año 2001, los relatores de libertad de expresión de Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, así como de la OCDE, emitieron una declaración en la cual señalaron expresamente los criterios que debieran regir las legislaciones en material de restricción de los discursos de odio[663]. En esta declaración establecieron que:

- Nadie debe ser penado por decir la verdad;
- Nadie debe ser penado por divulgar expresiones de odio a menos que se demuestre que las divulga con la intención de incitar a la discriminación, la hostilidad o la violencia;
- Debe respetarse el derecho de los periodistas a decidir sobre la mejor forma de transmitir información y comunicar ideas al público, en particular cuando informan sobre racismo e intolerancia;
- Nadie debe ser sometido a censura previa; y
- Toda imposición de sanciones por la justicia debe estar en estricta conformidad con el principio de la proporcionalidad.[664]

Como vemos, se recoge el principio general de que no puede haber censura previa, sino que la medida que procede es la de responsabilidad posterior y debe ser sometido al test de restricción propio de la libertad de expresión[665].

---

662 CADH (supra 51), artículo 13, numeral 5.

663 Joint statement on racism and the media, by the UN Special Rapporteur in Freedom of Opinion and Expression, the OSCE Representative on Freedom of the Media, and the OAS Special Rapporteur on Freedom of Expression, February 27, 2001. [en adelante UN/OSCE/OAS. Joint statement, 2001]. Disponible en: https://www.osce.org/files/f/documents/f/1/40120.pdf

664 UN/OSCE/OAS. Joint statement, 2001.

665 CDH, caso Faurisson vs. Francia. Comunicación 550/1993, dictamen de 08 de noviembre de 1996, párrs. 9.4 a 9.7.

JURISPRUDENCIA SOBRE DISCURSO DE ODIO

ÓRGANO: *Comité de Derechos Humanos (CDH), Organización de las Naciones Unidas*

El Comité señalo en un caso de 1993 lo siguiente:

"9.4. Toda restricción al derecho de libertad de expresión debe satisfacer acumulativamente las condiciones siguientes: debe estar prevista por la ley, debe referirse a alguno de los objetivos previstos en los apartados a) y b) del párrafo 3 del artículo 19, y debe ser necesaria para conseguir una finalidad legítima.

"9.5. Efectivamente, la restricción impuesta a la libertad de expresión del autor estaba prevista por una ley, a saber, la Ley del 13 de julio de 1990. La jurisprudencia del Comité siempre ha consistido en que la ley restrictiva propiamente dicha debe estar de acuerdo con las disposiciones del Pacto. A este respecto, el Comité llega a la conclusión, basándose en la lectura de la sentencia de la Sala de lo Penal 17 del Tribunal de primera instancia de París, de que la determinación de la culpabilidad del autor se basaba en las declaraciones siguientes hechas por él: "... Tengo excelentes razones para no creer en esa política de exterminación de los judíos ni en la mágica cámara de gas... Deseo que el 100% de los franceses se den cuenta de que el mito de las cámaras de gas es un infundio". Su convicción no menoscababa su derecho a mantener y expresar una opinión general; el tribunal condenó al Sr. Faurisson más bien por haber violado los derechos y la reputación de terceros. Por estos motivos el Comité considera que la Ley Gayssot, tal como fue leída, interpretada y aplicada en el caso del autor por los tribunales franceses, está de acuerdo con las disposiciones del Pacto.

"9.6. A fin de evaluar si las restricciones impuestas a la libertad de expresión del autor por la condena penal se aplicaron con los propósitos previstos en el Pacto, el Comité comienza por señalar, tal como lo hizo en su Observación general 10, que los derechos para cuya protección el párrafo 3 del artículo 19 permite ciertas restricciones a la libertad de expresión pueden relacionarse con los intereses de terceros o los de la comunidad en conjunto. Dado que, leídas en su contexto completo, las declaraciones hechas por el autor podían suscitar o reforzar sentimientos antisemitas, las restricciones favorecían el derecho de la comunidad judía a vivir sin temor de una atmósfera de antisemitismo. Así pues, el Comité llega a la conclusión de que las restricciones impuestas a la libertad de expresión del autor eran lícitas de conformidad con el apartado a) del párrafo 3 del artículo 19 del Pacto.

"9.7. Finalmente, el Comité tiene que considerar si la restricción impuesta a la libertad de expresión del autor era necesaria. El Comité tomó nota del argumento del Estado Parte de que la promulgación de la Ley Gayssot tenía como objeto apoyar la lucha contra el racismo y el antisemitismo. También se tomó nota de la declaración de un miembro del Gobierno francés, el entonces Ministro de Justicia, que dijo que negar la existencia del holocausto era un instrumento principal de antisemitismo. Habida cuenta que en los datos de que dispone no figura ningún argumento que menoscabe la validez de la posición del Estado Parte en cuanto a la necesidad de la restricción, el Comité considera que la restricción impuesta a la libertad de expresión del Sr. Faurisson era necesaria en el contexto del párrafo 3 del artículo 19 del Pacto".

CASO

CDH, caso Faurisson vs. Francia. Comunicación 550/1993, dictamen de 08 de noviembre de 1996, párrs. 9.4 a 9.7.

Caso Müller

En 1981, un grupo de artistas organizó una exposición de arte contemporáneo titulada "Fri-Art 81" a realizarse en un antiguo seminario, en la ciudad de Friburgo. En ella, los artistas invitados podían realizar y exponer sus obras en un espacio asignado, las que serían exhibidas a todo público, sin restricciones y con entrada gratuita.

El pintor Josef Felix Müller fue invitado al evento donde pintó tres obras de grandes dimensiones titulados "Drei Nachte, drei Bilder" (tres noches, tres cuadros). En ellos se apreciaban distintos actos e imágenes de significación sexual como desnudos, erecciones, y relaciones sexuales entre hombres, grupales y con animales.

El día de la inauguración, uno de los asistentes, el Fiscal General del Cantón de Friburgo, informó al Juez de Instrucción que los mencionados cuadros transgredían el artículo 204 del Código Penal suizo, que prohíbe las publicaciones obscenas bajo pena de multa, y destrucción de la obra.

El Juez ordenó retirar y aprehender los cuadros controvertidos, ordenando su secuestro.

El 24 de febrero de 1982, el tribunal condenó por publicaciones obscenas a cada uno de los artistas organizadores de la exposición y al pintor de las obras, debiendo pagar una multa de 300 francos suizos (FS). Resolvió además entregar los cuadros secuestrados al Museo de Arte y de Historia del Cantón de Friburgo para que los conservara en calidad de secuestro privando al artista de su posesión, en lugar de ordenar su destrucción.

El tribunal puntualizaba, ante todo, en su fallo, que "la obscenidad, a tenor del artículo 204 del CP (Código Penal), es un concepto jurídico indeterminado que debe ser aclarado por medio de la interpretación, teniendo en cuenta el sentido y el propósito de la norma y su posición en la ley y en el ordenamiento jurídico en general (...) En este caso, aunque es cierto que las tres obras de Müller no excitan sexualmente a una persona de sensibilidad normal, provocan por lo menos repugnancia. Unas imágenes así —sodomía, felación, bestialidad, erección— se oponen evidentemente a la concepción moral de la gran mayoría de los ciudadanos. (...) Incluso cuando persigue una finalidad artística, la sexualidad grosera no merece ser protegida".

Los artistas recurrieron de casación, y posteriormente de nulidad contra la sentencia del Tribunal Penal, solicitando en ambas oportunidades la devolución de los lienzos secuestrados, por violar la libertad de expresión. El tribunal rechazó ambas pretensiones.

En 1983 los artistas afectados y el pintor Josef Müller presentaron una demanda ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, y posteriormente ante la Corte Europea de Derechos Humanos, por haber transgredido la sentencia de los tribunales suizos la libertad de expresión consagrada en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Preguntas

1. *¿Cuáles son los principios en conflicto en este caso?*
2. *¿Es legítimo, desde la óptica del Derecho Internacional, la restricción de derechos realizada por los tribunales suizos? ¿Qué elementos concurren o no para justificar esta respuesta?*
3. *¿Cree usted que la restricción a la libertad de expresión contenida en el artículo 204 del código penal suizo es "necesario en una sociedad democrática"?*
4. *¿Cree usted que la medida de secuestro sobre las obras es proporcional al objetivo perseguido?*

Caso Faurisson

El autor fue profesor de literatura en La Sorbona, en París, hasta 1973, y en la Universidad de Lyon hasta 1991, en que fue desposeído de su cátedra. Consciente de la importancia histórica del holocausto, ha buscado pruebas de los métodos de matanza, en particular de asfixia por gas. Aunque no discute el uso del gas con fines de desinfección, duda de la existencia de cámaras de gas con fines de exterminio (chambres à gaz homicides) en Auschwitz y en otros campos de concentración nazis.

El 13 de julio de 1990, la Asamblea legislativa francesa promulgó la denominada "Ley Gayssot", que modifica la Ley de libertad de la prensa de 1881, agregando el artículo 24 bis, según el cual es delito poner en duda la existencia de la categoría de crímenes contra la humanidad definida en la Carta de Londres de 8 de agosto de 1945, sobre la base de la cual líderes nazis fueron juzgados y declarados culpables por el Tribunal Militar Internacional en Nuremberg, en 1945 y 1946. El autor sostiene que, esencialmente, la "Ley Gayssot" eleva el juicio y la sentencia de Nuremberg a la categoría de dogma, imponiendo sanciones criminales contra los que se atreven a desafiar sus conclusiones y premisas. El Sr. Faurisson afirma que tiene razones fundadas para creer que los autos de los juicios de Nuremberg pueden efectivamente ponerse en tela de juicio, y que las pruebas utilizadas contra líderes nazis pueden discutirse, lo mismo que, según él, la prueba sobre el número de víctimas exterminadas en Auschwitz.

Poco después de la promulgación de la "Ley Gayssot", el Sr. Faurisson fue entrevistado por la revista mensual francesa Le choc du mois, que publicó la entrevista en su número 32 de septiembre de 1990. Además de expresar su preocupación por que la nueva ley constituía una amenaza para la libertad de investigación y la libertad de expresión, el autor reiteró su convencimiento personal de que en los campos de concentración nazis no se habían utilizado cámaras de gas homicidas para el exterminio de judíos. Tras la publicación de esa entrevista, 11 asociaciones de miembros de la resistencia francesa y deportados a campos de concentración alemanes entablaron un procedimiento penal privado contra el Sr. Faurisson y Patrice Boizeau, editor de la revista Le choc du mois. Por fallo de 18 de abril de 1991, la Sala de lo Penal 17 del Tribunal de primera instancia de París declaró culpables a los Sres. Boizeau y Faurisson de haber cometido el delito de "contestation de crimes contre l'humanité" y les impuso multas y costas que ascendían a 326.832 FF.

La declaración de culpabilidad se basaba, entre otras cosas, en las siguientes declaraciones de Faurisson:

"... Nadie me hará decir que dos y dos son cinco, que la Tierra es plana o que el Tribunal de Nuremberg es infalible. Tengo excelentes razones para no creer en esa política de exterminación de los judíos ni en la mágica cámara de gas...

Deseo que el 100% de los franceses se den cuenta de que el mito de las cámaras de gas es un infundio ("est une gredinerie"), admitido en 1945/46 por los vencedores de Nuremberg y oficializado el 14 de julio de 1990 por el Gobierno de la República Francesa, con la aprobación de los "historiadores de palacio".

Preguntas

1. *¿Puede ser considerado el discurso del sr. Faurisson como un acto de ejercicio de libertad de expresión?*
2. *¿Permite la normativa internacional establecer responsabilidades ulteriores basadas en normas sobre discursos de odio?*
3. *¿Puede el negacionismo ser considerado un discurso de odio?*

V.5. Libertad Personal

V.5.1. Aspectos generales

La libertad personal es, sin duda, uno de los pilares sobre el cual se construye la idea de dignidad humana y, por tanto, cualquier afectación a este derecho por parte de la autoridad debe estar sujeta a condiciones estrictas[666].

El marco normativo internacional sobre libertad personal es el siguiente:

Artículo 9 PIDCP:

> 1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. 2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. 3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. 4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal. 5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.[667]

Artículo 7 CADH:

> 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella. 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro

666 Para revisar la jurisprudencia de la Corte Interamericana en la materia, ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 8 / Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Internacional (GIZ). -- San José, C.R. : Corte IDH, 2022. [en adelante Corte IDH, 2022, Cuadernillo 8].
Para la opinión del Comité de Derechos Humanos sobre el tema, ver: Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos (CDH). Observación General No. 35. Artículo 9 (Libertad y seguridad personales). CCPR/C/GC/35, de 16 de diciembre de 2014 [en adelante CDH, 2014, OG 35].
Para la jurisprudencia más reciente en la Corte Europea, ver: https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=press/factsheets&c=

667 PIDCP (supra 35), artículo 9.

> funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona. 7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.[668]

La primera aproximación del sistema de protección de DDHH, particularmente de la Corte IDH, fue concentrarse en las afectaciones a la libertad, entendida como libertad ambulatoria[669]. Sin embargo, a medida que se va ampliando y profundizando la protección internacional (principio de progresividad), se ha ido ampliando el alcance del derecho a la libertad personal en el sistema interamericano[670]. Así, la Corte Interamericana en el caso *Chaparro Álvarez* ofrece un concepto amplio del derecho a la libertad, al señalar que correspondería a la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido, y constituiría el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones[671]. Esta ha sido, precisamente, la base sobre la cual se han desarrollado los estándares sobre autonomía personal en casos sobre identidad de género, orientación sexual, identidad sexual, entre otros[672].

En cuanto a la seguridad individual, también ha sido analizada por los organismos internacionales a fin de dotarla de un contenido autónomo. Al efecto, el Comité ha señalado que "la seguridad personal se refiere a la protección contra lesiones físicas o psicológicas, o integridad física y moral"[673] y la Corte ha señalado que la seguridad personal también debe entenderse en términos amplios, al

668 CADH (supra 51), artículo 7.
669 Medina, 2003 (supra 577), At. 213.
670 El Comité de Derechos Humanos sigue anclado en una visión restrictiva, "La libertad personal se refiere a la ausencia de confinamiento físico, no a una libertad general de acción" (CDH, 2014, OG 35 (supra 666), párr. 3).
671 Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Sentencia de 21 de noviembre de 2007, párrs. 51, 52 y 53. En el mismo sentido, ver Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 129.
672 "En sentido general, la libertad sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La seguridad, por su parte, sería la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad física más allá de lo razonable. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana" (Corte IDH. Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351, párr. 327).
673 CDH, 2014, OG 35 (supra 666), párr. 3.

igual que la libertad personal y no queda limitada a la libertad física, aunque esta tenga un mayor desarrollo en la Convención[674].

En relación con la libertad en sentido estricto (libertad física[675]), el artículo 7.1 y 9.1 del Pacto en cuanto principio general, regulan la forma en que es legítima la restricción a la libertad personal en el marco del DIDH, que comprende toda reclusión, ya sea por razones médicas, migratorias o de disciplina (incluyendo la disciplina dentro de las fuerzas armadas), entre otras materias. Asimismo, la Corte IDH ha estimado oportuno aclarar que toda restricción de libertad debe ser justificada y, por tanto, no hay excusa para una privación de libertad bajo el argumento de que fue una "detención breve" o que solo hubo una "demora" en restablecer la libertad de una persona privada de libertad[676].

El rol central de la libertad en una sociedad democrática ha llevado a los organismos internacionales a prestar una particular atención a las amenazas a la libertad personal cuando el Estado hace uso de la fuerza para la lucha contra la delincuencia o para el restablecimiento del orden y seguridad pública. Tanto la Corte como el Comité se ha preocupado de dejar claramente establecido que el cumplimiento de estos deberes del Estado debe cumplir con ciertas condiciones de validez, particularmente, en relación con la integridad personal y libertad personal[677].

Respecto del derecho a la libertad personal en sentido estricto (libertad física) es que se desarrollan una serie de garantías que protegen el derecho a no ser privado de la libertad ilegal o arbitrariamente, a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido, al control judicial de la privación

674 "La seguridad, por su parte, sería la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá de lo razonable" ... "Es así como se explica que el artículo 7.1 consagre en términos generales el derecho a la libertad y seguridad y los demás numerales se encarguen de las diversas garantías que deben darse a la hora de privar a alguien de su libertad. De ahí también se explica que la forma en que la legislación interna afecta al derecho a la libertad es característicamente negativa, cuando permite que se prive o restrinja la libertad. Siendo, por ello, la libertad siempre la regla y la limitación o restricción siempre la excepción" (Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 51 y 52).

675 "[Libertad física] cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico" (Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 53).

676 "Para los efectos del artículo 7.2 de la Convención, una detención, sea por un período breve, o una "demora", así sea con meros fines de identificación, constituyen formas de privación a la libertad física de la persona y, por ende, en tanto limitación a la misma debe ajustarse estrictamente a lo que la Convención Americana y la legislación interna establezcan al efecto, siempre y cuando ésta sea compatible con la Convención" (Corte IDH. Caso Fleury y otros Vs. Haití. Sentencia de 23 de noviembre de 2011, párr. 54).

677 "Así es que, con la finalidad de mantener la seguridad y el orden públicos, el Estado legisla y adopta diversas medidas de distinta naturaleza para prevenir y regular las conductas de sus ciudadanos, una de las cuales es promover la presencia de fuerzas policiales en el espacio público. No obstante, la Corte observa que un incorrecto actuar de esos agentes estatales en su interacción con las personas a quienes deben proteger, representa una de las principales amenazas al derecho a libertad personal, el cual, cuando es vulnerado, genera un riesgo de que se produzca la vulneración de otros derechos, como la integridad personal y, en algunos casos, la vida" (Corte IDH. Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina. Sentencia de 26 de agosto de 2011, párr. 70).
El Comité de Derechos Humanos el año 2021 dictó una Observación General sobre esta materia: Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos (CDH). Observación general No. 37. Artículo 21 - Derecho de reunión pacífica. CCPR/C/GC/37, de 23 de julio de 2020. [en adelante CDH, 2020, OG 37].

de la libertad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva y a impugnar la legalidad de la detención.

V.5.2. Legalidad y no arbitrariedad en la privación de libertad

El numeral 2 del artículo 7 consagra en términos estrictos el principio de legalidad en la privación de libertad de todo individuo. El requisito de legalidad implica que los Estados sólo podrán restringir legítimamente el derecho a la libertad personal mediante una norma con categoría de ley que regule las causales que permitan dicha restricción, así como los procedimientos para llevarla a cabo[678]. La Corte ha sido particularmente estricta en la exigencia de cumpliento de estas condiciones establecidas por el Derecho interno a la hora de evaluar la convencionalidad de las privaciones de libertad en casos concretos[679].

La privación de libertad exige, asimismo, la ausencia de arbitrariedad[680] (artículos 9.1 PIDCP y 7.3 CADH), tanto de la ley que regula su procedencia como de su ejecución por parte de los agentes competentes. Por tanto, las causales que permiten la privación de libertad como los procedimientos estarán sometidos a este límite[681].

Esta exigencia de no arbitrariedad está estrechamente ligada con la finalidad que persigue la detención. No olvidemos que los requisitos para legitimar una conducta restrictiva de derechos se encuentran íntimamente ligados. De ahí que, si el objetivo que se persigue con la privación de libertad es ilegítimo, la privación de libertad será arbitraria:

> Toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad personal no sólo debe estar prevista en la ley, en los términos del artículo 7.3 de la Convención, su finalidad

678 "Esta disposición contiene como garantías específicas, descritas en sus incisos 2 y 3, la prohibición de detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, respectivamente. Según el primero de tales supuestos normativos, nadie puede verse privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal). En el segundo supuesto, se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aún calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad" (Corte IDH. Caso Gangaram Panday Vs. Surinam. Sentencia de 21 de enero de 1994, párr. 47.
El Comité, por su parte, ha puesto especial atención a que no solo las normas deben estar definidas con suficiente precisión, sino que los procedimientos deben estar definidos por el Derecho interno (CDH, 2014, OG 35 (supra 666), párrs. 22 y 23).

679 "Así, en cuanto al requisito de legalidad de la detención, el Tribunal ha señalado que, al remitir a la Constitución y leyes establecidas "conforme a ellas", el estudio de la observancia del artículo 7.2 de la Convención implica el examen del cumplimiento de los requisitos establecidos tan concretamente como sea posible y "de antemano" en dicho ordenamiento en cuanto a las "causas" y "condiciones" de la privación de la libertad física. Si la normativa interna, tanto en el aspecto material como en el formal, no es observada al privar a una persona de su libertad, tal privación será ilegal y contraria a la Convención Americana, a la luz del artículo 7" (Corte IDH. Caso Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 1 de septiembre de 2020. Serie C No. 411, párr. 67).

680 CADH (supra 51), Artículo 7.3: "Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios".

681 "El concepto de "arbitrariedad" no debe equipararse con el de "contrario a la ley", sino que deberá interpretarse de manera más amplia, de modo que incluya consideraciones relacionadas con la inadecuación, la injusticia, la imprevisibilidad y las debidas garantías procesales, además de consideraciones relacionadas con la razonabilidad, la necesidad y la proporcionalidad" (CDH, 2014, OG 35 (supra 666), párr. 12).

> debe ser legítima y compatible con la Convención y no debe ser una consecuencia del ejercicio de derechos. En este caso, el señor Fleury no fue detenido en una situación de flagrancia y su detención por parte de la PNH nunca persiguió el objetivo de formularle cargos o de ponerlo a disposición de un juez por la supuesta o posible comisión de un hecho ilícito, sino que tuvo otros objetivos, como pudo ser una posible extorsión o, en el contexto de amenazas y persecuciones a defensores de derechos humanos, amedrentarlo y disuadirlo en el ejercicio de su trabajo. Por ello, el señor Fleury fue detenido arbitrariamente, en violación del artículo 7.3 de la Convención.[682]

Estos requisitos de legalidad y no arbitrariedad son igualmente aplicables en el caso de detenciones colectivas. En estos casos, la Corte comparte con los Estados la idea de que las detenciones colectivas pueden ser necesarias para garantizar la seguridad ciudadana, pero en dichos eventos es necesario que "existan elementos para individualizar y separar las conductas de cada uno de los detenidos y que, a la vez, exista el control de la autoridad judicial"[683].

Al estar ante una afectación de derechos humanos, la justificación de la medida restrictiva siempre es de cargo del Estado y no de la víctima. La Corte IDH ha señalado que el Estado, al no haber brindado una motivación suficiente respecto a la consecución de un fin legítimo compatible con la Convención a la hora de decretar la prisión, viola el derecho a no ser sometido a detención arbitraria, consagrado en el artículo 7.3 de la Convención[684] y no basta la mera enumeración de normas, sin el adecuado razonamiento sobre los elementos fácticos y derecho que justifican la medida[685].

En sistemas legalistas, donde la constatación de una causal en la ley o la aplicación de un procedimiento establecido legalmente, pareciera ser condición suficiente de legitimidad, es necesario tener presente que la ausencia de arbitrariedad es un criterio distinto y autónomo del de legalidad. En consecuencia, cada medida de privación de libertad deberá asegurarse de ser proporcional, previsible y razonable. Todas estas son cuestiones que debe determinar la autoridad judicial y dar cuenta de las razones que ha tenido a la vista para resolver. De ahí que el principio de no discriminación juega un rol importante para verificar la legitimidad de las privaciones de libertad; por cierto, una afectación a la libertad personal con base en motivos discriminatorios es incompatible con los derechos

682 Corte IDH. Caso Fleury y otros Vs. Haití. Sentencia de 23 de noviembre de 2011, párr. 59.

683 Corte IDH. Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 92.

684 "Además, la Corte ha considerado que cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria. La decisión judicial debe fundamentar y acreditar - de manera clara y motivada- la existencia de indicios suficientes que prueben la conducta delictiva de la persona. Ello resguarda la presunción de inocencia. Además, las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva" (Corte IDH. Caso Villarroel Merino y otros Vs. Ecuador. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2021. Serie C No. 430, párr. 91).

685 "[...] El mero listado de todas las normas que podrían ser aplicables no satisface el requisito de motivación suficiente que permita evaluar si la medida resulta compatible con la Convención Americana. Al respecto, la Corte ha establecido en su jurisprudencia que son arbitrarias las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos, tal como el derecho a la libertad personal, que no se encuentren debidamente fundamentadas", (Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 116).

humanos[686], lo que incluye detenciones sobre la base de "perfiles raciales"[687] o actuaciones policiales basadas en estereotipos u "olfato" policial[688].

V.5.3. Información sobre las razones de la privación de libertad

Toda persona que es privada de su libertad tiene derecho a conocer las razones de su detención y a que se practique, de inmediato, un control judicial de su detención[689].

En primer lugar, toda persona que es privada de libertad tiene derecho a conocer las razones que motivan esta afectación a su derecho a la libertad personal. Comunicar estas razones tiene un objetivo de seguridad del propio privado de libertad[690]. Además, esta información se relaciona con el derecho de defensa de la persona, ya que solo en la medida que el individuo conoce los hechos por los cuales se le priva de libertad, podrá comenzar a proyectar su defensa, saber si ejerce su derecho a guardar silencio o no, entre otras cuestiones[691]. Esto puede entenderse como parte de un continuo de información que debe recibir la persona: a) conocer las razones de su detención; b) luego, en el juicio, la comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada y; c) finalmente, en la sentencia, una exposición completa de los antecedentes de hecho y de derecho que justifican su condena. Solo en la medida que el Estado va informando de las razones de la afectación de derechos, se legitima el uso de la herramienta más invasiva del Derecho, el *ius puniendi*.

686 "Este Tribunal ha señalado que las detenciones realizadas por razones discriminatorias son manifiestamente irrazonables y por tanto arbitrarias. En virtud del carácter discriminatorio de la privación de libertad no resulta necesario examinar la finalidad, necesidad y proporcionalidad de la misma para determinar su arbitrariedad" (Corte IDH. Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402, párr. 129).

687 "En el caso concreto los agentes policiales justificaron la detención del señor Acosta Martínez en su supuesto estado de ebriedad. De esta forma, al utilizar una normativa tan amplia como los Edictos contra la ebriedad, en realidad se encubrió la utilización de un perfil racial como motivo principal para su detención y, por consiguiente, se puso de manifiesto la arbitrariedad de su privación de libertad. En efecto, este Tribunal ha señalado que las detenciones realizadas por razones discriminatorias son, por consiguiente, arbitrarias" (Corte IDH. Caso Acosta Martínez y otros Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2020. Serie C No. 410, párr. 100).

688 "Ante la ausencia de elementos objetivos, la clasificación de determinada conducta o apariencia como sospechosa, o de cierta reacción o expresión corporal como nerviosa, obedece a las convicciones personales de los agentes intervinientes y a las prácticas de los propios cuerpos de seguridad, lo cual comporta un grado de arbitrariedad que es incompatible con el artículo 7.3 de la Convención Americana. Cuando adicionalmente estas convicciones o apreciaciones personales se formulan sobre prejuicios respecto a las características o conductas supuestamente propias de determinada categoría o grupo de personas o a su estatus socio-económico, pueden derivar en una violación a los artículos 1.1 y 24 de la Convención. [...]" ... "[...] la Corte estima que el Estado es responsable por la violación del artículo 11 en perjuicio del señor Fernández Prieto, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención, toda vez que la policía procedió a realizar una requisa del vehículo en que viajaba aun cuando no estaba legalmente facultada para ello, así como por la violación de dicho artículo en perjuicio del señor Tumbeiro, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, pues los agentes policiales no acreditaron con base en criterios objetivos la necesidad de realizar la requisa corporal y la misma resultó desproporcionada, además de que la normativa aplicable no precisaba cuáles eran los casos cuya urgencia justificara la práctica de dicha medida sin orden judicial" (Corte IDH. Caso Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 1 de septiembre de 2020. Serie C No. 411, párrs. 81 y 110).

689 CADH (supra 51), artículos 7.4 y 5; PIDCP (supra 35), artículos 9.2 y 3.

690 CDH, 2014, OG 35 (supra 666), párrs. 24 al 30, donde se pone especial atención a medidas especiales en caso de que quien sea privado de libertad sea un niño o niña o una persona con discapacidad.

691 Corte IDH. Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de octubre de 2016. Serie C No. 319, párr. 110.

Esta es una materia donde no es posible establecer criterios muy específicos, ya que se deberá resolver su cumplimiento o no en cada caso concreto, pero sí se ha aclarado que el cumplimiento de este derecho deberá atender tanto a las exigencias del derecho nacional como del internacional[692].

V.5.4. Control judicial y prisión preventiva

Atendida esta necesidad de controlar los elementos no solo legales, sino que materiales del derecho a la libertad personal, la Corte IDH ha señalado, que una de las medidas que busca prevenir la arbitrariedad de la detención, es el control judicial inmediato. La relevancia de éste radica en la necesidad de reafirmar el presupuesto según el cual en un Estado de Derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares y, procurar, en general, que se trate al inculpado de manera consecuente con la presunción de inocencia. En un desarrollo muy completo de esta tesis, la Corte dispuso:

> El control judicial sin demora previsto por el artículo 7.5 de la Convención busca evitar que las detenciones sean arbitrarias o ilegales, tomando como punto de partida que en un Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general, que se trate al inculpado de manera consecuente con la presunción de inocencia. Dada la importancia del control judicial, de acuerdo a lo indicado previamente por la Corte Interamericana, quien es privado de libertad sin control judicial debe ser liberado o puesto inmediatamente a disposición de un juez. Si bien el vocablo "inmediatamente" debe ser interpretado conforme a las características especiales de cada caso, ninguna situación, por grave que sea, otorga a las autoridades la potestad de prolongar indebidamente el período de detención sin control judicial.[693]

En relación con la garantía del artículo 9.3 del PIDCP y 7.5 de la Convención, esto es, el derecho a ser llevado sin demora ante un juez[694], la Corte IDH ha dispuesto que en caso de que el Estado decida restringir esta garantía debe justificar su actuar en fines legítimos, teniendo éste la carga de demostrar si existieron razones para no haber puesto a la persona ante la autoridad competente dentro del plazo que contempla la legislación del Estado Parte[695].

---

692 Corte IDH. Caso Fleury y otros Vs. Haití. Sentencia de 23 de noviembre de 2011, párr. 60.

693 Corte IDH. Caso Herrera Espinoza y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2016. Serie C No. 316, párr.158.

694 El Comité de Derechos Humanos ha puesto énfasis en que el control judicial opera siempre, sin necesidad de que la persona lo solicite, que la presencia ante la autoridad judicial debe ser física y que la incomunicación que impida la comparecencia vulnera los derechos de la persona (CDH, 2014, OG 35 (supra 666), párrs. 32 a 35).

695 "[...] Es claro que toda persona sometida a cualquier forma de privación de la libertad debe ser puesta a disposición de las autoridades competentes, para asegurar, entre otros, sus derechos a la libertad personal, integridad personal y las garantías del debido proceso, lo cual debe ser realizado inmediatamente y en el plazo máximo de detención legalmente establecido, que en Haití sería de 48 horas. De tal manera, corresponde a las autoridades policiales o administrativas demostrar si existieron razones o circunstancias legítimas para no haber puesto, sin demora, a la persona a disposición de las autoridades competentes" (Corte IDH. Caso Fleury y otros Vs. Haití. Sentencia de 23 de noviembre de 2011, párr. 63).

En cuanto a la *prisión preventiva* los estándares internacionales también son exigentes, ya que estamos ante la posibilidad de que una persona se mantenga privada de libertad, sin que exista una condena judicial que lo justifique. Los instrumentos internacionales garantizan el derecho de toda persona a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso[696]. Estas normas imponen límites temporales a la duración de la prisión preventiva y, en consecuencia, a las facultades del Estado para asegurar los fines del proceso mediante esta medida cautelar. Desde luego, hay que distinguir entre esta disposición sobre duración de la medida cautelar privativa de la libertad, de la contenida en el artículo 8.1 que se refiere al plazo para la conclusión del proceso. Aun cuando se refieren a cuestiones diferentes, ambas normas se hallan informadas por un mismo designio: limitar en la mayor medida posible la afectación de los derechos de una persona[697].

En toda circunstancia que sea factible y, en particular, cuando el plazo de la prisión preventiva sobrepasa lo razonable, el Estado debe limitar la libertad del imputado con otras medidas menos lesivas que aseguren su comparecencia al juicio, distintas de la privación de libertad[698]. Asimismo, este derecho del individuo a ser juzgado en libertad o ser puesto en libertad, trae consigo, a su vez, la obligación del Estado de tramitar con mayor diligencia y prontitud los procesos penales en los que el imputado se encuentre privado de libertad[699].

La Corte Interamericana ha vinculado —correctamente— la prisión preventiva con el derecho de presunción de inocencia y los principios de necesidad y proporcionalidad, todo ello en directa relación con los derechos de las personas en una sociedad democrática:

> Después de haber analizado la legalidad de la restricción, la Corte considera indispensable destacar que las medidas cautelares que afectan la libertad personal y el derecho de circulación del procesado tienen un carácter excepcional, ya que se encuentran limitadas por el derecho a la presunción de inocencia y los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.[700]

La prisión preventiva se encuentra limitada, asimismo, por el principio de proporcionalidad, en virtud del cual una persona considerada inocente no debe recibir igual o peor trato que una persona condenada. El Estado debe evitar que la medida de coerción procesal sea igual o más gravosa para el imputado que la pena que se espera en caso de condena. Esto quiere decir que no se debe autorizar la privación cautelar de la libertad, en supuestos en los que no sería posible aplicar la pena de

696 PIDCP (supra 35), artículo 9.3; CADH (supra 51), artículo 7.5.
697 Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 119. El CDH se ha pronunciado en CDH, 2014, OG 35 (supra 666), párr. 37.
698 Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 119. El CDH se ha pronunciado en CDH, 2014, OG 35 (supra 666), párr. 37.
699 Corte IDH. Caso Bayarri Vs. Argentina. Sentencia de 30 de octubre de 2008, párr. 70.
700 Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004, párr. 129, primera parte.

prisión, y que aquélla debe cesar cuando se ha excedido la duración razonable de dicha medida. El principio de proporcionalidad implica, además, una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción[701].

De la misma forma, es necesario aclarar que la mantención de la prisión preventiva es excepcional y debe ser justificada por el Estado y no debe trasladarse la responsabilidad de acreditar que las razones que la justificaron cesaron, sino que es el Estado a través del control judicial quien debe justificar —periódicamente— que las razones excepcionales se persisten en el caso concreto[702].

Un aspecto central respecto de la prisión preventiva es determinar cuáles son las causales que permiten que una persona no sea liberada mientras es juzgada, sino que sea mantenida privada de su libertad, pese a que la ampara la presunción de inocencia. La Corte ha señalado:

> [...], que corresponde a la autoridad judicial desarrollar un juicio de proporcionalidad al momento de imponer una medida privativa de la libertad. Dado lo anterior, corresponde a la autoridad judicial imponer medidas de esta naturaleza únicamente cuando acredite que son: (i) idóneas para cumplir con el fin perseguido, (ii) necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto, y (iii) que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Este Tribunal ha indicado, que la medida solo se debe imponer cuando sea necesaria para la satisfacción de un fin legítimo, a saber: que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia. De este modo, el Tribunal considera que únicamente deben ser considerados como finalidades legítimas, aquellas que están atadas directamente con el desarrollo eficaz del proceso, es decir, que estén vinculadas con el peligro de fuga del procesado, directamente establecido en el artículo 7.5 de

701 "La Corte ha considerado que para que una medida cautelar restrictiva de la libertad no sea arbitraria es necesario que: i. se presenten presupuestos materiales relacionados con la existencia de un hecho ilícito y con la vinculación de la persona procesada a ese hecho; ii. esas medidas cumplan con los cuatro elementos del "test de proporcionalidad", es decir con la finalidad de la medida que debe ser legítima (compatible con la Convención Americana), idónea para cumplir con el fin que se persigue, necesaria y estrictamente proporcional, y iii. la decisión que las impone contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas (Corte IDH. Caso Romero Feris Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2019. Serie C No. 391, párr. 92).

702 "[...] la Corte ha asumido la postura según la cual la prisión preventiva debe estar sometida a revisión periódica, de tal forma que no se prolongue cuando no subsistan las razones que motivaron su adopción. Puntualmente afirmó que el juez no tiene que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que una persona detenida recupere su libertad, sino que debe valorar periódicamente si las causas, necesidad y proporcionalidad de la medida se mantienen, y si el plazo de la privación a la libertad ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón. En cualquier momento en que aparezca que la prisión preventiva no satisface estas condiciones, deberá decretarse la libertad, sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe [...]" (Corte IDH. Caso Romero Feris Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2019. Serie C No. 391, párr. 111).

> la Convención Americana, y aquella que busca evitar que el procesado impida el desarrollo del procedimiento.[703]

Este razonamiento de la Corte es relevante, ya que descarta una serie de elementos que tienden a ser utilizados por los sistemas legales y por los tribunales nacionales para justificar la privación de libertad, particularmente, peligrosidad o características personales de la persona. En caso de que estos elementos sean contemplados por la legislación nacional (caso Chile), para que estos elementos puedan ser considerados, deberán estar asociados en el caso concreto a las causales reconocidas internacionalmente para mantener a la persona privada de libertad y no podrá recurrirse a ellas en forma autónoma[704].

El Comité de Derechos Humanos, por su parte, ha puesto énfasis en elementos de la persona del privado de libertad para decidir la extensión de la prisión preventiva:

> El Comité recuerda que las personas privadas de libertad no deben ser sometidas a penurias o a restricciones que no sean las que resulten de la privación de la libertad; debe garantizarse el respeto de la dignidad de estas personas en las mismas condiciones aplicables a las personas libres. El trato inhumano debe alcanzar un grado de severidad mínimo para quedar abarcado por el artículo 10 del Pacto. La valoración de ese mínimo depende de todas las circunstancias del caso, tales como el carácter y el contexto del tratamiento, su duración, sus efectos físicos o mentales y, en algunos casos, el sexo, la edad, el estado de salud u otra condición de la víctima.[705]

V.5.5. La acción de "hábeas corpus"

En situaciones de privación de la libertad el *hábeas corpus* representa, dentro de las garantías judiciales indispensables, el medio idóneo tanto para garantizar la libertad de la persona como para controlar el respeto a la vida y proteger la integridad personal del individuo, para asegurar que el detenido sea presentado ante al órgano judicial encargado de constatar la legalidad de la detención, así como para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención y protegerlo contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes[706].

703 Corte IDH. Caso Jenkins Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2019. Serie C No. 397, párr. 76.
En similar sentido, el Comité de Derechos Humanos ha señalado "La ley debe especificar los factores pertinentes y no debe incluir criterios vagos o excesivamente amplios, como la "seguridad pública". La reclusión previa al juicio no debe ser preceptiva para todas las personas acusadas de un delito concreto, sin tener en cuenta las circunstancias de cada caso. Tampoco debe ordenarse por un período en función de la pena que podría corresponder al delito en cuestión, sino de una determinación de la necesidad. Los tribunales deberán examinar si las alternativas a la reclusión previa al juicio, como la fianza, los brazaletes electrónicos u otras medidas, harían que la reclusión fuera innecesaria en el caso concreto" (CDH, 2014, OG 35 (supra 666), párr. 38).

704 "[..] la causal de prisión preventiva relativa al "peligro para la seguridad de la sociedad" no eran normas per se contrarias a la Convención Americana, puesto que podían ser interpretadas de una manera acorde a la misma, siempre y cuando se aplicaran buscando un fin procesal y los criterios tomados en cuenta fueran valorados en relación con la evaluación de la configuración de un riesgo procesal en las circunstancias del caso concreto" (Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr. 364).

705 Comité de Derechos Humanos. Caso Corey Brough vs. Australia. Comunicación No. 1184/2003. Resolución de 17 de marzo de 2006, párr. 9.2.

706 Corte IDH. Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Sentencia de 31 de agosto de 2011, párr. 158.

Bajo la interpretación que han hecho los órganos internacionales sobre la suspensión de derechos (ver *supra* en este Curso) el artículo 9.3 del PIDCP y 7.6 de la Convención disponen que el derecho de *hábeas corpus* "no puede ser restringido ni abolido", ya que este es un mecanismo de protección de derechos fundamental para la protección de derechos humanos, incluido los momentos de excepción[707].

En cuanto a la relación entre el recurso efectivo y el *hábeas corpus*, el Tribunal Interamericano ha afirmado que si se examinan conjuntamente los artículos 25 y 7.6 de la Convención, el amparo es el género y el *hábeas corpus* uno de sus aspectos específicos. Además, en razón de que el artículo 7.6 de la Convención tiene un contenido jurídico propio y el principio de efectividad (*effet utile*) es transversal a la protección debida de todos los derechos reconocidos en ese instrumento, el Tribunal ha considerado innecesario analizar aquella disposición en relación con el artículo 25 de la Convención. En consecuencia, la Corte IDH concluye que el derecho contemplado en el 7.6 tiene un contenido autónomo[708].

Finalmente, es necesario considerar que no basta con que los recursos existan formalmente, sino que es necesario que estos sean efectivos para cumplir con su objetivo de protección de derechos:

> La efectividad de un recurso supone que, además de la existencia formal de los recursos, éstos den resultados o respuestas a las violaciones de derechos, lo cual implica que el recurso sea idóneo para combatir la violación, y que sea efectiva su aplicación por la autoridad competente. En particular, el recurso de *hábeas corpus* o exhibición personal ha sido considerado por el Tribunal como el medio idóneo para garantizar la libertad, controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, e impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención.[709]

En síntesis, el derecho de *hábeas corpus* es un medio para garantizar la libertad personal y otros derechos que corren esencial riesgo en casos en que no ha habido un cumplimiento a los requisitos necesarios para legitimar la privación de libertad (vida, integridad personal). Este derecho al *hábeas corpus* es un derecho autónomo y una clara manifestación de la obligación de garantía de los derechos humanos. En este sentido, este es un derecho que siempre puede ejercerse independientemente de otros recursos procesales. Finalmente, este derecho se basa en la efectividad del control jurisdiccional, por lo que no es posible restringirlo en casos de excepción, ni tampoco hacerlo ineficaz por vías de hecho.

---

707 "[...] este Tribunal destaca que ya ha tenido en consideración la "opinión convergente" de "organismos internacionales de protección de derechos humanos" en cuanto a que, en palabras de la Corte, "la prohibición de la privación arbitraria de la libertad es un derecho inderogable no susceptible de suspensión" inclusive "durante un conflicto armado interno", o en otras circunstancias, como cuando se practique la privación de libertad por razones de seguridad pública" (Corte IDH. Caso Yarce y otras Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C No. 325, párr. 141).

708 Corte IDH. Caso Villarroel Merino y otros Vs. Ecuador. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2021. Serie C No. 430, párrs. 109 y 110.

709 Corte IDH. Caso Guachalá Chimbo y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie C No. 423, párr. 206.

Caso El arraigo en México

"La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días" (Artículo 16 Estados Unidos Mexicanos).

"La autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público, decretar el arraigo domiciliario del indiciado tratándose de delitos graves, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Corresponderá al Ministerio Público y a sus auxiliares vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido. El arraigo domiciliario se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable, no debiendo exceder de cuarenta días. El afectado podrá solicitar que el arraigo quede sin efecto, cuando considere que las causas que le dieron origen han desaparecido. En este supuesto, la autoridad judicial escuchará al Ministerio Público y al afectado, y resolverá si debe o no mantenerse" (Artículo 133 bis Código de Procedimientos Penales).

Preguntas

1. *¿Qué tipo de limitaciones establecen estas normas?*
2. *¿Qué derechos afectan?*
3. *¿Cumplen estas normas con los requisitos de restricción de derechos?*
4. *¿Es compatible esta medida con las obligaciones internacionales del Estado?*

Caso Vita

Vita es una próspera república latinoamericana. Desde su independencia en 1973 ha tenido un sostenido desarrollo económico basado en la venta de servicios tecnológicos a otros Estados del continente. Uno de sus mayores orgullos son los resultados en el Pádel y una de sus estrellas es el joven George Almagro, afrodescendiente que, a sus 17 años, es la principal figura deportiva nacional.

El 28 de diciembre de 2020 el joven Almagro terminó una larga relación con una conocida "influencer" y salió a beber con unos amigos. Terminando la fiesta, a las 03:00 am Almagro y un primo se dirigen a su domicilio en uno de los barrios más exclusivos de Vita. Antes de llegar al domicilio deciden cargar bencina a su camioneta 4x4 y comer un sándwich en una estación PDVSA. Ambos jóvenes estaban comiendo su sándwich y tomando una bebida energética a una cuadra de la estación PDVSA dentro de su camioneta.

En esos momentos se estaciona al lado de la camioneta un vehículo policial del que descienden dos funcionarios. Los policías solicitan que los dos jóvenes bajen del vehículo que conducía el primo de Almagro, quien era mayor de edad y tenía licencia de conducir al día. Cuando los jóvenes bajan de la camioneta, uno de los policías (MK), insulta a los jóvenes y les pregunta "¿A quién le robaron esta camioneta?". Cuando estos le contestan que era de su propiedad, el policía les dice que no mienta, que dos "negros" como ellos no podían manejar un auto así, a menos que lo hubieran robado. Cuando Almagro reacciona airadamente diciendo que "no lo jodan más" y hace el intento de entrar al vehículo para abrir la guantera y sacar los documentos, el otro policía (OR) saca su arma de servicio y le pone la pistola en la cabeza y le señala que "si te mueves, te mato, negro asqueroso". El primo de Almagro intenta correr y MK le dispara una descarga eléctrica por la espalda y éste cae gravemente herido. Almagro y su primo son llevados a la estación de policía más cercana.

Algunos testigos de los hechos avisan a los medios de comunicación que George Almagro ha sido detenido. Decenas de periodistas, seguidores de Almagro y la Defensa Pública llegan a la estación de policías donde se les informa que el sr. Almagro y su primo no estaban detenidos, sino que habían sido "invitados" a la estación policial a tomarse algunas fotografías. Solo doce horas después de su privación de libertad, ambos fueron liberados sin cargo alguno, sin que se les comunicaran las razones de la detención y sin que quedara constancia alguna del procedimiento en los registros policiales. Los representantes legales de Almagro, sus padres, presentan una acción judicial por detención ilegal, ya que no fueron detenidos en flagrancia de delito alguno ni había orden de aprehensión pendiente (art. 7 del Código Procesal), la que es rechazada por los tribunales por no constar que estos hubiesen sido detenidos. Apelan ante la Corte Superior de Vita, quien rechaza el recurso e invoca el art. 255 del Código Penal que señala "Las policías son ministros de fe y bastan sus declaraciones siempre serán consideradas prueba suficiente de los hechos que invoquen".

Vita es parte de la OEA y ONU desde 1973. Ha ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el 02 enero de 2020 y ratificó el Protocolo Facultativo el 02 de diciembre de 2021, también ratificó la Convención de Derechos del Niño el 02 de enero de 2020. Asimismo, ha ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 02 de enero de 2020 y le dio competencia a la Corte Interamericana el 02 de diciembre de 2021. El mismo 02 de enero de 2020 "Día de los Derechos y Deberes Humanos", se ratificó el Estatuto de Roma.

Preguntas

1. *¿Qué tipo de limitaciones se producen en este caso respecto del derecho a la libertad personal?*
2. *¿Se cumple con los requisitos de restricción de derechos?*
3. *¿Es compatible esta medida con las obligaciones internacionales del Estado?*
4. *¿Satisface el test de discriminación?*

V.6. Debido proceso

V.6.1. Aspectos generales

La normativa internacional recoge el derecho a un debido proceso en los siguientes términos.

Artículo 14 PIDCP:

> 1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores. 2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley. 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas; d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo; e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo; f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal; g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable. 4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social. 5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. 6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error

judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido. 7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.[710]

Artículo 8 CADH:

Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.[711]

V.6.2. Configurando el Derecho a un Debido Proceso

El debido proceso está directamente vinculado con la idea de límites al poder, y así, cuando hablamos de Estado de Derecho, siempre se termina haciendo referencias cruzadas con el debido proceso legal y sus garantías.

¿Por qué? Porque el Estado de Derecho es una forma de regulación del poder, que es el paso -en términos históricos- desde el poder absoluto a uno

710 PIDCP (supra 35), artículo 14.
711 CADH (supra 51), artículo 8.

regulado a través de la Ley. Esa "ley" debe ser creada y aplica a través de ciertos procedimientos y, en esto, acierta la doctrina anglosajona, que ha vinculado el debido proceso no solo a la protección del individuo a través de procedimientos frente al ejercicio del poder, sino que también de cómo ese poder adopta sus decisiones. La idea de un debido proceso del *Due Process*, tiene que ver no solo con garantías individuales, sino que también con los procedimientos que se utilizan para tomar decisiones en el ámbito de lo público.

Esto configura hoy una idea del debido proceso que es más compleja que otros derechos, ¿por qué? Porque cumple un doble rol: por una parte, es un derecho autónomo que comprende aspectos tales como la independencia de los tribunales, el plazo razonable, el derecho a la defensa y, en ese contexto, muchas veces encontrarnos en discusiones que tienen que ver con violaciones autónomas del derecho. Por otra parte, el debido proceso no se agota en esta faceta autónoma, sino que comparte una naturaleza instrumental y esto, al igual que la libertad de expresión y otros derechos, tienen una configuración tal que son esenciales para el pleno goce y ejercicio de las demás libertades y derechos, consagrados tanto internacionalmente como en el ámbito interno[712].

Eso nos lleva, necesariamente, a la pregunta de cuáles son los elementos que nos permiten delimitar una idea adecuada de lo que es el debido proceso. En general, estaríamos de acuerdo si dijéramos que vamos a entender por debido proceso, "aquellas garantías mínimas que permiten que la autoridad tome decisiones justas". El problema es que es necesario darles contenido a varios de estos elementos, pues es un tipo de definición demasiado abstracta que, si bien nos permite configurar un cierto contorno, todavía no tiene la densidad suficiente como para poder operativizarla en situaciones concretas.

Para lograr esta concreción mínima, tanto el sistema internacional como los sistemas nacionales han optado por el camino de concretizar esta idea o este valor general, en ciertos principios estructurantes.

¿Cuáles son esos principios estructurantes en materia del debido proceso que van a darle concreción a esta idea de garantías mínimas que permiten decisiones justas? Son dos, la igualdad de armas y el principio de contradicción[713]. La igualdad de armas es la expresión —en el ámbito del debido proceso— del principio general de igualdad y no discriminación[714]. Por su parte, el principio de contradicción es la

712 Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos (CDH). Observación General No. 32 - Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia. CCPR/C/GC/32, resolución de 23 de agosto de 2007. [en adelante CDH, 2007, OG 32], párr. 2.

713 El Comité de Derechos Humanos ha desarrollado esta idea bajo la denominación de "igualdad de medios procesales" (CDH, 2007, OG 32 (supra 712), párr. 13).

714 Sobre la igualdad en materia de justicia, esta no es solo formal, sino que debe ser sustantiva. Para ello, el Estado debe tomar medidas para que el acceso a la justicia se dé en condiciones de igualdad real o material, particularmente en relación con grupos históricamente discriminados (Corte IDH. Caso Barbosa de Souza y otros Vs. Brasil. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2021. Serie C No. 435, párr. 140).

posibilidad efectiva de poder generar decisiones justas, a través de un diálogo y del ejercicio de todos los derechos y las defensas necesarias para que la autoridad pueda tomar una decisión informada.

Pero, nuevamente, tenemos un problema de generalidad y es aquí donde dos grupos de garantías son interesantes. Por una parte, lo que podemos denominar, garantías generales. En efecto, en los textos internacionales comparados, hay una fórmula que tiende a repetirse, que básicamente tiene elementos comunes: el derecho a ser oído con ciertas garantías mínimas por un tribunal que tenga ciertas características básicas o mínimas (independencia, imparcialidad, competencia, que no sea un tribunal Ad Hoc); dentro de un plazo razonable; y, que la decisión que tome esa autoridad sea debidamente motivada, única forma en que podemos saber que se han tomado en consideración las alegaciones que se han hecho en el proceso y, por lo tanto, que el principio de contradicción ha tenido efecto al momento de tomar decisiones y que se ha escuchado a las personas con ciertas garantías en condiciones de igualdad.

De esta guisa, la Corte Interamericana ha señalado que

> El artículo 8 de la Convención consagra los lineamientos del debido proceso legal, el cual está compuesto de un conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos.[715]

En todo caso, debemos tener presente que el derecho a un debido proceso no es un derecho absoluto y puede ser objeto de límites legítimos (restricción o suspensión), aunque dichos límites no pueden anular los principios del contradictorio y la igualdad de armas[716].

Ahora bien, si los principios se aplicaran correctamente, si existiera "confianza" en esa aplicación, no sería necesario explicitarlos; pero la experiencia ha enseñado que es bueno positivizar cuáles son estas garantías mínimas dentro de los mismos catálogos de derechos. ¿Ha sido eso suficiente? No ha sido suficiente, ¿por qué? Porque se ha hecho necesario —y así se ha considerado tanto en los instrumentos internacionales como en la experiencia comparada— especificar también garantías mínimas en el ámbito de lo penal. En este sentido, las garantías especiales en materia penal son concreciones de estos principios, que podrían no estar escritos, pero de todas maneras serían parte de lo que entenderíamos como debido proceso en el ámbito penal, pero la experiencia hace razonable o recomendable que se desarrollen explícitamente.

---

715 Corte IDH. Caso Urrutia Laubreaux Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2020. Serie C No. 409, párr. 100.

716 Corte IDH. Caso Álvarez Ramos Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2019. Serie C No. 380, párr. 154.

En este sentido surge una nueva pregunta, ¿en qué se traduce este principio de igualdad y contradicción en el ámbito penal? El artículo 8 numeral 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos: derecho a intérprete; que se le comunique la acusación (que si no sucede como el caso que escuchamos hace un momento, es una grave violación); concesión de medios y tiempo para la preparación de la defensa; el derecho a una defensa técnica; conocer la prueba y la identidad de los testigos, el derecho a prueba para esclarecer los hechos, a recurrir el fallo; a no ser obligado a declarar contra sí mismo; el principio del *ne bis in idem*; la calidad de juicio público y la oralidad del juicio. Todas esas son concreciones de los principios generales.

¿Ha bastado con eso? Claramente no, nuevamente, la capacidad del poder de violentar a los individuos a través del proceso penal ha hecho necesario ir ampliando algunas de estas garantías y ahí es donde aparecen, por ejemplo, el derecho a la asistencia consultar, el principio de coherencia o correlación entre la acusación y la sentencia, el derecho a una evaluación sobre la salud mental en los casos de pena de muerte, entre otras.

Así, se ha ido configurando una idea robusta de lo que debemos entender como debido proceso en una sociedad democrática. El punto común son los principios estructurantes a partir de los cuales se configura un sistema complejo de derechos que buscan legitimar la toma de decisiones que tengan un impacto relevante en los derechos humanos.

V.6.3. Algunos desarrollos relevantes en materia de debido proceso

Si el acuerdo normativo sobre el cual se ha desarrollado la idea de un debido proceso es el descrito, en el ámbito internacional, la pregunta que parece relevante es: ¿qué ha pasado en la práctica en la protección internacional con estos estándares normativos? Lo que interesa analizar es, dónde han estado puestos los énfasis, las principales preocupaciones en materia de debido proceso.

A nivel internacional, los desarrollos jurisprudenciales, particularmente de la Corte Interamericana, son un parámetro interesante sobre algunas de las cuestiones que deben ser consideradas como un debido proceso conforme a los estándares internacionales.

En un comienzo (década de 1990), se puso un fuerte énfasis en quién debía juzgar. Parte importante de los esfuerzos se centraron en profundizar la discusión en torno a qué significa ser juzgado por un *tribunal competente, independiente e imparcial*[717]. Si se analiza la jurisprudencia de la Corte IDH, se puede observar cómo

717 Estas materias también han sido desarrolladas por el Comité de Derechos Humanos, ver: CDH, 2007, OG 32 (supra 712), párrs. 18-24.

se ha avanzado en clarificar qué significa un tribunal *independiente* en términos institucionales, personales del juez y funcionales referidos a cómo funciona la institución judicial para que garantice adecuadamente los derechos[718]. La Corte IDH ha puesto particular énfasis en la independencia institucional y su vínculo con una sociedad democrática y la independencia de magistrados, jueces y fiscales como para ejercer sus labores sin presiones, para lo cual es necesario garantizar (i) un adecuado proceso de nombramiento; (ii) estabilidad e inamovilidad en el cargo (la separación del cargo debe obedecer exclusivamente a causales permitidas, ya sea por medio de un proceso que cumpla con las garantías judiciales o porque se ha cumplido el término o período del mandato; solo pueden ser destituidos por faltas de disciplina graves o incompetencia, y todo proceso seguido en su contra debe resolverse de acuerdo con las normas de comportamiento judicial establecidas y mediante procedimientos justos, objetivos e imparciales), y (iii) protección contra presiones externas[719]. Asimismo, se ha puesto un énfasis particular en el tema de la *imparcialidad*, no solo objetiva, esto es, no solo que el juez no tenga un interés que haga imposible que pueda resolver adecuadamente un caso, sino que también en la forma en que ese juez se enfrenta al caso[720]. Es relevante poder determinar si en un caso han jugado un rol decisivo estereotipos, las preconcepciones que ese juez pueda tener[721]. Estos elementos deben ser objeto de un análisis estricto, donde obviamente no bastará una mera acusación, pero es un elemento que debe ser considerado en cada caso seriamente. Lo mismo ha sucedido en caso del juez natural, desarrollado fundamentalmente en el marco de casos relativos a la jurisdiccional militar[722].

Un segundo ejemplo de un derecho que ha ido evolucionando es la discusión que se ha dado sobre el alcance del *derecho a ser oído* con debidas garantías[723]. En relación con este derecho a ser oído, la Corte Interamericana ha señalado que el derecho comprende aspectos materiales y procesales. El ámbito material implica que "el Estado garantice que la decisión se produzca a través de un procedimiento que satisfaga el fin para el cual fue concebido", y el procesal, que consiste en "asegurar el acceso al órgano competente para que determine el derecho que se reclama en apego a las debidas garantías procesales (tales como la presentación de alegatos, hacer planteamientos, aportación de prueba y, en síntesis, hacer valer

718 Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 37. Independencia Judicial. San José, Costa Rica. Corte IDH, 2022. [en adelante Corte IDH, 2022, Cuadernillo 37].

719 Corte IDH. Caso Aguinaga Aillón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2023. Serie C No. 483, párrs. 61 - 64.

720 Corte IDH, 2022, Cuadernillo 12 (supra 150).

721 A modo de ejemplos, ver: Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C Nº 278, párr. 224-228 (materia etnia); Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 237 (materia orientación sexual); Caso Barbosa de Souza y otros Vs. Brasil. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2021. Serie C No. 435, párrs. 144-146 (materia género).

722 Corte IDH, 2022, Cuadernillo 12 (supra 150), At. 110-122.

723 Corte IDH, 2022, Cuadernillo 12 (supra 150), At. 30-35.

sus derechos)"[724]. Además, en su jurisprudencia la Corte ha ido profundizando en los elementos que deben ser considerados como parte del derecho a ser oído con las debidas garantías; así, ha desarrollado estándares sobre el derecho de los familiares de las víctimas de derechos humanos a ser oídos, los parámetros que configuran una investigación judicial efectiva, la debida diligencia, los alcances del secreto y la obstrucción a la justicia y la protección de los intervinientes en el proceso[725].

En relación con el alcance del derecho a ser oído con las debidas garantías, se ha puesto énfasis en que este derecho es aplicable no solo en el ámbito penal, sino que debe serlo frente a cualquier autoridad con capacidad de determinar (afectar) derechos[726], incluso autoridades distintas a las judiciales[727]. Es así como, cada vez que deba tomarse una decisión capaz de afectar derechos por parte de la autoridad, independiente de su denominación, las garantías establecidas en el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, o las garantías especiales en el ámbito penal, también pueden ser trasladadas a procesos de distinta naturaleza. ¿Por qué? porque son expresión de estos principios generales (igualdad de armas y contradicción) que deben regular siempre el debido proceso. En este sentido, la Corte Interamericana ha señalado que "que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8.1 de la Convención Americana"[728], por lo que es la naturaleza de las atribuciones del órgano y no su denominación lo que determina la aplicación de los estándares del artículo 8, incluso algunas cuestiones reguladas en el numeral 2.

Otro ejemplo de la dinámica evolutiva en aspectos determinantes del derecho al debido proceso es la forma en que ha avanzado la discusión sobre un *plazo razonable*. Como sabemos, los tratados internacionales no establecen un plazo razonable en términos objetivos, pero los organismos de supervisión sí han establecido criterios para realizar establecer que un plazo ha excedido un estándar de mínima razonabilidad. Esta determinación no queda entregada a la discrecionalidad de la autoridad y, por lo tanto, en cada caso habrá que analizar elementos como la complejidad del asunto que debe ser resuelto; el rol del propio imputado en la investigación; el rol que ha cumplido la autoridad, es decir, los funcionarios del ministerio público, la defensa pública y particularmente, del Tribunal como responsable final del proceso; y, el impacto que el proceso tiene en los derechos de las personas[729].

724 Ambas citas corresponden a Corte IDH. Caso Roche Azaña y otros Vs. Nicaragua. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 3 de junio de 2020. Serie C No. 403, párr. 85.

725 Corte IDH, 2022, Cuadernillo 12 (supra 150), At. 35-108

726 Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Sentencia de 2 de febrero de 2001, párr. 140; Caso Favela Nova Brasilia Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de febrero de 2017. Serie C No. 333, párrs. 185-191.

727 Corte IDH. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015, párrs. 243, 252 ; Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de octubre de 2016. Serie C No. 319, párr. 209.

728 Corte IDH. Caso Petro Urrego Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2020. Serie C No. 406, párr. 119.

729 Corte IDH, 2022, Cuadernillo 12 (supra 150), At. 143-170.

Por otra parte, destacan los desarrollos recientes en la jurisprudencia sobre la necesidad de que las resoluciones judiciales sean debidamente *motivadas*. Al efecto, la Corte Interamericana ha señalado que este es un derecho (pese a no estar expresamente reconocido en la normativa interamericana) y a la vez es un elemento que permite dar credibilidad a las decisiones judiciales en una sociedad democrática[730]. Sobre los alcances de la motivación de las resoluciones judiciales, se ha señalado que esta debe "permitir conocer cuáles son los hechos, motivos y normas en las que se basó el órgano que lo dictó para tomar su decisión de modo que se pueda desechar cualquier indicio de arbitrariedad, a la vez que les demuestra a las partes que estas han sido oídas en el marco del proceso. Además, debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado"[731]. Sobre esta base, en casos de resoluciones administrativas, la debida motivación permite "conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad"[732].De esta forma, tanto en el ámbito judicial como en el administrativo, la motivación de las decisiones permite controlar posibles arbitrariedades y actos discriminatorios.

Asimismo, existen importantes desarrollos en materia de garantías especiales relativas al proceso penal y que también pueden ser aplicadas en otros procesos que puedan afectar derechos[733].

En desarrollo interesante es el caso del *principio de presunción de inocencia*[734], donde se puede ver con claridad que es cada vez mayor su alcance, tanto en cuanto a regla de trato como a regla de juicio y prueba. En efecto, la presunción de inocencia es una regla de trato, esto es, la forma como debe ser tratada una persona por la autoridad cuando se le imputa un ilícito penal o un acto equivalente[735]. Un claro ejemplo de estas reglas de trato es el que se dio en el Perú, cuando se exhibía a Abimael Guzmán y otras personas tras unas rejas, vestidos con un traje a rayas, es decir, puede ser una persona que ha cometido crímenes horrendos, pero se ha traspasado los límites, no se lo puede tratar de esa manera, porque es una persona. Pero los casos se van complejizando y ya no es la violación burda, sino que tienen que ver, por ejemplo, con la opinión de las autoridades políticas y sus opiniones sobre ciertos casos de alta connotación

730 Corte IDH. Caso Habbal y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 31 de agosto de 2022. Serie C No. 463, párr. 94.

731 Corte IDH. Caso Habbal y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 31 de agosto de 2022. Serie C No. 463, párr. 94.

732 Corte IDH. Caso Pavez Pavez Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2022. Serie C No. 449, párr. 154.

733 Ha dicho la Corte IDH que "cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal" (Corte IDH. Caso Petro Urrego Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2020. Serie C No. 406, párr. 120).

734 PIDCP (supra 35), artículo 14.2; CADH (supra 51), artículo 8.2.

735 Corte IDH, 2022, Cuadernillo 12 (supra 150), At. 186-191. Para el sistema de Naciones Unidas, ver CDH, 2007, OG 32 (supra 712), párr. 30.

pública. Todas las autoridades, no solo judiciales, están obligadas a respetar el principio de presunción de inocencia[736]. En este mismo sentido, un debate que todavía no se ha desarrollado en profundidad, pero cada vez vamos acercándonos a sus contornos: ¿cuáles son las obligaciones que tienen otros actores relevantes en esto? En este se puede pensar, particularmente, en los medios de prensa, es decir, hasta dónde esta obligación también debe ser respetada por actores privados.

Otra aproximación al tema de la presunción de inocencia ha sido analizar este principio como una regla de juicio y prueba; como regla de juicio implica que la persona no puede ser condenada si no se ha acreditado fehacientemente en juicio su culpabilidad[737], y como regla de prueba, "la apreciación de la prueba debe ser racional, objetiva e imparcial"[738]; así, podemos concluir que a medida que la sanción que utiliza el Estado frente a un determinado hecho es más gravosa, los estándares probatorios también deben ser mayores, como una expresión del principio de presunción de inocencia. En todo caso, "la carga de la prueba se sustenta en el órgano del Estado, quien tiene el deber de probar la hipótesis de la acusación y la responsabilidad penal, por lo que no existe la obligación del acusado de acreditar su inocencia ni de aportar pruebas de descargo"[739].

Por último, la presunción de inocencia también ha sido desarrollada en conjunto con el derecho a la libertad personal[740]; efectivamente, un ejemplo interesante en materia de presunción de inocencia y prisión preventiva donde la Corte ha señalado que "mantener privada de libertad a una persona más allá del tiempo razonable para el cumplimiento de los fines procesales que justifican la necesidad de cautela a través de una medida de detención, equivaldría a una pena anticipada, en transgresión a la presunción de inocencia"[741].

De igual forma, son indicativas de esta evolución las discusiones sobre el *derecho de defensa*[742] que se van complejizando, incluidos sus límites legítimos, por ejemplo, la discusión sobre testigos protegidos que ha tenido el propio sistema interamericano, donde se establecieron requisitos para definir que en algunos

736 La Corte ha señalado que "El derecho a la presunción de inocencia exige que el Estado no condene informalmente a una persona o emita juicio ante la sociedad, contribuyendo así a formar una opinión pública, mientras no se acredite su responsabilidad penal conforme a la ley. Por ello, ese derecho puede ser violado tanto por los jueces a cargo del proceso, como por otras autoridades públicas, por lo cual éstas deben ser discretas y prudentes al realizar declaraciones públicas sobre un proceso penal, antes de que la persona haya sido juzgada y condenada" Corte IDH. Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de marzo de 2017. Serie C No. 334, párr. 190.

737 Corte IDH. Caso Zegarra Marín Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de febrero de 2017. Serie C No. 331, párr. 123.

738 Corte IDH. Caso Zegarra Marín Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de febrero de 2017. Serie C No. 331, párr. 125.

739 Corte IDH. Caso Grijalva Bueno Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de junio de 2021. Serie C No. 426, párr. 119.

740 Corte IDH, 2022, Cuadernillo 12 (supra 150), At. 191-195.

741 Corte IDH. Caso González y otros Vs. Venezuela. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 20 de septiembre de 2021. Serie C No. 436, párr. 120.

742 Esta ha sido una materia objeto de preocupación por parte del Comité de Derechos Humanos, ver CDH, 2007, OG 32 (supra 712), párrs. 33-41.

casos es necesario restringir el derecho y tener testigos protegidos, y a la vez, se establecen ciertas "límites a los límites", esto es, que no queda entregado a la discrecionalidad de la autoridad por más importante que sea el objetivo que se persigue[743]. Su contenido es amplio y abarca cuestiones contempladas en los instrumentos internacionales, como derecho a un intérprete, Derecho a que se le comunique la acusación, concesión de medios y tiempo para la preparación de la defensa, defensa técnica, derecho a conocer la prueba y la identidad de los testigos, presentar prueba para esclarecer los hechos, no ser obligado a declarar contra sí mismo y prohibición de coacción, y el derecho a recurrir del fallo ante un tribunal o un juez superior; además, existen otras garantías que se han ido construyendo vía jurisprudencial como el derecho asistencia consular, principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencio o el derecho a una evaluación sobre la salud mental en los casos de pena de muerte[744].

Para la Corte IDH el derecho de defensa es "un componente central del debido proceso que obliga al Estado "a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo"[745]. A su juicio el derecho de defensa se expresa en una faceta material y otra técnica. La material dice relación con "la posibilidad de participar de forma activa en las audiencias y diligencias y de rendir una declaración libre sobre los hechos que se le atribuyen" (tiempo y medios adecuados para preparar la defensa —artículo 8.2.c CADH—, no ser obligado a declarar contra sí mismo -artículo 8.2.g CADH- o las condiciones para que una confesión sea válida —artículo 8.3 CADH—) y, por el otro, la faceta técnica, dice relación con el ejercicio de la defensa, "ejercida por un profesional del Derecho, quien cumple la función de asesorar al investigado sobre sus deberes y derechos y ejecuta, *inter alia,* un control crítico y de legalidad en la producción de pruebas"[746].

Sobre la extensión temporal, el derecho de defensa se extiende "desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena"[747].

Otro aspecto relevante es el esfuerzo que ha hecho el sistema internacional por delimitar adecuadamente el *derecho a un recurso* (artículos 14.5 PIDCP y 8.2.h CADH)[748]. Al efecto, la Corte Interamericana ha señalado que más allá de las denominaciones que

743 Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014, párr. 242.
744 Corte IDH, 2022, Cuadernillo 12 (supra 150), At. 196-246.
745 Corte IDH. Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 303, párr. 153.
746 Ambas citas corresponden a Corte IDH. Caso Manuela y otros Vs. El Salvador. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de noviembre de 2021. Serie C No. 441, párr. 120.
747 Corte IDH. Caso Grijalva Bueno Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de junio de 2021. Serie C No. 426, párr. 100.
748 Corte IDH, 2022, Cuadernillo 12 (supra 150), At. 249-253. Sobre la perspectiva del Comité ha sido amplio y no se limita a los casos más graves, sino a toda sentencia condenatoria y no puede estar limitada a la revisión de aspectos formales o legales (CDH, 2007, OG 32 (supra 712), párrs. 45 y 48).

pueda dársele en el ámbito interno, lo relevante es que a través del respectivo recurso, el órgano superior "pueda analizar las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho"[749]. El fundamento de esta visión amplia del derecho a la revisión de las resoluciones penales se basa en el hecho de que es posible que exista una relación entre una errónea determinación de los elementos fácticos y una indebida aplicación del derecho, "por lo que la revisión que se debe hacer en cumplimiento del derecho al doble conforme debe permitir al juzgador realizar un control amplio de la sentencia"[750].

Con respecto al carácter de público de los procesos penales y el principio de oralidad[751], la Corte Interamericana ha señalado que este tipo de procesos "tiene la función de proscribir la administración de justicia secreta, someterla al escrutinio de las partes y del público y se relaciona con la necesidad de la transparencia e imparcialidad de las decisiones que se tomen. Además, es un medio por el cual se fomenta la confianza en los tribunales de justicia"[752].

Finalmente, en relación con principio *ne bis in idem* (artículos 14.7 PIDCP y 8.4 CADH)[753], la Corte ha señalado que para que este principio sea aplicable es necesario que concurran los siguientes elementos: (i) el imputado debe haber sido absuelto; (ii) la absolución debe ser el resultado de una sentencia firme, y (iii) el nuevo juicio debe estar fundado en los mismos hechos que motivaron la sustanciación del primer juicio[754]. Ahora bien, este no es un derecho absoluto, sino que admite excepciones cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia[755]. Esta es una cuestión especialmente relevante en materia de violaciones graves de derechos

749 Corte IDH. Caso Valle Ambrosio y otro Vs. Argentina. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 20 de julio de 2020. Serie C No. 408, párr. 43.

750 Corte IDH. Caso Gorigoitía Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2019. Serie C No. 382, párr. 53.

751 Sobre este tema en el ámbito del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, ver CDH, 2007, OG 32 (supra 712), párr. 8.

752 Corte IDH. Caso Girón y otro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2019. Serie C No. 390, párr. 120.

753 Sobre el principio de ne bis in idem, el Comité de Derechos Humanos ha llamado la atención de que este principio opera sea que la persona haya sido condenada o absuelta. En este sentido la normativa del Pacto es más amplia que la de la CADH, ya que esta última solo hace referencia a las sentencias de absolución (CDH, 2007, OG 32 (supra 712), párrs. 54-57). Ahora bien, el Comité, al igual de la Corte, considera excepciones al principio (CDH, 2007, OG 32 (supra 712), párr. 56).

754 Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, párr. 262.

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

humanos, cuando a nivel interno se realizan juicio que no buscan establecer la verdad, sino que liberar de responsabilidad a quienes han violado derechos humanos o el caso no fue investigado en forma independiente o imparcial[756].

En definitiva, el derecho a un debido proceso es un derecho que jurisprudencialmente evoluciona, se profundiza y va dando respuesta a diversas formas de expresión del poder de la autoridad que es necesario controlar y/o canalizar para lograr respuestas legítimas por parte del Estado en la resolución de controversias y en el ejercicio de derechos humanos.

V.7. Protección judicial - acceso a la justicia[757]

V.7.1. Aspectos generales

El derecho de acceso a la justicia se concibe a partir de la lectura conjunta de distintas disposiciones, en particular, los artículos 25.1 y 8.1 de la CADH, normas similares a los artículos 2.3 y 14.1 del PIDCP. Así, de dichas disposiciones se desprende que el derecho de acceso a la justicia consiste en desarrollar una institucionalidad adecuada para disponer de mecanismos de protección efectiva de los derechos humanos, en tres momentos: información previa al proceso, el proceso mismo y la ejecución de lo resuelto.

El artículo 8.1 de la CADH y 14.1 del PIDCP establecen el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y en un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, el que debe ser independiente e imparcial, establecido con anterioridad a la ley, ante cualquier acusación penal, o con el objeto de determinar derechos y obligaciones en relación con temas civiles, laborales o de cualquier ámbito.

El derecho a la tutela judicial efectiva, por su parte, es una manifestación del derecho de acceso a la justicia, y consiste en la posibilidad de obtener protección judicial ante la afectación de derechos fundamentales[758], siendo consagrada en la CADH en el artículo 25 (derecho al recurso) y en el PIDCP en el artículo 2.3 y en el artículo 7.6 de la CADH (*hábeas corpus*) y 9.4 del PIDCP, en los cual se establece un desarrollo particular en materia con respecto al derecho a la libertad personal. En este sentido, corresponde aclarar que el derecho de acceso a la justicia y el derecho a la tutela judicial no son sinónimos, en la medida en que el derecho a la tutela judicial efectiva es una manifestación específica del acceso a la justicia en el campo de los derechos fundamentales.

Las lecturas conjuntas de las normas precitadas permiten afirmar que, en términos generales, el derecho de acceso a la justicia obliga al Estado a proporcionar

756 Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 153.

757 Este apartado toma, revisa y actualiza las reflexiones desarrolladas en el texto C. Nash & C. Núñez. La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en Latinoamérica, IIDH-Ubijus-CEAD, México D.F., 2016. [en adelante Nash & Núñez, 2016].

758 Nash & Núñez, 2016 (supra 757), At. 22.

a toda persona la posibilidad de acceder a los mecanismos necesarios para la protección de sus derechos. Siendo más precisos, el derecho de acceso a la justicia contempla el derecho de toda persona a accionar, en instancias judiciales o de otro tipo, para tutelar sus derechos y solucionar sus controversias, a fin de alcanzar una respuesta acorde a derecho y ejecutable, obtenida ante un órgano competente, independiente e imparcial, luego de un procedimiento en el que se cumpla con las garantías de un debido proceso que asegure la igualdad de condiciones entre las partes que participan en él[759]. Como se observa, este derecho no se reduce al acceso a los tribunales, sino que también comprende el derecho a un procedimiento llevado a cabo de acuerdo a las garantías del debido proceso y a una respuesta conforme a derecho, que se ejecute de forma efectiva.

Por otra parte, debemos resaltar que el acceso a la justicia es un derecho que, como todos, debe ser ejercido y gozado en condiciones de igualdad, en virtud del artículo 1.1. de la CADH y 2.1 del PIDCP. Esto implica que el Estado debe garantizar que las personas que forman parte de grupos en condición de vulnerabilidad puedan ejercer este derecho de manera equivalente a los demás. Por este motivo, es necesario, para cumplir con los compromisos internacionales, que el Estado asuma un rol activo y adopte un conjunto de medidas especiales que permitan que ciertos sujetos en situación desventajada puedan acceder efectivamente a la justicia para la protección de sus derechos. Volvemos sobre este punto más adelante en este Curso.

V.7.2. Jurisprudencia

La Corte IDH ha configurado el derecho de acceso a la justicia, en parte, a partir del artículo 8.1 de la Convención Americana, entendiendo que las garantías consagradas en este artículo sólo pueden desenvolver su fin protector si antes se garantiza, en igualdad de condiciones, el acceso de las personas a los tribunales o cualquier otro órgano que ejerza jurisdicción de acuerdo con el artículo 25.1 del mismo cuerpo normativo[760].

De esta forma, el artículo 8 consagra dos aspectos importantes del derecho al acceso a la justicia: el derecho a la acción y el derecho a que el procedimiento se siga de acuerdo a las garantías que componen el debido proceso[761]. En este

759 P. Acosta, El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana. Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo, 2007. [en adelante Acosta, 2007], At. 50.

760 "[...] En este sentido, la Corte recuerda que los artículos 8 y 25 de la Convención también consagran el derecho de obtener respuesta a las demandas y solicitudes planteadas a las autoridades judiciales, ya que la eficacia del recurso implica una obligación positiva de proporcionar una respuesta en un plazo razonable" (Corte IDH. Caso Sales Pimenta Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2022. Serie C No. 454, párr. 83).

761 "Esta Corte ha desarrollado el derecho a ser oído, previsto en el artículo 8.1 de la Convención, en el sentido general de comprender el derecho de toda persona a tener acceso al tribunal u órgano estatal encargado de determinar sus derechos y obligaciones. La Corte ha reconocido que el derecho a ser oído comprende dos ámbitos: por un lado, un ámbito formal y procesal de asegurar el acceso al órgano competente para que determine el derecho que se reclama en apego a las debidas garantías procesales (tales como la presentación de alegatos y la aportación de prueba). Por otra parte, ese derecho abarca un ámbito de protección material que implica que el Estado garantice que la decisión se produzca a través de un procedimiento que satisfaga el fin para el cual fue concebido" (Corte IDH. Caso Rosadio Villavicencio Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2019. Serie C No. 388, párr. 146).

sentido, la Corte IDH ha señalado que el Estado debe garantizar que la persona acceda materialmente a la protección judicial en la determinación de sus derechos[762] *y que el proceso cumpla con ciertos mínimos*[763]*. Cuando se regulen limitaciones para acceder a la determinación de los derechos, según la Corte Europea, estas deben ser tratadas como restricciones de derechos y las medidas deben perseguir un objetivo legítimo y haber proporción entre los medios usados y los objetivos perseguidos*[764].

El otro derecho utilizado por la Corte IDH para configurar el derecho de acceso a la justicia es el numeral 1 del artículo 25 de la CADH. Para la Corte, este artículo obliga a los Estados a establecer en sus jurisdicciones un recurso efectivo para acceder a la justicia en condiciones de igualdad y que dicho recurso sea efectivo para el fin establecido[765].

En el mismo sentido, el sistema de Naciones Unidas, a partir del artículo 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, resalta la necesidad de que los recursos judiciales sean efectivos y accesibles, es decir, que puedan cumplir con su función de tutela de derechos fundamentales. Para el Comité del Pacto, estos recursos deben tener en cuenta la condición de vulnerabilidad de ciertos grupos de personas:

> En el párrafo 3 del artículo 2 se dispone que, además de proteger eficazmente los derechos reconocidos en el Pacto, los Estados Parte habrán de garantizar que todas las personas dispongan de recursos accesibles y efectivos para reivindicar esos derechos. Esos recursos se deben adaptar adecuadamente para tener en cuenta la vulnerabilidad especial de ciertas clases de personas, en particular los niños. El Comité atribuye importancia a que los Estados Partes establezcan en el derecho interno mecanismos judiciales y administrativos adecuados para conocer de las quejas sobre violaciones de los derechos. El Comité toma nota de que el poder judicial puede garantizar el disfrute de los derechos reconocidos en el Pacto de distintas maneras, en especial mediante la aplicación directa del Pacto, la aplicación de disposiciones constitucionales u otras disposiciones legislativas similares o el efecto de la interpretación del Pacto en la aplicación de la legislación nacional. Se requieren en especial mecanismos administrativos que den cumplimiento a la obligación general de investigar las denuncias de

762 Corte IDH. Caso Cantos vs. Argentina (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C. No 97, párr. 50.

763 "El artículo 8.1 de la Convención reconoce el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos, todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1)" (Corte IDH. Caso Díaz Loreto y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2019. Serie C No. 392, párr. 101).

764 TEDH, Ashingdane Vs. Reino Unido, sentencia de 28 de mayo de 1985, párr. 57. Más actual, ver TEDH, Markovic et Autres, sentencia de 14 de diciembre de 2006, párr. 99.

765 "La Corte ha señalado que, en los términos del artículo 25 de la Convención, es posible identificar dos obligaciones específicas del Estado. La primera, consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven la determinación de los derechos y obligaciones de éstas. La segunda, garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos" (Corte IDH. Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de febrero de 2017. Serie C No. 333, párr. 234).

> violación de modo rápido, detallado y efectivo por organismos independientes e imparciales. Las instituciones nacionales de derechos humanos que cuenten con las facultades pertinentes pueden coadyuvar a tal fin. El hecho de que un Estado Parte no investigue las denuncias de violación puede ser de por sí una vulneración del Pacto. La cesación de la violación constituye un elemento indispensable del derecho a obtener un recurso efectivo.[766]

De igual forma, la Corte Europea ha señalado que el Convenio Europeo garantiza la disponibilidad a nivel nacional de un recurso para hacer cumplir los derechos y libertades de la Convención en cualquier forma en que estén garantizados por el ordenamiento jurídico nacional y que la efectividad dice relación con la capacidad de "prevenir la presunta violación o su continuación, o de proporcionar una reparación adecuada por cualquier violación que ya hubiera ocurrido"[767]. Se debe tener presente que, tanto en el sistema de Naciones Unidas como en el sistema europeo, lo recursos garantizados pueden ser judiciales o no judiciales; en cambio, en el sistema interamericano los recursos que consagra la CADH son siempre de orden judicial.

De esta guisa, para que el recurso sea considerado efectivo, la resolución que se dicte con ocasión de su conocimiento debe ser clara y precisa, de manera que puedan llevarse a cabo sus mandatos[768]. La Corte IDH resalta la importancia que tiene para garantizar el derecho a la tutela judicial, el que las resoluciones sean ejecutadas sin obstáculos:

> Asimismo, de conformidad con el artículo 25.2.c de la Convención Americana, el principio de tutela judicial efectiva requiere que los procedimientos de ejecución sean accesibles para las partes, sin obstáculos o demoras indebidas, a fin de que alcancen su objetivo de manera rápida, sencilla e integral. Adicionalmente, las disposiciones que rigen la independencia del orden jurisdiccional deben estar formuladas de manera idónea para asegurar la puntual ejecución de las sentencias sin que exista interferencia por los otros poderes del Estado y garantizar el carácter vinculante y obligatorio de las decisiones de última instancia. La Corte estima que en un ordenamiento basado sobre el principio del Estado de Derecho todas las autoridades públicas, dentro del marco de su competencia, deben atender las decisiones judiciales, así como dar impulso y ejecución a las mismas sin obstaculizar el sentido y alcance de la decisión ni retrasar indebidamente su ejecución.[769]

Es importante tener en consideración que, si bien tradicionalmente, el amparo ha sido considerado como el principal mecanismo para obtener la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, no es la única forma de tutelarlos, pudiendo existir otros recursos, siempre que satisfagan las especiales características que requiere

766 CDH, 2004, OG 31 (supra 104), párr.15.
767 TEDH, Kudla Vs. Polonia, sentencia de 26 de octubre de 2000, párrs. 157 y 158.
768 Corte IDH. Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011 Serie C No. 228, párr.98.
769 Corte IDH. Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 211.

una acción de tutela. De la misma forma, en cuanto al órgano encargado de conocer las acciones de protección de derechos fundamentales, la Corte IDH ha aclarado que la CADH no impone un determinado modelo y, en este sentido, la ausencia de un Tribunal Constitucional en un determinado Estado no implica necesariamente una violación del derecho a la protección judicial[770]. En definitiva, no es una cuestión de nomenclatura, sino del cumplimiento de los requisitos que se desprenden del artículo 25.1 y la jurisprudencia interamericana.

Por último, en el ámbito interamericano, sobre la base de las obligaciones del artículo 1.1 de la CADH, la Corte IDH ha señalado que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía. Estos deberes especiales determinan que respecto de ciertos grupos deben tomarse medidas especiales y re-interpretar el contenido de la CADH, lo que se determina en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho:

> La Corte Interamericana considera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. La Corte reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre.[771]

Estas particularidades pueden venir dadas por la condición personal del sujeto (por ejemplo, características culturales) o por la situación específica en la que se encuentra (por ejemplo, privación de libertad). De ahí que, respecto de estos grupos de la población se hayan establecido deberes específicos para lo Estado en aras de garantizar el derecho de acceso a la justicia. Por ejemplo, en cuanto al acceso a la justicia de mujeres víctimas de violencia, ha establecido ciertos estándares que debe cumplir la investigación, que debe realizarse de oficio, en forma seria e imparcial, de acuerdo a la noción de debida diligencia[772]; por otro lado, en

770 "Finalmente, en relación con los argumentos del representante y de la Comisión [...] sobre la vulneración del derecho a la protección judicial con motivo de la ausencia de un Tribunal Constitucional, si bien la Corte reconoce la importancia de estos órganos como protectores de los mandatos constitucionales y los derechos fundamentales, la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad. En este sentido, la Corte recuerda que la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana les compete a todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles" (Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276, párr. 124).

771 Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr.103.

772 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; Corte IDH. Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289; Corte IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

relación a la población indígena ha recalcado el derecho a que sea asistido/a por traductor/a e intérprete[773], y que la actuación de los/as operadores/as de justicia no debe basarse en estereotipos[774].

En materia de investigaciones judiciales por violaciones de derechos humanos y. particularmente, en actos de violencia en contra de sujetos de especial protección, los organismos internacionales de protección de derechos humanos exigen un estándar más alto a las investigaciones, tanto en lo que dice relación con las medidas investigativas[775] como en las línea lógicas de investigación[776] que adopten las autoridades para el total esclarecimiento de los hechos. De esta forma, para que en estos casos las investigaciones satisfagan estándares mínimos y no se comprometa la responsabilidad internacional del Estado, deben estar dirigidas efectivamente a la determinación de la verdad y al establecimiento de las responsabilidades judiciales correspondientes[777].

Este último elemento nos permite entrar en la discusión sobre los sujetos de especial protección más adelante en este Curso.

---

773 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, 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.

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

775 "[...] este Tribunal ha especificado los principios rectores que son precisos observar en una investigación cuando se está frente a una muerte violenta, tal como se desprende de los hechos del presente caso. Las autoridades estatales que conducen una investigación de este tipo deben realizar como mínimo, inter alia: i) identificar a la víctima; ii) recuperar y preservar el material probatorio relacionado con la muerte, con el fin de ayudar en cualquier potencial investigación de los responsables; iii) identificar posibles testigos y obtener sus declaraciones en relación con la muerte que se investiga; iv) determinar la causa, forma, lugar y momento de la muerte, así como cualquier patrón o práctica que pueda haber causado la muerte, y v) distinguir entre muerte natural, muerte accidental, suicidio y homicidio. Además, las autopsias y análisis de restos humanos deber realizarse en forma rigurosa, por profesionales competentes y empleando los procedimientos más apropiados" (Corte IDH. Caso Villamizar Durán y otros Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2018. Serie C No. 364, párr. 175). En similar sentido, ver: Corte IDH. Caso Olivares Muñoz y otros Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de noviembre de 2020. Serie C No. 415, párr. 121.

776 "Esta Corte ha establecido que los Estados tienen el deber de realizar una investigación por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y la persecución, captura, enjuiciamiento y, en su caso, el castigo de los responsables, cualquiera que haya sido su participación en los hechos. Así, deben evitarse omisiones en el seguimiento de líneas lógicas de investigación, de tal forma que se pueda garantizar el debido análisis de las hipótesis de autoría surgidas a raíz de la misma. En este sentido, a los fines de determinar si un Estado ha cumplido con su obligación de investigar a todas las personas penalmente responsables, esta Corte ha referido que es necesario analizar (i) la existencia de indicios sobre la participación de los presuntos responsables, y (ii) si hubo una actuación diligente o negligente en la indagación de tales indicios" (Corte IDH. Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371, párr. 292).

777 "Para que una investigación sea efectiva en los términos de la Convención, debe llevarse a cabo con la debida diligencia, la cual exige que el órgano que investiga lleve a cabo todas aquellas actuaciones y averiguaciones necesarias para procurar el resultado que se persigue. Es decir que debe sustanciarse por todos los medios legales disponibles y estar orientada a la determinación de la verdad" (Corte IDH. Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de marzo de 2017. Serie C No. 334, párr. 136). Además, para lograr dicho objetivo, el Estado "[...] debe dotar a las correspondientes autoridades de los recursos logísticos y científicos necesarios para recabar y procesar las pruebas y, en particular, de las facultades para acceder a la documentación e información pertinente para investigar los hechos denunciados y obtener indicios o evidencias de la ubicación de las víctimas" (Corte IDH. Caso Guachalá Chimbo y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie C No. 423, párr. 199). Por último, la investigación penal "debe incluir una perspectiva de género y realizarse por funcionarios capacitados en casos similares y en atención a víctimas de discriminación y violencia por razón de género" (Corte IDH. Caso Bedoya Lima y otra Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2021. Serie C No. 431, párr. 135). Así, "La falta de investigación por parte de las autoridades de los posibles móviles discriminatorios, puede constituir en sí misma una forma de discriminación, contraria a la prohibición establecida en el artículo 1.1 de la Convención", párr. 196).

Caso "Los refugiados y la Protección Internacional"

XX y ZZ, nacionales de Santa Providencia, presentaron solicitud de refugio en La Condesa el 01 de julio de 2023. Para fundamentar sus solicitudes alegaron que debía reconocérseles el estatuto de refugiado porque tienen fundados temores de ser perseguidos a causa de su homosexualidad en su país de origen.

Afirmaron haber sido objeto de violentas reacciones de diverso tipo por parte de sus familias y círculos más próximos o de actos represivos por parte de las autoridades de su país de origen por motivo de su orientación sexual. En Santa Providencia la homosexualidad está castigada penalmente, se encuentra tipificada ("prácticas deshonestas entre personas del sexo masculino", artículo 123) en el libro dedicado a las ofensas a la moral y se castiga con una pena privativa de libertad con un mínimo de diez años y un máximo de cadena perpetua.

Existen informes internacionales que permiten comprobar que en los últimos años dichas penas han sido efectivamente aplicadas.

El Ministro de Inmigración y Asilo de La Condesa decidió no conceder refugio a los solicitantes ya que, según el Ministerio, aun cuando resulta creíble la orientación sexual de los mencionados solicitantes de asilo, éstos no han demostrado que, una vez que regresen a sus países de origen, serán perseguidos por no ser la homosexualidad una categoría protegida por la Convención de Ginebra de 1951 y por no existir abierto ningún proceso en su contra en Santa Providencia.

Si bien en La Condesa existe un recurso ante la Corte Constitucional para revisar las decisiones del Ministerio de Inmigración y Asilo en materia de refugio, XX y ZZ deciden no utilizarlo, ya que dicha Corte se caracteriza por la lentitud en la tramitación de casos y sus ministros son extremadamente conservadores, por lo que deciden recurrir directamente a instancias internacionales.

Santa Providencia es parte del sistema de Naciones Unidas y ha ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La Condesa es parte del sistema de Naciones Unidas y ha ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Protocolo Facultativo, y la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de Refugiados.

Preguntas

1. *¿Qué derechos están afectados en este caso?*
2. *¿Se cumple con los requisitos de una efectiva protección judicial?*
3. *¿Es compatible el recurso disponible con las obligaciones internacionales del Estado?*

V.8. Sujetos de especial protección

En este apartado[778] se analizará la situación de determinados sujetos de derechos humanos y su posición en el sistema internacional de derechos humanos como grupos especiales de protección. Se dará cuenta de la necesidad de una interpretación diferenciada de los derechos humanos y su sistema, en especial de su contenido y alcance, de las obligaciones del Estado y de las reparaciones. En otras palabras, el propósito es entender cómo las características del titular de los derechos y el contexto en que se encuentran los titulares pueden modificar el análisis del esquema de casos.

V.8.1. Aplicación de la minuta a ciertos sujetos de derechos

Partiremos de la premisa de que los derechos humanos han sido consagrados en distintos instrumentos, tanto a nivel interno o nacional como externo o internacional que se insertan en un contexto histórico determinado, por lo que tienden a aplicarse a la luz de ciertos criterios culturales propios de cada época. Esto tiene como consecuencia que su aplicación debe considerar, precisamente, esos factores culturales, particularmente a la luz de un determinado sujeto protegido.

Tradicionalmente, el paradigma sobre el cual se aplicó el catálogo de derechos consistió en un sujeto con características particulares: hombre, propietario, de cierto grupo étnico, adulto, modelo de protección claramente restrictivo. Frente a esta interpretación ampliamente excluyente, surgió la necesidad de corregir estas prácticas de exclusión en atención al principio de universalidad, puesto que todas las personas son titulares de los mismos derechos. Y es que la efectividad de un sistema de protección de derechos humanos radica necesariamente en la realización del principio de universalidad y, por consiguiente, de la adopción de medidas particulares en atención a los distintos titulares de derechos. De esta forma, se justifica un tratamiento diferenciado a ciertos titulares de derecho: por la lectura restrictiva que se ha dado a los derechos humanos y por la realización del principio de universalidad.

Se ha buscado hacer realidad el principio de universalidad por diversas vías. Por una parte, consagrando nuevos instrumentos internacionales y nacionales que incluyan los derechos de aquellas personas que se han visto excluidas de protección por la interpretación restrictiva otorgada a los catálogos de derechos y libertades. También ha sido relevante la creación de mecanismos de protección que velen por la correcta aplicación de estos derechos y la labor jurisprudencial desarrollada por los organismos de control y protección de derechos humanos, tanto a nivel universal como regionales.

La importancia de ampliar la protección del catálogo de derechos radica en la efectividad que se le da a la protección de principios fundamentales del sistema

778 Este apartado toma, revisa y actualiza las reflexiones desarrolladas en el texto Nash & Núñez, 2020 (supra 263).

de derechos individuales. De esta forma, surge la necesidad de consagrar normas para sujetos particulares, y así, darles efectividad a las normas generales.

V.8.2. Derechos de las mujeres

Tal como lo señalan las Observaciones Generales adoptadas por el Comité de Derechos Humanos en el marco del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, existe una desigualdad de las mujeres respecto de los hombres en el disfrute de sus derechos; desigualdad que está profundamente arraigada en la tradición, la historia y la cultura, incluso en las actitudes religiosas[779]. En razón de esta situación de desigualdad, que tiene directa relación con la lectura restrictiva de los derechos humanos, es que se hace necesaria una nueva lectura de los derechos humanos, propendiendo -en este caso- a la igualdad entre hombres y mujeres. La lectura restrictiva de los derechos humanos, conjugada con los factores culturales, históricos y de tradición, son los que en definitiva implican la necesidad de dar un tratamiento especial a la mujer.

Es así como las Observaciones Generales del Comité han tratado esta temática, por cuanto "los Estados Partes son responsables de asegurar el disfrute de los derechos en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna. Según los artículos 2 y 3, los Estados Partes deben adoptar todas las medidas que sean necesarias, incluida la prohibición de la discriminación por razones de sexo, para poner término a los actos discriminatorios que obsten al pleno disfrute de los derechos, tanto en el sector público como en el privado"[780]. En el mismo sentido, es necesario también mencionar la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), la cual viene a dar una respuesta normativa a la problemática tratada[781].

Dentro de las Observaciones del Comité también se reconocen ciertas situaciones en las cuales la mujer pudiera estar en una situación de mayor vulnerabilidad, así como las medidas que el Estado debe tomar. En la Observación 28, No.8, se expresa que "La mujer está en situación particularmente vulnerable en tiempos de conflicto armado interno o internacional. Los Estados Partes deberán informar al Comité de todas las medidas adoptadas en situaciones de esa índole para proteger a la mujer de la violación, el secuestro u otras formas de violencia basada en el género".

A nivel interamericano, la Corte Interamericana ha establecido un alto estándar sobre las obligaciones del Estado para superar las formas de discriminación que sufren las mujeres:

---

779 Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos (CDH). Observación general No. 28 -La igualdad de derechos entre hombres y mujeres (artículo 3), CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, de 29 de marzo de 2000. [en adelante CDH, 2000, OG 28], párr. 5.

780 CDH, 2000, OG 28 (supra 779), párr. 4.

781 CEDAW (supra 140). A modo de ejemplo, en esta Convención, en su Artículo 2 c), se señala que se debe "Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación".

> En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. Todo esto debe tomar en cuenta que en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará. La Corte pasará ahora a analizar las medidas adoptadas por el Estado hasta la fecha de los hechos del presente caso para cumplir con su deber de prevención.[782]

Esto tiene consecuencias directas en materia jurisdiccional. En el *Caso J. Vs. Perú* (2013)[783], la Corte desarrolló ampliamente el tema de las obligaciones del Estado en casos de violencia de género. La Corte, en primer lugar, estableció que la obligación de investigar violaciones a la integridad personal surge no de su jurisprudencia, sino que del mandato general de garantizar los derechos convencionales establecido en el artículo 1.1 de la CADH[784]. Sobre el argumento del Estado de que la acción penal por violación era de naturaleza privada, la Corte establece como criterio general que "es necesario que los Estados garanticen que sus legislaciones internas no impongan condiciones diferenciadas para la investigación de agresiones a la integridad personal de índole sexual"[785] lo que implicaba que, frente a esta, el Estado debía iniciar las investigaciones de oficio conforme lo dispone el artículo 7.b de la Convención Belem do Pará. Finalmente, sobre las características de la investigación, la Corte señaló que la investigación que debe iniciar el Estado, una vez que las autoridades estatales tengan conocimiento del hecho, "debe ser una investigación seria, imparcial y efectiva [...]. Por tanto, el inicio de la investigación no puede estar condicionado por quien realiza la denuncia ni por la creencia de las autoridades, antes de iniciar la investigación, de que las alegaciones realizadas son falsas"[786].

El tema de la violencia de género ha sido objeto de especial preocupación para los organismos de derechos humanos. El principal instrumento es la *Observación General del Comité de la CEDAW sobre violencia de 1992 (No. 19)* que fue actualizada en 2017 (No. 35). Para dimensionar la importancia de estos

782 Corte IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 258.

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

784 Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, párr. 348.

785 Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, párr. 350.

786 Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, párr. 352.

desarrollos es la constatación que hace el propio Comité para justificar una Observación General que actualizara el Informe de 2002:

> Durante más de 25 años, los Estados partes, en su práctica, han respaldado la interpretación del Comité. La *opinio juris* y la práctica de los Estados dan a entender que la prohibición de la violencia por razón de género contra la mujer ha pasado a ser un principio del derecho internacional consuetudinario. La recomendación general núm. 19 ha sido un catalizador clave de ese proceso.[787]

Es muy interesante la perspectiva desde la cual desarrolla su Observación General el Comité:

> El Comité considera que la violencia por razón de género contra la mujer es uno de los medios sociales, políticos y económicos fundamentales a través de los cuales se perpetúa la posición subordinada de la mujer con respecto al hombre y sus papeles estereotipados. En toda su labor, el Comité ha dejado claro que esa violencia constituye un grave obstáculo para el logro de la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres y para el disfrute por parte de la mujer de sus derechos humanos y libertades fundamentales, consagrados en la Convención.[788]

Desde ahí el Comité estructura su Observación, donde se establecen las obligaciones generales de los Estados (párrs. 21-26)[789] y recomendaciones (párrs. 27-35). Es interesante el resumen que formula el Comité sobre sus recomendaciones:

> El Comité también recomienda que los Estados partes adopten las siguientes medidas en las esferas de la prevención, la protección, el enjuiciamiento y el castigo, la reparación, la recopilación y supervisión de los datos y la cooperación internacional a fin de acelerar la eliminación de la violencia por razón de género contra la mujer. Todas las medidas deberían aplicarse con un enfoque centrado en la víctima o superviviente, reconociendo a las mujeres como titulares de derechos y promoviendo su capacidad para actuar y su autonomía, en particular la evolución de la capacidad de las niñas, desde la infancia hasta la adolescencia. Además, las medidas deberían concebirse y aplicarse con la participación de la mujer, teniendo en cuenta la situación particular de las mujeres afectadas por las formas interrelacionadas de discriminación.[790]

---

787 Organización de las Naciones Unidas. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación general No. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general No. 19, CEDAW/C/GC/35, 26 julio 2017. [en adelante Comité CEDAW, 2017, RG-35], párr. 2

788 Comité CEDAW, 2017, RG-35 (supra 787), párr. 10.

789 Sobre las obligaciones del Estado, el Comité señala: "21. La violencia por razón de género contra la mujer constituye una discriminación contra la mujer con arreglo al artículo 1 y, por lo tanto, afecta a todas las obligaciones contraídas en virtud de la Convención. El artículo 2 establece que la obligación general de los Estados partes consiste en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer, en especial la violencia por razón de género contra la mujer. Se trata de una obligación de carácter inmediato; las demoras no se pueden justificar por ningún motivo, ya sea económico, cultural o religioso. En la recomendación general núm. 19 se indica que, con respecto a la violencia por razón de género contra la mujer, la obligación se compone de dos aspectos de la responsabilidad del Estado por dicha violencia, la resultante de los actos u omisiones del Estado parte o de sus agentes, por un lado, y la de los agentes no estatales, por el otro" (Comité CEDAW, 2017, RG-35 (supra 787), párr. 21).

790 Comité CEDAW, 2017, RG-35 (supra 787), párr. 28.

Por su parte, la Corte IDH en el *caso Masacre Plan de Sánchez*[791] y en el *caso del Penal Miguel Castro Castro*[792] reconoció que las mujeres son afectadas por ciertos actos en forma diferenciada respecto de los hombres. Ahora bien, cabe aclarar que la Corte IDH considera que no toda agresión dirigida contra una mujer vulnera la Convención Belém do Pará, y constituye, por ende, violencia de género. En el *caso Ríos* y en el *caso Perozo*, ambos contra Venezuela, señaló:

> [...] no toda violación de un derecho humano cometida en perjuicio de una mujer conlleva necesariamente una violación de las disposiciones de la Convención de Belem do Pará. Aunque las periodistas mujeres hayan sido agredidas en los hechos de este caso, en todas las situaciones lo fueron junto a sus compañeros hombres. Los representantes no demostraron en qué sentido las agresiones fueron "especialmente dirigid[as] contra las mujeres", ni explicaron las razones por las cuales las mujeres se convirtieron en un mayor blanco de ataque "por su condición [de mujer]". Lo que ha sido establecido en este caso es que las presuntas víctimas se vieron enfrentadas a situaciones de riesgo, y en varios casos fueron agredidas física y verbalmente por particulares, en el ejercicio de sus labores periodísticas y no por otra condición personal [...]. De esta manera, no ha sido demostrado que los hechos se basaran en el género o sexo de las presuntas víctimas".[793]

En el *Caso Véliz Franco*, la Corte señala que dicha violencia de género ni siempre es explícita, pero puede identificarse a partir de un análisis de los "signos de violencia sexual o la mutilación de los cuerpos"[794]. La sentencia en este caso aclaró que "la falta de certeza absoluta sobre lo expresado se vincula a la falta de conclusión de la investigación interna, así como al modo en que ésta hasta ahora se ha desarrollado. Así, por ejemplo, elementos trascendentes como la presencia de violencia sexual en los hechos no han sido determinados en una forma certera"[795]. Concluye el Tribunal que la violencia basada en el género es un forma de discriminación en contra de la mujer[796].

A juicio de la Corte Interamericana, el elemento esencial en la actividad jurisdiccional relacionada con derechos humanos de las mujeres es que esta se realice con perspectiva de género. Esto implica medidas que "i) cuestionen y estén en capacidad de modificar, a través de medidas especiales el *status quo* que causa y mantiene la violencia contra la mujer y los homicidios por razones de género; ii) hayan constituido claramente un avance en la superación de las desigualdades jurídicas, políticas y sociales, formales o de facto, que sean injustificadas por

791 Corte IDH. Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105. En este caso, la violencia sexual contra las mujeres fue una práctica del Estado que tuvo como objetivo la destrucción de la dignidad de la mujer a nivel cultural, social, familiar e individual.

792 Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160. En este caso, se considera que algunos actos -de violencia sexual-, muchas veces fueron utilizados como un medio simbólico que buscaba humillar a la contraparte.

793 Corte IDH. Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 279.

794 Corte IDH. Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, párr. 178.

795 Corte IDH. Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, párr. 178.

796 Corte IDH. Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, párr. 225.

causar, fomentar o reproducir los factores de discriminación por razón de género, y iii) sensibilicen a los funcionarios públicos y la sociedad sobre el impacto de los factores de discriminación contra las mujeres en los ámbitos público y privado"[797].

Asumir dicha perspectiva de género implica, entre otras cosas, abandonar los estereotipos de género a la hora de resolver los casos vinculados con derechos humanos de las mujeres. La Corte IDH ha resuelto sobre los estereotipos:

> En similar forma, el Tribunal considera que el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado [...], es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer.[798]

En el *caso Véliz Franco*, las autoridades omitieron cierta evidencia o realizaron pruebas en forma tardía, debido a los estereotipos de género, lo que constituye una falta de diligencia debida en la realización de la investigación. Para la Corte IDH, en casos de homicidio o violencia de género, el cuestionamiento sobre antecedentes sexuales de la víctima "son en principio inadmisibles, por lo que la apertura de líneas de investigación sobre el comportamiento social o sexual previo de las víctimas en casos de violencia de género no es más que la manifestación de políticas o actitudes basadas en estereotipos de género"[799]. Es más, a juicio de la Corte IDH, se desprendía de declaraciones efectuadas por funcionarios y funcionarias ciertos estereotipos de género, pues hacían referencia a la forma de vestir, a su vida social, a su vida nocturna, a sus creencias religiosas y a la falta de preocupación por parte de su familia. En el caso concreto, los estereotipos habían influenciado la investigación, lo que se desprendía del hecho que "algunos funcionarios a cargo de la investigación del caso efectuaron declaraciones que denotan la existencia de prejuicios y estereotipos sobre el rol social de las mujeres"[800] y lo que tuvo como consecuencia que se "diera relevancia en los interrogatorios y en los informes a ciertos aspectos de la vida privada y del comportamiento previo de María Isabel demuestra la existencia de estereotipos de género"[801]. Esto tiene consecuencias en la efectividad de la

797 Corte IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 495.

798 Corte IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 495, párr. 401.

799 Corte IDH. Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, párr. 209.

800 Corte IDH. Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, párr. 212.

801 Corte IDH. Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, párr. 212.

investigación, ya que a partir de estos estereotipos los funcionarios a cargo de las investigaciones "trasladaron la culpa de lo acontecido a la víctima y a sus familiares, cerrando otras líneas posibles de investigación sobre las circunstancias del caso e identificación de los autores"[802]. Esto, a juicio de la Corte, configura una discriminación que viola la Convención, conjuntamente, de los artículos 1.1. y 24[803]. Esta es una cuestión que se retoma en el *caso Espinoza González*, ya que la Corte deja constancia que la caracterización de las mujeres como "chica mala" o como el "ser asertivas, manipuladoras" o que carecen de credibilidad están presentes en las decisiones que los jueces y juezas adoptan, decidiendo sobre la culpabilidad o inocencia en evidencia sesgada[804].

Finalmente, en materia de DDHH de las mujeres, es relevante la necesidad de que las medidas que adopte la autoridad, incluida la judicial, no permita la perpetuación de la situación de discriminación estructural en la que se encuentran las mujeres atendidos los elementos culturales que han primado en las sociedades latinoamericanas. De ahí que, al momento de resolver un caso en el ámbito interno, sea necesario ver de qué forma dicha sentencia es capaz de transformar dicha realidad de discriminación. La Corte IDH así lo ha expresado:

> La Corte recuerda que el concepto de "reparación integral" (restitutio in integrum) implica el reestablecimiento 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 discriminación. Del mismo modo, la Corte recuerda que la naturaleza y monto de la reparación ordenada dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus familiares, y deben guardar relación directa con las violaciones declaradas. Una o más medidas pueden reparar un daño específico sin que éstas se consideren una doble reparación.[805]

En definitiva, vemos que, en el caso de las mujeres, no hay derechos distintos, sino que la necesidad de que sus derechos puedan ser gozados y ejercidos en condiciones de igualdad, superando las condicionantes culturales que impiden el goce y ejercicio de los derechos humanos en condiciones de igualdad.

---

802 Corte IDH. Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, párr. 213.

803 Corte IDH. Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, párr. 214.

804 Corte IDH. Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 272.

805 Corte IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 450.

Caso María da Penha

De acuerdo con la denuncia, el 29 de mayo de 1983 la señora María da Penha Maia Fernandes, de profesión farmacéutica, fue víctima en su domicilio en Fortaleza, Estado de Ceará, de tentativa de homicidio por parte de su entonces esposo, el señor Marco Antunio Heredia Viveiros, de profesión economista, quien le disparó con un revólver mientras ella dormía, culminando una serie de agresiones durante su vida matrimonial. Dos semanas después de que la señora Fernandes regresó del hospital y estando en recuperación por la agresión homicida del 29 de mayo de 1983, sufrió un segundo atentado contra su vida por parte del señor Heredia Viveiros, quien habría tratado de electrocutarla mientras ella se bañaba. A este punto decidió separarse judicialmente de él.

Añaden que, debido a la paraplejia resultante, la víctima debe ser sometida a múltiples tratamientos físicos de recuperación, además de experimentar un severo estado de dependencia que la hace requerir de la ayuda constante de enfermeros para movilizarse. Estos gastos permanentes en medicamentos y fisioterapeutas son costosos y la señora Maria da Penha no recibe ayuda financiera por parte de su exesposo para hacerles frente.

Alegan los peticionarios que, durante la investigación judicial, iniciada días después de la agresión el 6 de junio de 1983, se recogieron declaraciones que comprobaban la autoría del atentado por parte del señor Heredia Viveiros, a pesar de que éste sostenía que la agresión se había producido por ladrones que pretendían entrar al hogar común. Durante el trámite judicial se presentaron pruebas demostrando que el señor Heredia Viveiros tenía intenciones de matarla y en la casa se encontró una escopeta de su propiedad, contradiciendo su declaración negando poseer armas de fuego. Análisis posteriores indicaron que fue el arma utilizada en el delito. Sobre la base de todo ello, el Ministerio Público presentó su denuncia contra el Sr. Heredia Viveros el 28 de septiembre de 1984, como Acción Penal Pública.

Alegan los peticionarios que, a la fecha de la petición ante la CIDH, la justicia brasileña había tardado más de quince años sin llegar a condena definitiva contra el exesposo de la señora Fernandes, en libertad por todo ese tiempo a pesar de la gravedad de la acusación y las numerosas pruebas en su contra y a pesar de la gravedad de los delitos cometidos en contra de la señora Fernandes.

Sostienen los peticionarios que esta denuncia no representa una situación aislada en Brasil y que el presente caso es ejemplo de un patrón de impunidad en los casos de violencia doméstica contra mujeres en Brasil, ya que la mayoría de las denuncias no llegan a convertirse en procesos criminales y, de los pocos que llegan a proceso, sólo una minoría llega a condenar a los perpetradores.

Preguntas

1. *¿Ha cumplido el Estado con su obligación de garantizar el derecho a la integridad física y mental de la sra. María da Penha?*
2. *¿Ha cumplido el Estado con asegurar a la víctima el acceso a la justicia en condiciones de igualdad?*
3. *A la luz de los hechos de este caso, ¿qué medidas de reparación se deben disponer para hacerse cargo del daño causado a la víctima?*

V.8.3. Derechos de los niños y niñas

Tal como se vio en la discusión sobre las características de los derechos humanos que son relevantes para la protección internacional, el paradigma bajo el cual se realizó la lectura de los derechos humanos, además de la protección a hombres blancos, propietarios, entre otras características, estaba el ser mayor de edad.

Esta última premisa es la que viene a ampliarse mediante los derechos del niño y niña. La respuesta que ha dado el Derecho Internacional de Derechos Humanos ha sido de índole normativa, mediante la Convención de Derechos del Niño y jurisprudencial, particularmente, en el sistema interamericano. Así, la pregunta que de inmediato surge es ¿por qué se requiere de una normativa especial frente a los niños y niñas? La respuesta es que en este caso se requiere de un tratamiento especial considerando el desarrollo de los mismos, esto es, estamos ante un sujeto de derechos que se encuentra en desarrollo, lo que justifica un catálogo de derechos específicos.

De esta forma, se ha entendido a nivel internacional que tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño deben servir a la Corte para fijar el contenido y alcance de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana[806]. También la Corte ha señalado los alcances de las "medidas de protección" a que alude el artículo 19 de la Convención Americana, poniendo énfasis en la protección no del niño/a como "objeto de protección", sino que como sujetos de derechos. Así, los principios de no discriminación, interés superior, derecho a ser oído, la asistencia especial a niños privados de su medio familiar, derecho al desarrollo del niño, derecho a un nivel de vida adecuado, y reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación son esenciales[807].

La necesidad de una protección especial, en este caso, radica en que, según ha formulado la Corte, los niños son titulares de todos los derechos humanos, al igual que los adultos, y que el artículo 19 de la CADH debe entenderse "como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial"[808]. En otras palabras, los niños requieren de protección especial por su condición de personas en desarrollo.

806 Corte IDH. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 194.
807 Corte IDH. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 196.
808 Corte IDH. 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, párr. 147.

Por ejemplo, en cuanto a la privación de libertad de los menores de 18 años, se deben tomar las medidas necesarias para que la privación se aplique por el menor tiempo posible, tal como lo indica el artículo 32 b) de la Convención de los Derechos del Niño[809]. Además, el Estado tiene una obligación respecto de los niños privados de libertad, asegurándose que la privación no destruirá sus proyectos de vida[810]. De ahí que la Corte haya vinculado la idea de "vida digna" con las obligaciones positivas que debe adoptar el Estado para garantizar efectivamente dicho derecho[811]. El fundamento radica en "que los niños se encuentran en una etapa crucial de su desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social que impactará de los adultos[812]. Lo contrario sería exponer a los niños a situaciones en las que podrían ser víctimas de abuso de la superioridad de los adultos, por su particular situación de vulnerabilidad[813].

En definitiva, vemos que en el caso de NNA sí hay derechos especiales atendida la particularidad del titular de derechos, su situación de sujeto de derechos que se encuentra en desarrollo. Esto justifica normas particulares y criterios interpretativos acordes a esta particularidad.

809 Corte IDH. 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, párr. 231.

810 Corte IDH. 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, párrs. 161, 173 y 174.

811 Corte IDH. 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, párr. 176.

812 Corte IDH. 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, párr. 172.

813 Corte IDH. 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, párr. 175.

Caso "Niños en situación de calle"

En enero de 2008 una ONG europea de derechos humanos establece —luego de una investigación en terreno— la ejecución extrajudicial de diez "Niños de la Calle" en Nardia, país centroamericano. Asimismo, denuncia la desaparición de un grupo de al menos diez niños y niñas en los últimos dos años.

Nardia viene sufriendo una creciente oleada delictual que ha extremado las medidas de seguridad y ha generado una fuerte campaña en contra de sectores "indeseables", dentro de los cuales niños, niñas y adolescentes en situación de calle han sido acusados de ser parte de bandas criminales dedicadas al robo y asaltos.

A la fecha no hay ningún responsable juzgado por los asesinatos de los diez jóvenes y no se han iniciado investigaciones para dar con los desaparecidos. Más aún, frente a estos hechos la opinión pública parece estar indiferente y los medios de comunicación alaban la eficacia de la respuesta policial. Por tanto, se planea solicitar la intervención de la comunidad internacional para poner fin a esta situación.

Nardia es parte de la Organización de Estados Americanos y ha ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos; asimismo es parte de Naciones Unidas y ha ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Primer Protocolo Facultativo y, también, ha ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño.

Preguntas

1. *Si usted fuera consultado por la organización europea de derechos humanos para iniciar alguna acción ante el sistema Interamericano,*
   - *a) ¿ante qué órgano le recomendaría recurrir?*
   - *b) ¿qué procedimiento le recomendaría utilizar atendido el tipo de violación de derechos humanos que a su juicio se da en este caso?*
2. *¿Qué medidas especiales de protección debiera adoptar el Estado para proteger eficazmente la vida de los niños, niñas y adolescentes en situación de calle en Nardia?*

V.8.4. Derechos de los pueblos indígenas

El caso de los pueblos indígenas presenta importantes peculiaridades ya que obliga a un análisis complejo del catálogo de derechos a la luz de condiciones de facto y culturales relevantes. Comencemos con algo de historia. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha evolucionado en torno a la problemática indígena y su tratamiento. En la práctica, en la jurisprudencia de la Comisión podemos distinguir diversas etapas respecto de la cuestión indígena que se consideran para su protección.

- **Primera aproximación: la protección**. En una primera etapa se presenta una tendencia de la Comisión a estimar a los pueblos indígenas como un grupo débil, con bajo nivel cultural, al que había que proteger[814]. Se reconoce su discriminación y la violación de derechos humanos de miembros de comunidades.
- **Segunda aproximación: utilización del concepto de minorías**. Se plantea que, respecto de los indígenas, es aplicable la noción de minorías desarrollado en el ámbito de Naciones Unidas y que, por tanto, los mecanismos establecidos en el derecho internacional, en particular, la adopción de medidas especiales de protección establecidas por el artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la materia.
- **Tercera aproximación: enfoque de derechos y los indígenas como titulares de derechos generales y particulares**. Un informe preparado en el año 2000 por la Comisión desarrolló temáticas de relevancia en torno a la situación indígena, siendo el mayor aporte la lectura desde la realidad de las comunidades indígenas: la Comisión se preocupó de analizar derechos comunes a todas las personas desde una perspectiva particular, cual es, las necesidades de los titulares de derechos a partir de su realidad[815].

Existe un consenso en materia de DIDH respecto al hecho de que, en el caso de los derechos de los PUEBLOS INDÍGENAS, la interpretación debe considerar la situación de exclusión y marginación en que históricamente dichos pueblos han vivido[816], pero, además, es necesario que se haga cargo de las particularidades culturales que constituyen su identidad cultural. Así lo ha desarrollado ampliamente la Corte en su jurisprudencia en la materia:

> Debido a que el presente caso trata sobre los derechos de los miembros de una comunidad indígena, la Corte considera oportuno recordar que, de conformidad con los artículos 24 (Igualdad ante la Ley) y 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana, los Estados deben garantizar, en condiciones

814 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). "Informes anuales 1972 y 1973". En: CIDH, Ten years of activities 1971 – 1981. [en adelante CIDH, 1982, Informe ten years], At. 328-329; también, ver Caso Tribu Guahibo en Colombia, publicado en Informe Anual 1973, OEA/Ser.L/V/II.32.

815 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Informe La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas, OEA/Ser.L/VII.108, de 20 de octubre de 2000. [en adelante CIDH, 2000, Informe].

816 Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párrs. 77 y 93.

> de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción. Sin embargo, hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural. El mismo razonamiento debe aplicar la Corte, como en efecto lo hará en el presente caso, para valorar el alcance y el contenido de los artículos de la Convención Americana, cuya violación la Comisión y los representantes imputan al Estado.[817]

De esta forma, para respetar efectivamente su "identidad cultural", es necesario que los Estados, a través de sus autoridades, incluidas las judiciales:

> [...] es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres.[818].

Por ello, satisfacer el principio de igualdad y no discriminación en casos vinculados con titulares de derechos pertenecientes a pueblos indígenas lleva, necesariamente, a establecer como un criterio interpretativo relevante los valores, usos y costumbres de los pueblos indígenas[819]. Interpretar las normas internas sin consideración de estos elementos sería dejar a las comunidades indígenas en una situación de desigualdad en el goce y ejercicio de sus derechos convencionales.

De esta forma, la Corte IDH vincula la obligación general de garantía y de no discriminación, con el derecho a la identidad cultural. De esta forma, si al momento de resolver un caso que involucre a miembros de un pueblo indígena no se considera la identidad cultural, no se les estaría tratando en condiciones de igualdad; dicha igualdad, supone hacerse cargo de este elemento diferenciador que es esencial para el titular de derechos[820].

La consecuencia que deduce la Corte de este enfoque es una valoración diferenciada del mundo indígena en el contexto latinoamericano y resalta la necesidad de

---

817 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 51.

818 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 51, párr. 63.

819 En el caso Bámaca vs. Guatemala, en 2002, la sentencia de reparaciones, al referirse a la importancia de encontrar los restos del Sr. Bámaca para su familia y comunidad maya etnia mam, señalaba que "la Corte ha reconocido la importancia de tener en cuenta determinados aspectos de las costumbres de los pueblos indígenas en América para los efectos de la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos" (Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002, párr. 81).

820 En similar sentido el Comité de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre la relevancia de que las medidas que tome el Estado en relación con pueblos indígenas les permitan a estos pueblos preservar su cultura ("los miembros de las minorías étnicas no serán privados del derecho a tener su propia vida cultural. Por consiguiente, toda medida cuyo efecto equivalga a negar este derecho será incompatible con las obligaciones que impone el artículo 27", CDH. Comunicación Länsmann y otros c. Finlandia, CCPR/C/52/D/511/1992, dictamen de 08 de noviembre de 1994, párr. 9.4).

construir sociedades multiculturales, pluralistas y democráticas[821]. Esta valoración que formula la Corte IDH de la sociedad multicultural y pluralista sirve de marco para la interpretación del contenido y alcance de los derechos y los límites de los mismos en una sociedad democrática.

Así, sólo en la medida que estos elementos (situacionales y culturales) sean considerados por parte de la judicatura, estaremos efectivamente interpretando los derechos de origen nacional e internacional en condiciones de igualdad real y no meramente formal[822]. Esto tiene especiales consecuencias en materia de acceso a la justicia de pueblos indígenas. Efectivamente, el criterio establecido por la Corte en materia de acceso a la justicia de miembros de comunidad indígenas es el siguiente:

> Este Tribunal considera que para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas -en tanto miembros del pueblo indígena Maya- y que la investigación de los hechos se realice con la debida diligencia, sin obstáculos y sin discriminación, el Estado debe asegurar que aquellas puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales iniciados, facilitándoles intérpretes u otros medios eficaces para tal fin. Asimismo, el Estado deberá garantizar, en la medida de lo posible, que las víctimas del presente caso no tengan que hacer esfuerzos desmedidos o exagerados para acceder a los centros de administración de justicia encargados de la investigación del presente caso. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte considera necesario ordenar al Estado el pago de una suma por concepto de gastos futuros, como una forma de garantizar que las víctimas puedan actuar en el proceso penal abierto ante la justicia ordinaria [...].[823]

Este enfoque tiene consecuencias en materia de debido proceso y en el ámbito de la protección judicial. Analizaremos algunos ejemplos en uno y otro campo. En materia de debido proceso, la Corte ha señalado respecto del derecho a contar con un intérprete, que en materia de pueblos indígenas esto es plenamente aplicable. En el Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México, la sra. Fernández Ortega no contó con intérprete para interponer su denuncia y tampoco fue informada en su idioma de los alcances del proceso que se iniciaba con su denuncia

821 "La Corte considera que el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática. Esto implica la obligación de los Estados de garantizar a los pueblos indígenas que sean debidamente consultados sobre asuntos que inciden o pueden incidir en su vida cultural y social, de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización" (Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 217).

822 "Asimismo, es improcedente el argumento del Estado en cuanto a que es discriminatorio aprobar una ley que reconozca las formas comunales de posesión de la tierra. Es un principio establecido en el derecho internacional que el trato desigual a personas en condiciones desiguales no necesariamente constituye discriminación no permitida. La legislación que reconoce dichas diferencias no es, por lo tanto, necesariamente discriminatoria. En el contexto de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales, esta Corte ya ha expresado que es necesario la adopción de medidas especiales a fin de garantizar su supervivencia de conformidad con sus tradiciones y costumbres. Por ello, es improcedente el argumento del Estado respecto de su incapacidad para crear legislación en esta área debido a la presunta complejidad de la cuestión o la posible naturaleza discriminatoria de dicha legislación" (Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 103).

823 Corte IDH. Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008, párr. 100.

> por violación sexual en contra de militares mexicanos. Para la Corte, "la imposibilidad de denunciar y recibir información en su idioma en los momentos iniciales implicó, en el presente caso, un trato que no tomó en cuenta la situación de vulnerabilidad de la señora Fernández Ortega, basada en su idioma y etnicidad, implicando un menoscabo de hecho injustificado en su derecho de acceder a la justicia", lo que constituye una violación del derecho de acceso a la justicia en los términos de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento[824].

Otro aspecto relativo al derecho a ser oído en condiciones de igualdad se encuentra relacionado con la obligación que tiene el Estado de investigar, efectivamente, las denuncias relativas a amenazas o violencia contra miembros de comunidades indígenas. En el *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras*, la Corte señaló que frente a "varias denuncias relativas a hechos de violencia y amenazas contra miembros de la Comunidad Triunfo de la Cruz [...], sin que se cuente con información sobre si fueron investigadas y el estado de dichas investigaciones" y donde "tampoco consta que el Estado hubiese iniciado de oficio las investigaciones por los homicidios" de miembros de la comunidad, "el Estado es responsable por la violación a los derechos contenidos en los artículos 8.1 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, por la falta al deber de investigar los hechos denunciados por la Comunidad y sus miembros, y por no haber iniciado de oficio las investigaciones relativas a las muertes" de los miembros de la comunidad[825].

Por otra parte, en materia de protección judicial, la Corte se ha centrado en el tema de la efectividad de los recursos judiciales para la protección de las comunidades indígenas y tribales en consideración de su situación de vulnerabilidad. En cuanto a la efectividad de los recursos utilizados en la legislación interna, la Corte también ha establecido los criterios para determinar si estos cumplen con las exigencias convencionales[826]. La Corte sostiene que la protección judicial en casos de titularidad de pueblos indígenas implica el "otorgamiento de una protección efectiva que tome en cuenta las particularidades propias que los diferencian de la población en general y que conforman su identidad cultural, sus características económicas y sociales, su posible situación de vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres, así como su especial relación con la

824 Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 201.

825 Corte IDH. Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08 de octubre de 2015, párrs. 252 y 253.

826 Es necesario recordar que, en términos generales, la Corte ha señalado que el artículo 25.1 consagra un derecho con dos responsabilidades para el Estado: "La primera, consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas. La segunda, garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos" (Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 263).

tierra"[827]. Esto se traduce en estándares mínimos que debe satisfacer dicha protección accesible, sencilla y dentro de un plazo razonable, a saber,

> i) asegurar que los miembros de la comunidad puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales iniciados, facilitándoles intérpretes u otros medios eficaces para tal fin; ii) proporcionar el acceso a los pueblos indígenas y tribales a asistencia técnica y legal en relación con su derecho a la propiedad colectiva, en el supuesto de que estos se encontrasen en una situación de vulnerabilidad que les impediría conseguirla, y iii) facilitar el acceso físico a las instituciones administrativas y judiciales, o a los organismos encargados de garantizar el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas y tribales, así como facilitar la participación de los pueblos en el desarrollo de los procesos judiciales, administrativos o de cualquier otra índole, sin que ello les implique hacer esfuerzos desmedidos o exagerados, ya sea debido a las distancias o a las vías de acceso a dichas instituciones, o a los altos costos en virtud de los procedimientos.[828]

En síntesis, los derechos reconocidos a los pueblos indígenas deberán ser culturalmente accesibles, esto es, en cuanto a su presentación y tramitación[829]. Por tanto, los recursos judiciales deben adecuarse a las tradiciones comunitarias, a la lengua, a las formalidades propias de la cultura y ser resueltos de acuerdo con un procedimiento adecuado a los fines perseguidos. Si no se cumple con estos requisitos los recursos no debieran ser considerados adecuados para la efectiva protección de los derechos indígenas y comprometen la responsabilidad internacional del Estado.

En otra materia relevante en el caso de la aplicación judicial de estándares interamericanos, es en materia de consulta previa[830]. La Corte ha señalado como criterio general:

> La obligación de consultar a las Comunidades y Pueblos Indígenas y Tribales sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos reconocidos en la normatividad interna e internacional, así como la obligación de asegurar los derechos de los pueblos indígenas a la participación en las decisiones de los asuntos que conciernan a sus intereses, está en relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención (artículo 1.1). Esto implica el deber de organizar

827 Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, párr. 251.3.b.

828 Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, párr. 251.3.a.

829 "Además, en lo que respecta a pueblos indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres" (Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 264).

830 Esta materia ha sido ampliamente desarrollada por la Relatoría para los Pueblos Indígenas en Naciones Unidas, ver: Organización de las Naciones Unidas. Relatoría para los Pueblos Indígenas. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. A/HRC/45/34, de 18 de junio de 2020. [en adelante ONU, Pueblos Indígenas, 2020]., párrs. 47 a 71. Un fallo interesante en esta materia es uno del Comité de Derechos Humanos. Comunicación Apirana Mahuika. Comunicación 547/1993, dictamen de 16 de noviembre de 2000.

> adecuadamente todo el aparato gubernamental y, en general, de todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos. Lo anterior conlleva la obligación de estructurar sus normas e instituciones de tal forma que la consulta a comunidades indígenas, autóctonas, nativas o tribales pueda llevarse a cabo efectivamente, de conformidad con los estándares internacionales en la materia. De este modo, los Estados deben incorporar esos estándares dentro de los procesos de consulta previa, a modo de generar canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta y participación a través de sus instituciones representativas.[831]

En este sentido, la consulta previa es un ejercicio de derechos humanos y, por tanto, debiera ser objeto de protección a través de los mecanismos constitucionales y no ser entregada su protección a instancias administrativas y/o judiciales distintas como son las autoridades ambientales (caso de Chile).

En definitiva, vemos que, en el caso de los pueblos indígenas, el goce y ejercicio de derechos está determinado por circunstancias fácticas (situación de pobreza), históricas (exclusión y discriminación) y personales (identidad cultural). Sobre esa base, el goce y ejercicio en condiciones de igualdad requiere de medidas que se hagan cargo de estos elementos situacionales y personales.

831 Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 166.

Caso Sarayaku

Los hechos del presente caso se enmarcan en la región de la provincia de Pastaza, donde habita el pueblo indígena Kichwa de Sarayaku. Esta población, la cual tiene alrededor de 1200 habitantes, subsiste de la agricultura familiar colectiva, la caza, la pesca y la recolección dentro de su territorio de acuerdo con sus tradiciones y costumbres ancestrales. En el año 2004 se registró el estatuto del Pueblo Originario Kichwa de Sarayaku.

En 1996 fue suscrito un contrato de participación para la exploración de hidrocarburos y explotación de petróleo crudo en el bloque No. 23 de la Región Amazónica entre la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador y el consorcio conformado por la Compañía General de Combustibles S.A. y la Petrolera Argentina San Jorge S.A. El espacio territorial otorgado para ese efecto en el contrato con la CGC comprendía una superficie de 200.000 hectáreas, en la que habitan varias asociaciones, comunidades y pueblos indígenas, tales como el pueblo Kichwa de Sarayaku.

En numerosas ocasiones la empresa petrolera CGC intentó gestionar la entrada al territorio del Pueblo Sarayaku y conseguir el consentimiento de dicho Pueblo para la exploración petrolera, aunque fueron infructuosas. En el año 2002 la Asociación de Sarayaku envió una comunicación al Ministerio de Energía y Minas en que manifestó su oposición a la entrada de las compañías petroleras en su territorio ancestral.

A raíz de la reactivación de la fase de exploración sísmica en noviembre de 2002 y ante el ingreso de la CGC al territorio de Sarayaku, la comunidad paralizó sus actividades económicas, administrativas y escolares. Con el propósito de resguardar los límites del territorio para impedir la entrada de la CGC, miembros del Pueblo organizaron seis en los linderos de su territorio. La empresa abrió trochas sísmicas, habilitó siete helipuertos, destruyó cuevas, fuentes de agua, y ríos subterráneos, necesarios para consumo de agua de la comunidad; taló árboles y plantas de gran valor medioambiental, cultural y de subsistencia alimentaria de Sarayaku. Entre febrero de 2003 y diciembre de 2004 fueron denunciados una serie de hechos de presuntas amenazas y hostigamientos realizados en perjuicio de líderes, miembros y un abogado de Sarayaku.

El 19 de noviembre de 2010, PETROECUADOR firmó con la empresa CGC un Acta de Terminación por mutuo acuerdo del contrato de participación para la exploración y explotación de petróleo crudo en el Bloque 23. El Pueblo Sarayaku no fue informado de los términos de la negociación que sostenía el Estado con la empresa.

Preguntas

1. *¿Qué medidas debe adoptar el Estado para proteger a la comunidad Kichwa Sarayaku y a sus miembros?*
2. *¿Qué características debe tener la consulta indígena para permitir actividades en los territorios indígenas?*

V.8.5. Obligaciones del Estado frente a titulares sujetos de especial protección

Como se ha venido diciendo, lo que considera la Corte al enfrentar un caso donde se vean involucrados estos sujetos especiales de protección, dice relación con las características especiales que cada uno de ellos pueda presentar respecto de la mirada restrictiva que se dio en un principio a la lectura de los derechos humanos. Así, se considerará el desarrollo de niños y niñas, factores culturales y vulnerabilidad en indígenas, y en el caso de las mujeres, la igualdad y no discriminación y cómo el género juega un rol preponderante en el análisis de casos. Es así como surge un deber más específico aun de protección para estas personas y, en consecuencia, la obligación del Estado al respeto a los Derechos Humanos pudiera verse modificada.

Para cumplir efectivamente con las obligaciones internacionales en materia de derechos se deberán promover los cambios culturales necesarios para garantizar que los derechos y libertades consagrados puedan ser efectivamente gozados y ejercidos por sus destinatarios. Así, por ejemplo, los pueblos indígenas en nuestro continente claramente pertenecen a estas categorías vulnerables respecto de las cuales los Estados deben implementar políticas culturales que les permitan un pleno goce y ejercicio de sus derechos humanos.

Por otra parte, la Convención Americana de Derechos Humanos consagra en su artículo 2 la obligación del s de adoptar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención. si el ejercicio de dichos derechos "no estuviere ya garantizado en el Estado por disposiciones legislativas o de otro carácter". Así, este artículo establece la obligación de los Estados de preocuparse de que su legislación interna no contradiga dicho tratado, obligación complementaria del deber de garantía del artículo 1.1; también obliga al Estado a desarrollar en su legislación aquellos derechos que en su formulación internacional carecen de la precisión necesaria para que puedan ser aplicados por los órganos del Estado y, especialmente, para que puedan ser invocados ante los tribunales de justicia. Por tanto, la actividad del Estado, por otra parte, no debe circunscribirse sólo a la legislación, sino que deben tomarse todas las otras medidas de cualquier carácter, que posibiliten el pleno goce y ejercicio de todos los derechos humanos, las cuales deberán ser administrativas, de política públicas, u otras conducentes a los mismos fines.

En definitiva, el criterio general que debiera tener en consideración las autoridades estatales es el siguiente:

> los Estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, y finalmente debe adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas.[832]

832 Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr 264.

En consecuencia, para una eficaz protección de los derechos en condiciones de igualdad y no discriminación, se debe superar el paradigma de la neutralidad en la interpretación, incorporando al ejercicio hermenéutico la situación de vulnerabilidad que afecta a las víctimas y los elementos culturales preponderantes. La consideración de estos elementos permite que la aplicación neutral de las normas, que genera situaciones de discriminación, se atenúe y vaya en la línea de una interpretación evolutiva de los derechos que permita dar concreción al principio de universalidad[833].

A estos efectos, el principio fundamental que ha establecido la Corte Interamericana es:

> Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.[834]

El objetivo que se busca con el razonamiento basado en derechos que proponemos es encontrar una aproximación en cada caso concreto que le dé efectividad a los derechos de las personas que le permita al Estado cumplir con sus obligaciones constitucionales, internacionales y legales, todo ello en un sistema normativo coherente. En esa lógica los estándares internacionales son "factores de corrección" que permiten tomar decisiones acerca de la mejor interpretación en el caso concreto. La efectividad es una cuestión práctica que se resuelve en cada caso, al sustentar aquella interpretación que le permita a la persona un mejor goce y ejercicio de los derechos a la luz del contenido y alcance del derecho que integra los elementos de origen nacional e internacional. Al contrastar el contenido y alcance del derecho con el caso concreto, es posible llegar a una conclusión de la forma en que debe ser resuelto el caso concreto.

833 Nash, 2013 (supra 209), At. 503-541.
834 Corte IDH, 1999, OC-16/99 (supra 548), párr. 119.

Caso Leroi Bonet

El 30 de agosto del 2017 Leroi, de nacionalidad haitiana y de 28 años de edad, se acercó junto a su hija de dos meses a la Oficina de Protección de Derechos (en adelante OPD) en la comuna de Lo Prado, para pedir ayuda por el robo que había sufrido el día anterior Wilfrid Fidele (su pareja y padre de su hija de 2 meses).

Hace unos días un chileno le había ofrecido trabajo como jardinero (este chileno resultó ser un falso funcionario de la OPD). Wilfrid aceptó de inmediato y comenzó a trabajar, estando allí y dejando su mochila junto a todas sus pertenencias y documentos en manos del chileno, Wilfrid sufrió el robo de todas sus cosas.

Tras enterarse al día siguiente, Leroi se dirigió con su pequeña hija a la OPD para pedir explicaciones, pero como no hablaba español nadie entendía sus reclamos. Desesperada le pidió al guardia del organismo municipal que cuidara a la pequeña mientras ella iba a buscar un traductor "En Haití hay una lógica cultural de empatía y reciprocidad. Ella le pasa la guagua al guardia porque en su país la lógica de la autoridad es muy importante. Una persona con uniforme es una persona que nunca te va a joder. Ella pensó que su hija no corría peligro si la dejaba con el guardia, mientras iba a buscar un traductor. "Pero la gente que vio esta escena pensó que ella había regalado su guagua", explica Pilar Phillips, trabajadora social y miembro de la Fundación Fre, que vivió en Haití durante dos años. Veinte minutos después, al volver, su hija ya no estaba allí. Funcionarios de la OPD la denunciaron en la 44 comisaría de Lo Prado y, una vez notificada, la Fiscalía ordenó a carabineros detenerla.

Ese mismo día Leroi fue detenida e imputada bajo el delito de abandono de menor. Ella, desesperada, intentó comunicarse en creole —durante el procedimiento nunca le proporcionaron un intérprete— por lo que nunca le hicieron ver los motivos de su detención.

Durante su detención ella, muy angustiada, decide insistir para recuperar a su hija, en ese momento uno de los carabineros le propina sucesivos golpes en la cabeza, lo que le produce una hemorragia interna.

Estos golpes hicieron que fuese trasladada de urgencia a la posta central, donde horas más tarde falleció.

La hija fue derivada al hogar Casa Nacional del niño, dependiente del Sename. El padre de la pequeña hizo lo posible para tener la tuición, lo cual le fue negado ya que, en el tribunal de familia, el juez argumentó que, si bien Wilfrid reclamaba su idoneidad para hacerse cargo de la niña, el problema era que no contaba con sus documentos para acreditar que efectivamente era el padre de la menor.

Preguntas

1. *Identificar los derechos vulnerados en el caso y los titulares de estos.*
2. *¿Existe responsabilidad del Estado? (constatar si efectivamente hay un nexo causal que permita imputarle la violación al Estado*
3. *¿Puede ser calificado como un caso de discriminación múltiple?*
4. *¿Qué medidas se deben adoptar para la protección de los derechos humanos de NNA involucrados?*

Caso Lorenza Cayuhan Llebul

En octubre de 2015 Lorenza Cayuhán, perteneciente a la etnia mapuche, se encontraba recluida en el centro penitenciario de la ciudad de Arauco, por el delito de robo con intimidación. En aquella época se encontraba embarazada, teniendo alrededor de siete meses de embarazo. El día 13 de octubre de 2015, comenzó a sentir molestias físicas relacionadas con su embarazo, por lo que, tras ser examinada por la paramédico de su unidad penal, fue derivada al Hospital de Arauco y desde ahí trasladada de urgencia al Hospital Regional de Concepción.

En el Hospital de Concepción el diagnóstico médico fue de "preeclamsia", una complicación grave que implicaba la necesidad de que el embarazo fuera interrumpido y el parto adelantado. Se dispuso el traslado de urgencia a otro recinto, por la incapacidad para atender a Lorenza debido a la falta de espacio para ella y su bebé. Lorenza Cayuhán fue llevada por los Gendarmes al Hospital Clínico Sanatorio Alemán, donde fue sometida a una cesárea de emergencia.

En dichos traslados fue movilizada por personal de Gendarmería en un vehículo particular y luego en ambulancia en compañía de dos Gendarmes, siendo siempre escoltada además por un vehículo oficial de Gendarmería con cinco funcionarios más. Además de aquellos resguardos, la señora Cayuhán permaneció sujeta a la medida de seguridad de grilletes en sus pies. Los informes de los gendarmes consignando los movimientos realizados denominaban a la señora Cayuhán como "comunera mapuche", señalando por ejemplo "Traslado de comunera mapuche a Hospital de Arauco, tomar resguardos necesarios".

La señora Cayuhán manifiesta que, durante todos los traslados, y durante su permanencia en los hospitales, incluyendo el momento del parto y hasta después del alumbramiento, permaneció engrillada, estando atada a la cama con los grilletes que sujetaban sus pies y que en ningún momento le fueron quitados. Además, manifestó que hizo ingreso a la sala de parto junto con ella personal de Gendarmería de sexo masculino, que permaneció dentro de la habitación y presenció todo el desarrollo del parto, con la finalidad de custodiarla. Fue vigilada permanentemente también durante el proceso de recuperación, incluyendo personal de sexo masculino, estando en todo momento al menos un Gendarme dentro de la habitación donde ella descansaba.

Por estos hechos, la defensa de Lorenza Cayuhán interpuso un recurso de amparo, por transgredirse los de derecho de libertad personal y seguridad individual consagrados en la Constitución y diversos Tratados Internacionales.

Durante la tramitación del recurso de amparo, Gendarmería admitió parcialmente los hechos, confirmando haber efectuado los traslados con la señora Cayuhán sujeta a la medida de seguridad de grilletes, y haberla mantenido atada a la cama con ellos en ciertos periodos de su hospitalización. Entre sus defensas se acompañaron las "Instrucciones de buen servicio sobre Servicios Hospitalarios y Salidas al Exterior" que indica: "Se tendrá por regla general una estricta aplicación de medidas de seguridad, a todas las personas que, por resolución de autoridades competentes, fueren detenidas o privadas de libertad y que se encuentren hospitalizadas en recintos externos a los institucionales".

Preguntas

1. *Identificar los derechos vulnerados en el caso y los titulares de estos.*
2. *¿Existe responsabilidad del Estado? (constatar si efectivamente hay un nexo causal que permita imputarle la violación al Estado).*
3. *¿Puede ser calificado como un caso de discriminación múltiple*
4. *¿Qué medidas se deben adoptar para la protección de los derechos humanos de la víctima?*
5. *¿Qué medidas de reparación podrían solicitarse en este caso?*

VI

LA RECEPCIÓN DEL DIDH EN LOS SISTEMAS NACIONALES

Una materia que es importante tratar es el impacto que está teniendo el sistema normativo internacional de protección de los derechos humanos en los sistemas nacionales. Ello nos debe llevar a preguntarnos ¿cómo se ha insertado en este proceso la incorporación del DIDH a nivel local? Una mirada a los sistemas normativos preocupados de los derechos humanos revela un proceso de convergencia marcado por el paso desde la subsidiariedad del sistema internacional de derechos humanos, hacia una mayor interacción ente ambos sistemas. Así, uno de los fenómenos más relevantes de los últimos treinta años en materia de derechos humanos ha sido la convergencia de dos sistemas normativos que consagran normas y mecanismos de garantía para el pleno goce y ejercicio de los derechos: el DIDH y los sistemas nacionales de jurisdicción constitucional[835]. Dicho proceso de convergencia se basa en una efectiva coordinación entre los mecanismos de protección asociados a cada sistema normativo, de forma tal que cada uno aporte en la consecución de un objetivo común: la efectiva protección de los derechos humanos[836]. Así, vemos que pese a los distintos diseños institucionales de recepción del DIDH en el ámbito interno, una de las principales manifestaciones de la interacción entre este y el derecho interno se da en la jurisprudencia de los tribunales con competencia constitucional, donde se ha pasado desde una recepción formal a una sustantiva de la normativa

835 M. Risso. "Interrelación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 16, pp. 305-328, 2012. [en adelante Risso, 2012)

836 C. Landa. "Jurisdicción constitucional y jurisdicción internacional: cooperación, conflictos y tensiones", en Saiz, A y Ferrer, E., Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial: una visión desde América Latina y Europa, México D. F., Editorial Porrúa, 2012. [en adelante Landa, 2012].

y estándares internacionales en sede interna[837], proceso que finalmente ha reconfigurado la concepción de derechos fundamentales en la región[838].

VI.1. Recepción formal y sustantiva

Una primera etapa en la relación entre el sistema internacional y los sistemas nacionales estuvo marcada por la discusión acerca de la forma de incorporar las normas internacionales en el ámbito interno. Esto ha sido resuelto generalmente mediante decisiones normativas-constitucionales que han resuelto el tema del procedimiento de adopción de obligaciones internacionales y su recepción interna, así como la jerarquía de dichas obligaciones de origen internacional una vez que han sido recepcionadas en el ámbito interno. A partir de este proceso, la visión tradicional sobre la relación derecho interno – derecho internacional giraba en torno a ciertos temas puntuales o ciertos "puntos de contacto". Pero se han dado pasos hacia una convergencia sustantiva entre ambos sistemas[839].

La etapa de incorporación formal ha ido dando paso a una segunda etapa caracterizada por la incorporación de los estándares sustantivos desarrollados en el ámbito internacional para resolver cuestiones internas de los Estado. Esta etapa está marcada por dos procesos: el impacto normativo institucional y el impacto a nivel jurisprudencial. En lo normativo, se ha desarrollado, desde fines de la década de los ochenta, un proceso de transformación constitucional ya sea con el surgimiento de nuevos textos (Brasil 1988, Colombia 1991, Venezuela 1999, Ecuador 2008, Bolivia 2009) o de reforma de los mismo (Argentina 1994, Chile 1989 y 2005, México 2011) o la creación de nuevas instancias jurisdiccionales (Costa Rica 1989). Este proceso ha permitido un debate en profundidad sobre los alcances de esta nueva realidad constitucional. Como el Derecho Internacional no impone un modelo único de recepción de la normativa internacional a nivel nacional, los Estados tiene libertad para optar por el diseño de recepción que estimen pertinente. Esto ha llevado a distintos modelos, tales como, supremacía del DIDH (incluso supraconstitucional), nivel constitucional, supralegalidad, cláusulas interpretativas, interpretación conforme, entre otros diseños constitucionales[840].

Es importante tener en consideración que este proceso ha ido más allá de lo constitucional y explica los procesos de transformación legislativa en materia de

837 La incorporación formal se refiere al proceso mediante el cual la norma de DIDH pasa a tener valor en el ordenamiento jurídico interno, esto es, pasa a ser norma integrante del corpus iuris del Estado. Por su parte, la incorporación sustantiva se basa en la adopción de estándares sustantivos desarrollados por el sistema internacional de derechos humanos para resolver cuestiones institucionales, normativas y jurisdiccionales al interior de los Estados. Ver: C. Nash & C. Núñez. "Recepción formal y sustantiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: experiencias comparadas y el caso chileno", en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 148, pp. 185-231, 2017. [en adelante Nash & Núñez, 2017].

838 Nash, 2010 (supra 89); H. Nogueira. "El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia", en Revista de Estudios Constitucionales, 13(2), pp. 301-350, 2015. [en adelante Nogueira, 2015]

839 Nash & Núñez, 2020 (supra 263).

840 Nash & Núñez, 2017 (supra 837).

procedimientos, estructuras institucionales de justicia, por solo mencionar algunos. Dichas reformas no son neutras, sino que tienen objetivos claros y precisos. Un primer objetivo ha sido obtener una garantía de los derechos y que estos se encuentren al alcance de las personas. Un segundo objetivo es poder desarrollar sistemas nacionales compatibles con los compromisos internacionales de los Estados en materia de derechos humanos (ver tabla 8).

Tabla 8. Recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) al derecho interno

RECEPCIÓN DEL DIDH	
Tipo de recepción	**Descripción**
Recepción formal	Integración de normas de orden internacional al derecho interno como forma de ajustar su ordenamiento jurídico interno a las nuevas exigencias de la sociedad internacional
Recepción sustantiva	Armoniza la aplicación del derecho interno con las normas de derechos humanos a fin de entregar una real garantía a las personas

Fuente: Elaboración propia

Lo interesante es que frente a diversos modelos de recepción constitucional en la región, con soluciones distintas sobre jerarquía de los tratados de derechos humanos, con diferentes sistemas de control constitucional, mecanismos de protección con distinta estructura, la práctica de la recepción del DIDH en el ámbito interno ha ido dando paso a una recepción sustantiva donde las normas internacionales y los estándares desarrollados por los órganos de control tienen un impacto sustancial en el derecho nacional. Son dos los instrumentos que destacan en el análisis comparado para lograr este proceso de recepción sustantiva del DIDH: el bloque de constitucionalidad y el principio pro persona.

En primer lugar, las altas cortes latinoamericanas han utilizado la noción de bloque constitucional de derechos para articular el DIDH y el derecho interno[841], incorporando a la constitucionalidad material (no formal) las normas y principios del DIDH en materia de derechos fundamentales, así como la jurisprudencia de los órganos de protección, con el objeto de servir como baremo de constitucionalidad; para completar el catálogo de derechos y para darle un alcance más amplio y comprehensivo a derechos consagrados constitucionalmente[842].

Por otra parte, en materia interpretativa es necesario recordar que, conforme al Derecho Internacional Público, se deben interpretar las normas en consideración del objeto y fin del tratado (artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los

841 Estudios sobre el bloque de constitucionalidad y su recepción en la jurisprudencia latinoamericana en Nogueira, 2015 (supra 838).

842 Algunos ejemplos de su tratamiento por la jurisprudencia latinoamericana: Corte Constitucional Colombiana. Sentencia de 29 de julio de 1993, C-295/1993; Sentencia de 2 de junio de 2010, C-434/2010. Sala Constitucional de Costa Rica. Sentencia de 29 de octubre de 2004, 12263/2004. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. «Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros». Sentencia de 24 de agosto de 2004. Tribunal Constitucional de Perú. Sentencia de 22 de junio de 2005, 2876-2005-HC.

Tratados), y como ya sabemos, la esencia y base sobre la cual se construye el DIDH es justamente la efectividad en la protección de los derechos humanos, por lo que puede concluirse que la interpretación debe ser siempre a favor del individuo[843]. Este criterio normativo ha sido fundamental para que las autoridades públicas apliquen estándares internacionales a nivel nacional, particularmente en el ámbito jurisdiccional, y también para que los organismos internacionales vayan ampliando y profundizando la normativa internacional a partir de las mejores prácticas a nivel nacional[844].

A través de esta recepción sustantiva se logran satisfacer ciertos principios:

- Cumplir con las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos. Al suscribir los tratados internacionales en esta materia, los Estados se obligan a adoptar todas las medidas necesarias para su cumplimiento de buena fe[845]. Dentro de estas medidas estatales está la obligación de adoptar medidas jurisdiccionales, esto es, que los tribunales adopten medidas tanto en la tramitación de los casos como en la resolución sustantiva de los mismos a la luz del contenido y alcance de los derechos consagrados en los instrumentos internacionales[846].
- Dotar de eficacia a los derechos fundamentales en el ámbito interno. La efectividad de las normas sobre derechos humanos consagradas en los instrumentos internacionales son un estándar normativo sobre derechos individuales que fijan un cierto patrón de conducta al Estado, el que debe ser concretizado en cada caso puntual. Esto obliga a la judicatura a interpretar las normas buscando aquella interpretación que permita a cada persona o grupo protegido por las mismas su pleno goce y ejercicio. En caso de que se establezca alguna limitación, para que esta sea legítima será necesario que se cumplan los requisitos consagrados internacionalmente.
- Respetar la coherencia interna de cada sistema normativo. Un sistema coherente será aquel que permita un ejercicio lógico desde la norma superior a la resolución del caso concreto, pasando por las normas procesales y sustantivas aplicables. Por tanto, la legitimidad de las resoluciones en el ámbito interno está dada por la coherencia de la resolución concreta a las obligaciones constitucionales y a las internacionales[847].

---

843 "El principio pro homine es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria" (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-284/06, párr. 3.2.4).

844 Ver: D. García-Sayán. "Una viva interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos", en La Corte Interamericana de Derechos Humanos Un Cuarto de Siglo: 1979-2004", Secretaría Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José - Costa Rica, 2005. [en adelante García Sayán, 2005]

845 Convención de Viena, 1969 (supra 18). Artículo 26, "Pacta sunt servanda. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe".

846 Artículo 2 de la CADH (supra 51): "Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

847 Esta es una característica propia de los sistemas codificados, construidos sobre la idea de sistematicidad y coherencia lógica. Ver Ruiz-Miguel, 2002 (supra 4).

La aplicación de los estándares internacionales en el ámbito interno no solo es un elemento que «limita» la actividad del Estado, sino que básicamente es un parámetro de legitimidad de dicha actividad. Esto cobra especial relevancia en casos donde la legislación otorga amplios espacios de actuación a los agentes estatales. Incluso en casos donde la ley entrega un espacio de discrecionalidad, por ejemplo, el Tribunal Constitucional[848] como la Corte Suprema chilena[849] han establecido un parámetro único: la discrecionalidad en ningún caso significa descontrol y menos arbitrariedad. Así, para definir cuál es la base de dicho control y cuál es el límite de la discrecionalidad para que no constituya arbitrariedad, los derechos humanos cumplen un rol fundamental, en particular aquellos que provienen de fuentes internacionales. La consecuencia de esta función objetiva es que los derechos humanos dejan de ser solo límites a la actividad estatal para pasar a constituir una fuente de legitimación de dicha actividad por parte de las autoridades estatales, aun en espacios tradicionalmente revestidos de amplios espacios de discrecionalidad.

En definitiva, esta nueva realidad que se crea con la incorporación de la normativa internacional al ámbito interno es fundamental, ya que se complejiza y amplía la base normativa sobre la cual se desarrolla y legitima la actividad del Estado. Por cierto, la base normativa se complejiza, ya que queda compuesta por normas internas de origen nacional y normas internas de origen internacional, pero ambas aplicables en el ámbito nacional.

VI.2. Usos del DIDH en el ámbito nacional

Para analizar los usos que la jurisprudencia nacional le ha dado al DIDH se debe entender de manera amplia, es decir, como el conjunto de tratados, declaraciones y la práctica normativa de los tratados que surge de su aplicación por parte de los órganos internacionales de derechos humanos[850]. Asimismo, se deben tener a la vista sentencias nacionales que realizan un uso sustantivo del DIDH, es decir, aquellas en que su utilización sea determinante para la resolución del caso y no aquellas resoluciones en que la mención al DIDH es descriptiva o enunciativa[851].

848 Tribunal Constitucional. Rol No.198-1995, 4 de enero de 1995, considerando 10°; Rol No.2026-2011, 14 de agosto de 2012, considerando 15°.

849 "Que la potestad discrecional es una herramienta de la autoridad administrativa que se caracteriza por otorgar un margen de libertad para decidir de una manera u otra, sin que su actuar se encuentre determinado previamente por una regla contenido en una norma jurídica. No obstante ello, la discrecionalidad jamás puede invocarse para encubrir una arbitrariedad que prive, perturbe o amenace los derechos fundamentales de alguna persona [...]. Del mismo modo, el Derecho Internacional Humanitario ha fijado ciertos parámetros sobre los cuales los Estados parte deben ejercer la potestad de denegar el ingreso al país de un extranjero. Así, aunque en principio el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" (Corte Suprema, rol No.11521-2014, 12 de junio de 2014, considerando 5°).

850 Respecto a la jurisprudencia, esta última es asumida con valor de lo que la doctrina llama «cosa interpretada» cuando el Estado no ha sido condenado por la jurisprudencia en cuestión. Sobre la diferencia entre res judicata y res interpretata ver E. Ferrer Mac-Gregor. "Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia los pares (res judicata) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (res interpretata) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay)", en Revista de Estudios Constitucionales, 12(2), 641-694, 2014. [en adelante Ferrer Mac-Gregor, 2014], At. 642-694.

851 Los casos que sustentan estos diversos usos, pueden ser consultados en Nash & Núñez, 2020 (supra 263)..

- **Concreción de principios constitucionales y legales**. La existencia de principios o conceptos jurídicos indeterminados en las leyes y constituciones es una constante en los ordenamientos jurídicos[852]. Para su aplicación deben ser concretizados a través del ejercicio interpretativo que realizan los tribunales y en este esfuerzo cumple un rol relevante el DIDH. Un ejemplo clásico de este fenómeno es el debido proceso. Así, en el caso chileno este derecho está consagrado de manera genérica en el artículo 19 No.3 de la Constitución Política (principio de un «procedimiento racional y justo»), de manera tal que la jurisprudencia nacional ha concretado este principio especificando las garantías que lo componen a la luz del DIDH. Así ocurre también con el principio del interés superior del niño y la presunción de inocencia.
- **Interpretación de derechos consagrados constitucional y legalmente para dotarlos de contenido y alcance**. Las cláusulas constitucionales y muchas de rango legal se caracterizan por su amplitud e indeterminación. Los derechos fundamentales contenidos en la Constitución Política e incluso aquellos reconocidos a nivel legal no escapan de estas características[853]. En estos casos, la jurisprudencia nacional ha utilizado el DIDH para especificar el alcance de las garantías que componen el proceso racional y justo. Así ha ocurrido con la garantía del juez imparcial, donde se ha recurrido a la jurisprudencia de la Corte IDH para identificar las vertientes de la imparcialidad objetiva y subjetiva. Así ocurre también con el derecho al recurso y la concreción de sus características, tales como la accesibilidad o el alcance de la doble instancia.
- **Interpretación de derechos para configurar uno nuevo o con un nuevo contenido**. Otro uso ha sido utilizar los estándares internacionales para fijar el contenido y alcance de los derechos ya consagrados, pero dotándolos de una mejor protección. Una forma de hacerlo ha sido dotar de un contenido nuevo a un derecho consagrado constitucionalmente. Un ejemplo claro de este uso del DIDH lo encontramos en materia penal, específicamente respecto del derecho de defensa en Chile. En efecto, el artículo 19 No.3 de la Constitución Política de la República consagra el derecho a la defensa técnica en términos formales y este contenido debe ser actualizado en atención a los desarrollos del DIDH. Siguiendo en materia penal, otro ejemplo es el derecho a un plazo razonable como parte del debido proceso. Lo mismo ocurre en el caso del derecho a indemnización por error judicial, respecto del cual la Corte Suprema ha entendido que por integración

852 Como destaca Guastini, «gran parte de las disposiciones constitucionales sustantivas utilizadas por los jueces constitucionales en las decisiones sobre la legitimidad constitucional de las leyes, no expresan reglas precisas, sino principios generales, los cuales exigen: por un lado, un proceso de concretización, para ser aplicados a controversias concretas» (R. Guastini. Teoría e ideología de la interpretación constitucional. Madrid: Editorial Trotta, 2008. [en adelante Guastini, 2008], At. 73).

853 Desde esta perspectiva, «las disposiciones constitucionales de derechos fundamentales se configuran como normas incompletas o abiertas susceptibles de ser "especificadas" o "rellenadas" con los contenidos de los tratados de derechos humanos» (P. Cuenca. "La incidencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española". Revista de Estudios Jurídicos, No.12, 2012, pp. 1-24. [en adelante Cuenca, 2012], At. 4).

de las normas internacionales sobre derechos humanos comprende también la indemnización en casos de auto de procesamiento o prisión preventiva dictada erróneamente, y que no se extiende únicamente a casos de condenas firmes. En cuanto a la integración para configurar nuevos derechos, destaca principalmente la jurisprudencia referida al derecho a la identidad. Asimismo, mediante la técnica de la integración normativa también se ha realizado un reconocimiento implícito al derecho a la identidad de género, lo que ha permitido el cambio de sexo registral para personas transgénero.

- **Solución de lagunas para el ejercicio jurisdiccional**. El DIDH también ha sido utilizado por los tribunales superiores de justicia para dar respuesta a situaciones no previstas en el derecho interno. Considerando el mandato de inexcusabilidad de los tribunales superiores de justicia, los tribunales nacionales han incorporado derechos al catálogo constitucional que no se encuentran contemplados. Así ha ocurrido, por ejemplo, con el derecho al recurso, la existencia del derecho al agua o el derecho a una vivienda digna.
- **Inaplicabilidad de normas que incumplen las obligaciones internacionales del Estado**. Este es el uso más intenso del DIDH en el ámbito interno. Pese a no encontrarnos en sede de jurisdicción constitucional (es decir, en un proceso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad o frente a una acción de inconstitucionalidad), las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema han utilizado el DIDH para dejar de aplicar una norma incompatible con las obligaciones internacionales del Estado, de manera de cumplir con el mandato convencional[854]. Esto ha ocurrido principalmente en casos vinculados con violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos. En este sentido, la jurisprudencia nacional ha hecho referencia a la existencia de una Constitución material que incorpora estas obligaciones para el Estado por mandato del artículo 5 de la Constitución[855]. Asimismo, en otro hito de recepción sustancial del DIDH en la materia, las cortes nacionales se han referido a la obligación del Estado de reparar a las víctimas de violaciones de derechos humanos.
- **Limitación de los derechos fundamentales**. Finalmente, otro uso que se le ha dado al DIDH ha sido la importación de sus mecanismos de determinación de límites de los derechos desde la perspectiva normativa o argumentativa. Desde la perspectiva normativa destacan principalmente casos referidos al derecho

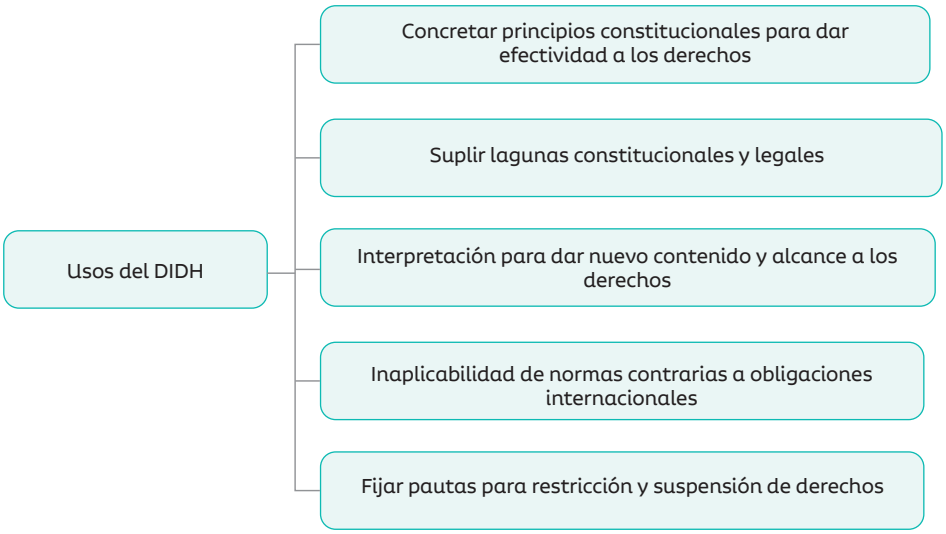
854 La posibilidad de conocer y fallar en este sentido se explica por la posibilidad que presentan estos casos de realizar una interpretación armónica de la legislación aplicando directamente la norma internacional (cuando esta es lo suficientemente específica para permitir su aplicación directa).

855 «En definitiva los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos. Esta obligación no sólo deriva del mentado artículo 5°, sino también del 1°, incisos primero y cuarto, y 19, No.26°, de la Carta Magna y de los mismos tratados internacionales, entre éstos del artículo 1° común a los Cuatro Convenios de Ginebra, que establece el deber de los Estados Partes de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario [...]». Corte Suprema, rol No.1528-2006, 25 de enero de 2008, considerando 43.

de libertad de expresión. Asimismo, la normativa de la CADH ha sido utilizada para determinar la improcedencia de la censura previa en materia de libertad de expresión, incorporando el estándar de las responsabilidades ulteriores. Un caso particularmente importante destaca en el ámbito penitenciario.

Estos usos han permitido, en definitiva, dar una mejor protección a los derechos, coherencia al ordenamiento jurídico y cumplir con las obligaciones internacionales de los Estados. Si bien esta senda ha sido progresiva y es una tendencia que va en aumento, no es posible sostener que nos encontremos ante una aplicación generalizada del DIDH, sino más bien que su uso es sostenido y se ha extendido a materias que antes no eran abordadas con una perspectiva de derechos humanos (ver figura 18). Sigue pendiente la inclusión del principio pro persona y los parámetros referidos a la no discriminación.

Figura 18. Usos del Derecho Internacional de los derechos Humanos (DIDH).



Fuente: Elaboración propia

VI.3. El control de convencionalidad (CC)

Una mención particular en este proceso de convergencia entre la protección nacional es internacional de los derechos humanos es la figura del *Control de Convencionalidad*. El control de convencionalidad puede ser desarrollado en dos ámbitos: en el ámbito nacional e internacional[856]. En la esfera internacional, es la Corte Interamericana de Derechos Humanos quien ejerce el control de convencionalidad propiamente

856 Un buen desarrollo de este tema en: Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, en particular, el voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

tal, esto es, un control que permite la expulsión de las normas contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) a partir de los casos concretos que se someten a su conocimiento[857]. En el ámbito interno, el control de convencionalidad es el realizado por los agentes del Estado y, principalmente, por los operadores de justicia (jueces, fiscales y defensores) al analizar la compatibilidad de las normas internas con la CADH. Sin embargo, las consecuencias de este análisis dependen de las funciones de cada agente estatal y, por tanto, esto no implica necesariamente la facultad de expulsar normas del sistema interno[858]. A lo que sí están obligados a hacer los jueces y todos los funcionarios del Estado es a interpretar las normas internas de forma tal que sean compatibles con las obligaciones internacionales del Estado y les den efectividad a los derechos consagrados interna e internacionalmente, sea por vía de preferencia de la norma internacional, mediante un ejercicio hermenéutico o por otras vías que pudiera establecer el derecho interno.

Con base en el artículo 2 de la CADH, es obligación del Estado adoptar todas las medidas necesarias para dar efectividad a los derechos en el ámbito interno, esto implica que, junto con medidas legislativas, son necesarias medidas administrativas, políticas públicas y también judiciales. Así la Corte Interamericana ha señalado que "con independencia de las reformas legales que el Estado deba adoptar, deviene imperativo que las autoridades ajusten su interpretación normativa a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal, los que han sido reiterados en la presente Sentencia"[859].

En cuanto a su naturaleza jurídica, el control de convencionalidad, en el ámbito interno, es una figura que viene a concretar la obligación de garantía, mediante un ejercicio hermenéutico que consiste en la verificación que realiza la Corte

857 Ver: Corte IDH. Barrios Altos vs. Perú, 14 de marzo de 2001, párrs. 41 a 44; Corte IDH. Almonacid Arellano y otros vs. Chile, 26 de septiembre de 2006, párr. 105 a 114; Corte IDH. La Cantuta vs. Perú, 29 de noviembre de 2006, párr. 167 y ss; Corte IDH. De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, 24 de noviembre de 2009, párrs. 129 a 131; Corte IDH. Gelman vs. Uruguay, 24 de febrero de 2011, párr.238-239.

858 Esto se reafirma cuando Sergio Ramírez en su voto razonado en el "Caso Trabajadores cesados del congreso vs. Perú" sujeta la obligación de realizar el control de convencionalidad al sistema normativo de los Estados: "Si existe esa conexión clara y rotunda --o al menos suficiente, inteligible, que no naufrague en la duda o la diversidad de interpretaciones--, y en tal virtud los instrumentos internacionales son inmediatamente aplicables en el ámbito interno, los tribunales nacionales pueden y deben llevar a cabo su propio "control de convencionalidad". Así lo han hecho diversos órganos de la justicia interna, despejando el horizonte que se hallaba ensombrecido, inaugurando una nueva etapa de mejor protección de los seres humanos y acreditando la idea --que he reiterado-- de que la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, pero no sustituto, el internacional" (párr.11).
La Corte ha dicho que la expulsión de una norma es excepcional: "Ante la extrema amplitud con que esta sentencia interpreta el tipo penal, cabe formular dos preguntas: (a) si el tipo penal viola en realidad el principio de legalidad estricta o (b) si es incorrecta la interpretación que del tipo hizo la Corte Suprema. En cuanto a lo primero, esta Corte no puede apartarse de lo que es regla en la jurisprudencia de todos los máximos tribunales de nuestros países, que reiteran –al igual que la doctrina constitucional- que la declaración de inconstitucionalidad es un recurso extremo, una "última ratio", cuando la ley resulta contraria a un precepto constitucional en forma irremisible, no admitiendo ninguna interpretación compatible con el principio o norma superior invocado. De esta regla de elemental prudencia no puede apartarse esta Corte cuando se trata del control de convencionalidad, atendiendo a la gravedad de la declaración que implica descartar una norma legal, lo que puede dar lugar a vacíos legislativos de gravísimas consecuencias, en particular cuando se trata de la tipificación de delitos de extremo contenido antijurídico" (Corte IDH. Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de octubre de 2016. Serie C No. 319, párr. 224).

859 Corte IDH. Caso Olivares Muñoz y otros Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de noviembre de 2020. Serie C No. 415, párr. 173.

IDH y todos los agentes estatales, de la adecuación de las normas jurídicas internas a la CADH y a los estándares interpretativos desarrollados en la jurisprudencia de dicho tribunal, aplicando en cada caso concreto aquella interpretación que se ajuste a las obligaciones internacionales del Estado y dé efectividad a los derechos consagrados convencionalmente[860]. Esta obligación de garantía a que hacemos referencia se traduce en el deber que asume el Estado de organizar todo el aparato de poder público para permitir el pleno y efectivo goce y ejercicio de los derechos y las libertades que se les reconocen en la CADH[861].

El control de convencionalidad encuentra su fundamento en las fuentes normativas de las cuales emanan las obligaciones de los Estados, a través de la lectura conjunta de los artículos 1.1, 2 y 29 de la CADH. De la lectura integrada de dichos artículos se desprende que la protección de los derechos humanos debe ser guía en la actuación de los Estados y que éstos deben tomar todas las medidas para asegurar el respeto, protección y promoción de dichos derechos. Desde esta comprensión se ha desarrollado la figura del control de convencionalidad, entendida como la obligación que tienen las autoridades estatales, principalmente la judicatura, de cada uno de los Estados Partes de efectuar no sólo un control de legalidad y de constitucionalidad en los asuntos de su competencia, sino de integrar en el sistema de sus decisiones las normas contenidas en la CADH y otros instrumentos internacionales y los estándares desarrollados por la jurisprudencia[862].

Asimismo, la necesidad de realizar un control de convencionalidad de las normas (ver figura 19) emana de los principios del derecho internacional público. En particular, el principio de *ius cogens* del "*pacta sunt servanda*", consagrado en el

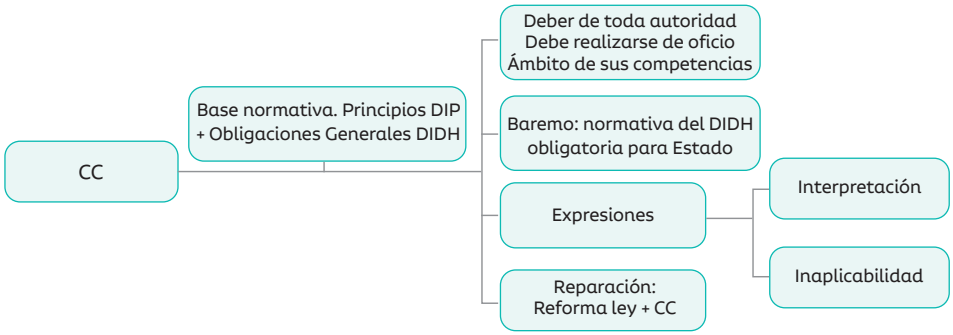
860 Estaríamos, en consecuencia, ante lo que Ferrajoli ha llamado una "garantía negativa secundaria" que consiste en "la anulación o en la desaplicación de las normas legales contrarias a las normas constitucionales y que violan, por tanto, su garantía negativa primaria" (no producir normas legales que violen o deroguen normas constitucionales), ver: L. Ferrajoli. "La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos". En: Ferrajoli, Moreso, Atienza. La teoría del derecho en el paradigma constitucional. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, pp. 117-132. [en adelante Ferrajoli, 2008], At. 98.

861 "Esta obligación (garantía) implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos" (Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr.166). Asimismo, cabe destacar que la realización de un control de convencionalidad como concreción de la obligación de garantía, puede ser extendido al control de otros instrumentos internacionales, (Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250, párr. 262).

862 "Asimismo, cuando un Estado es parte de tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, dichos tratados obligan a todos sus órganos, incluido el poder judicial, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana" (Corte IDH. Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 328, párr. 289).

Convenio de Viena sobre derecho de los tratados como la obligación que tienen los Estados de dar cumplimiento a los tratados de los que son parte[863], da cuenta del compromiso que deben tener los Estados que han suscrito la CADH, de realizar un control de convencionalidad con el propósito de cumplir con el mandato de protección de los derechos fundamentales. Este imperativo de derecho internacional público debe ser cumplido de buena fe por parte de los Estados[864]. Emana también de los principios del derecho internacional público, el hecho de que los Estados no pueden invocar disposiciones de derecho interno como fundamento para dejar de cumplir compromisos internacionales[865]. En este sentido, la Corte IDH ha reafirmado que la obligación de tomar todas las medidas necesarias para dar un goce pleno y efectivo a los derechos y libertades consagrados en la Convención incluye la de adecuar la normativa no convencional existente[866].

Figura 19. Esquema para la implementación del Control de Convencionalidad (CC) de la normativa del DIDH en el ámbito interno.



Fuente: Elaboración propia

VI.4. Las sentencias estructurales y DIDH

Las violaciones estructurales, por la complejidad y variedad de elementos constitutivos, impone a los distintos mecanismos protección el deber de tomar medidas efectivas que pueden entrar en tensión con la estructura tradicional de poder o al menos con la interpretación que de ella tenemos. Frente a casos de discriminación estructural, cada medida estatal debe ser evaluada por la forma

863 Ver: Convención de Viena, 1969 (supra 18), artículo 26.
864 Esta misma argumentación en torno al fundamento del control de convencionalidad en las normas del derecho internacional público, ha sido recogida por la Corte IDH en el caso Almonacid Arellano Vs. Chile, 26 de septiembre de 2006, párr. 125.
865 Convención de Viena, 1969 (supra 18), artículo 27.
866 Corte IDH. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (artículos 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), 9 de diciembre de 1994.

en que esta aporta a la superación de la discriminación. Las medidas jurisdiccionales no escapan a este escrutinio. De ahí que, en la experiencia comparada, las sentencias judiciales han jugado un rol relevante para enfrentar estas violaciones complejas de derechos humanos ya que en estas el uso del DIDH y las legislaciones nacionales ha sido fundamental para avanzar en una mejor protección de los derechos de grupos históricamente discriminados.

El profesor Osuna nos aclara de qué hablamos cuando hacemos referencia a las sentencias estructurales:

> En esas coordenadas se inscriben las "sentencias estructurales" o "macrosentencias", por medio de las cuales los jueces hacen un importante esfuerzo para darle efectividad a los enunciados constitucionales, cuando constatan la existencia de desconocimientos generalizados, recurrentes y graves a los derechos humanos, frente a los cuales esos propios jueces han comprobado, por su experiencia, que hay unas causas estructurales (de ahí el nombre de las sentencias) que de modo sistemático producen ese déficit de derechos humanos, y que los casos que llegan a sus despachos, si se resuelven apenas como remedios individuales, no logran subsanar la problemática que se advierte en cada uno de los expedientes.[867]

Las sentencias estructurales no son una invención de la jurisprudencia de la Corte IDH ni de la jurisprudencia latinoamericana. El denominado "litigio estructural" o de "interés público" se ha extendido en Latinoamérica ante las cortes nacionales[868] y tiene sus antecedentes en el derecho anglosajón[869]. A través de las *structural injuctions* las Cortes de EE.UU. persiguen concretar la reorganización de una institución social y reparar a través de dicha reforma organizacional el daño que las propias agencias públicas pueden producir al violar los derechos constitucionales. Podemos resumir las características de las *injunctions* estructurales en una medida judicial que no tiene carácter individual, sino colectivo, en casos en que las instituciones no aplican el estándar constitucional frente a problemas complejos que son resistentes a procesos políticos[870].

---

867 N. Osuna. "Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia", en Bazán (ed.). Justicia constitucional y derechos fundamentales: La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales, Colombia, Konrad Adenauer, pp. 91-116, 2015. [en adelante Osuna, 2015], At. 92.

868 Véase, entre otros: P. Bergallo. B "Justicia y experimentalismo: la función remedial del Poder Judicial en el litigio público en Argentina", en Seminario SELA (Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional y Política), 2005. [en adelante Bergallo, 2005]; C. Rodríguez & D. Rodríguez. Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJusticia, 2010. [en adelante Rodríguez C. & Rodríguez D., 2010].

869 El caso más citado en la materia es la sentencia de la Suprema Corte en el tema de segregación racial: Brown vs. Bd. of Educ. (Brown I), 347 U.S. 483, 495 (1954). Un completo análisis en O. Fiss. "The Civil Rights Injunction", en Addison Harris Lecture. 7. 1978. [en adelante Fiss, 1978]. Disponible en: https://www.repository.law.indiana.edu/harris/7> [consulta: 05 de julio de 2018]; R. Weaber. "Remedies discussion forum: The Rise and Decline of Structural Remedies", en San Diego L. Rev., Vol. 41, pp. 1617-1632, 2004. [en adelante Weaber, 2004]; y E. Chiang. "Reviving the Declaratory Judgment: A New Path to Structural Reform", en Buffalo L. Rev., vol. 63, pp. 549-608, 2015. [en adelante Chiang, 2015].

870 Fiss, 1978 (supra 869); Chiang, 2015 (supra 869), At. 553-557.

En otras latitudes, destacan experiencias más amplias de protección jurisdiccional en casos de violaciones estructurales de derechos. Así, la jurisprudencia de la Corte Suprema de la India es interesante como una expresión de protección que no solo tiene una naturaleza correctiva, sino que transformadora[871]. Otro ejemplo relevante es el de la Corte Constitucional Sudafricana, que ha desarrollado el litigio público en materia de derechos económicos sociales y culturales[872]. El caso más conocido es uno vinculado al derecho a la vivienda en el cual la Corte Constitucional estableció como insuficiente solo declarar el derecho de los peticionarios y estableció un procedimiento de cumplimiento[873].

Este enfoque de la labor jurisdiccional que buscar una respuesta efectiva en casos de violaciones estructurales de derechos humanos, particularmente, aquellas con base en desigualdad estructural, también se ha desarrollado en el ámbito internacional. Tal como ha establecido la Corte IDH, en casos de discriminación siempre hay una infracción convencional, sea por violación del artículo 1.1 CADH, si es un derecho convencional el violado o del 24 convencional, en caso de que la discriminación viole un derecho de origen nacional[874]. Así, desde el caso *Campo Algodonero,* la Corte ha establecido que la violencia sufrida por las mujeres se insertaba en un contexto de violencia que tenía como base una situación de discriminación estructural[875] y que ello demandaba determinado deber de diligencia al Estado. La Corte analizó las medidas que el Estado adoptó para cumplir con su obligación de garantizar, específicamente, con su deber de prevención[876]. Al efecto, señaló que el Estado no responde ilimitadamente por actos de privados, pero en caso de que tenga conocimiento "de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado"[877] la ineficacia en su actuar acarrea su responsabilidad internacional. En el caso concreto, la Corte estableció que las autoridades estatales tenían pleno conocimiento de la gravedad, extensión y complejidad de la violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez

871 S. Gadkar-Wilcox. "Revisiting equity jurisprudence in a comparative context: learning from India's interpretative framework", en Wash. U. Global Stud. L. Rev., Vol.15, pp. 316-351, 2016. [en adelante Gadkar-Wilcox, 2016], At. 316-35.

872 D. Hirsch. "A Defense of Structural Injunctive Remedies in South African Law", en Or. Rev. Int'l L., Vol. 9, pp. 3-66, 2007. [en adelante Hirsch, 2007]; R. Gutiérrez. El amparo estructural de los derechos. Tesis Doctoral, Doctorado en Derecho y Ciencia Política Universidad Autónoma de Madrid. Madrid, España, 2016. [en adelante Gutiérrez, 2016], At. 289-318.

873 Grootboom vs. Oostenberg Municipality 2000 (3) BCLR 277 (C) (S. Afr.).

874 Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 335.

875 Corte IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 450.

876 "De todo lo anterior, se desprende que los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. Todo esto debe tomar en cuenta que en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará (...)" (Corte IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 258).

877 Corte IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 280.

y, a juicio de la Corte, no (i) adoptó medidas de prevención efectivas que redujeran los factores de riesgo para las mujeres[878], ni (ii) medidas "razonables, conforme a las circunstancias que rodeaban a los casos, para encontrar a las víctimas con vida"[879]. Además, la Corte se pregunta por la obligación del Estado de adoptar, ya no sólo medidas de debida diligencia en materia de prevención, sino que, en caso de ocurrir la violación de derechos, se refiere también a la obligación de adoptar medidas de debida diligencia estricta[880].

De esta forma, las violaciones estructurales también tienen impacto en materia de reparaciones. Un ejemplo muy explícito de este vínculo entre discriminación estructural o sistémica y medidas de reparación es la postura de la Corte en el sentido de señalar que en estos casos las reparaciones no deben buscar restituir a la persona al estado anterior a la violación (contexto discriminatorio), sino que estas medidas deben tener una "vocación transformadora" de dicha realidad[881]. Si la Corte sólo dispusiera medidas restitutorias y compensatorias en casos estructurales, la protección de los derechos humanos se volvería ineficaz, toda vez que permanecerían las circunstancias en las que se produjo la violación, lo que genera no sólo un daño a la víctima –al verse amenazada nuevamente por dichas circunstancias- sino también legitimaría situaciones que dan cuenta de un Estado que no se hace cargo de sus obligaciones en materia de derechos humanos[882].

Consecuencialmente, en el ámbito internacional, son dos los criterios de efectividad. Por una parte, las medidas deben ser capaces de restituir a las personas en el goce y ejercicio de sus derechos. Por otra, en casos estructurales, las medidas deben apuntar a erradicar las bases donde se sustentan las violaciones de derechos. En ambos niveles, la diligencia es de escrutinio estricto y deben ser evaluadas por su capacidad de superar las situaciones de violaciones estructurales.

---

878 Corte IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 279

879 Corte IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 284.

880 Corte IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 283.

881 "[...]. 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 sustitutivo sino también correctivo. En este sentido, no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación [...]" (Corte IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 450).

882 A Chile la Corte IDH le señaló esta obligación de reparación con vocación transformadora en el año 2012 a partir de un caso sobre discriminación por orientación sexual con base en una sentencia de la Corte Suprema: "La Corte resalta que algunos actos discriminatorios analizados en capítulos previos se relacionaron con la reproducción de estereotipos que están asociados a la discriminación estructural e histórica que han sufrido las minorías sexuales, particularmente en cuestiones relacionadas con el acceso a la justicia y la aplicación del derecho interno. Por ello, algunas de 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 hacia cambios estructurales que desarticulen aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación contra la población LGTBI" (Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 267).

VI.5. Tendencias regionales

Finalmente, es relevante considerar que este proceso de convergencia entre la protección nacional e internacional ha permitido el surgimiento de nuevos actores relevantes y procesos sustantivos. Así, a nivel regional, son tres los componentes de esta oleada.

- Por una parte, la *cuantitativa*. Son cada vez más los casos que llegan al sistema interamericano, la amplia puerta de entrada al sistema que configura el artículo 44 de la Convención permite un acceso expedito y que las personas están utilizando; este proceso a nivel del sistema europeo es aún mayor con el acceso directo a la Corte (con una serie de problemas asociados).
- El segundo elemento es *cualitativo*, cada vez nos encontramos con casos que no corresponden sólo a afectaciones al derecho a la vida o la integridad personal, sino que comienzan a presentarse casos de mayor sofisticación (por ejemplo, en libertad de expresión).
- El tercer elemento, es *subjetivo*, son cada vez más los actores que están pensando en el sistema; ya no son sólo un par de organizaciones internacionales las que presentan casos (tradicionalmente Cejil y Human Rights Watch), sino que nuevos actores se incorporan. Uno en particular me interesa destacar; la acción a nivel internacional de instituciones dependientes del Estado (defensorías nacionales en el caso latinoamericano).

Conclusiones

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

Esta convergencia entre la protección nacional e internacional ha tenido importantes consecuencias en una visión robusta del Estado de Derecho en la región. Así podemos caracterizar este Estado de Derecho ampliado:

- En primer lugar, destacamos entre sus características la fuerza renovada de la Constitución (normativa, no programática) y la redefinición de los poderes en función de los fines del Estado; muchas veces auxiliado y complementado por el DIDH. En virtud de la fuerza normativa de la Constitución se entiende que las normas

que la componen son vinculantes y tienen un contenido que las hace exigibles. En este sentido LANDA señala: "[a]sí, la fuerza normativa de la Constitución fundada en el principio de la supremacía constitucional (...) no es sólo un cambio de posición jerárquica de las normas, sino que lleva a replantear la manera de entender el Derecho, la jurisprudencia, la propia jurisdicción y el rol de la judicatura"[883].

- En segundo término, distinguimos dentro de sus características, la promoción de un sistema robusto de derechos fundamentales basado en los sistemas constitucional e internacional; en donde la normativa, la hermenéutica y la praxis judicial interactúan tanto en sede constitucional como internacional. En la configuración de esta concepción robusta de derechos humanos, el sistema internacional de derechos humanos tiene un rol fundamental, no sólo porque complementa los contenidos de los catálogos con otros derechos, sino porque también aporta estándares para su correcta interpretación[884].
- También destacamos en un Estado constitucional ampliado la necesidad de protección jurisdiccional de los derechos. Esta garantía está guiada por una idea básica: los mecanismos de control y protección con base constitucional e internacional deben buscar la efectividad de los derechos. En este sentido, resulta interesante lo planteado por la Corte Constitucional de Colombia sobre el rol del juez en un Estado social y democrático: "...se requiere, entonces, una acción conjunta dentro de la jurisdicción que imprima un sentido de unidad no sólo en la interpretación sino en la aplicación del conjunto normativo existente, a la luz de los principios y valores que emanan de la Constitución, cuya finalidad, en sí misma, ha de ser la prevalencia y eficacia de los derechos y garantías de los asociados"[885].
- Por último, se ha destacado como elemento clave, el rol de la sociedad civil. La construcción de un Estado social y democrático ampliado reconoce, en la sociedad civil un sujeto relevante para plantear nuevos derechos y reconfigurar los clásicos. También para activar los mecanismos jurisdiccionales y no jurisdiccionales y, para supervisar a la autoridad y a los propios órganos de control y protección; en definitiva, para hacer efectivos los derechos. En este sentido, se plantean áreas en las cuales la participación ciudadana es importante: el acceso a la justicia individual y también de manera colectiva; la elección y crítica a los órganos legislativos; el desarrollo del proceso constituyente y legislativo; también el control ciudadano del gasto público como forma de controlar la efectividad de las políticas sociales; el acceso a la información pública; entre otras[886].

---

883 C. Landa. La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales, ponencia presentada en la II Reunión de Trabajo del Grupo de Estudios en Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional, Montevideo-Uruguay, Julio 2010. [en adelante Landa, 2010], At. 25.

884 G. Pisarello: "El Estado Social como Estado Constitucional: mejores garantías, más democracia", en Víctor Abramovich et. al. (comp.), Derechos Sociales. Instrucciones de uso, México, Fontamara, 2006. [en adelante Pisarello, 2006].

885 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU 846-00.

886 Pisarello, 2006 (supra 884), At. 112-124.

JURISPRUDENCIA - 1

ÓRGANO: *Corte Interamericana de Derechos Humanos*

"La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana".

CASO

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

JURISPRUDENCIA - 2

ÓRGANO: *Corte Interamericana de Derechos Humanos*

"En relación con lo anterior, la Corte recuerda que el control de convencionalidad ha sido concebido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal. El control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados. Los jueces y órganos judiciales deben prevenir potenciales violaciones a derechos humanos reconocidos en la Convención Americana, o bien solucionarlas a nivel interno cuando ya hayan ocurrido, teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana. Solo en caso contrario pueden ser considerados por ésta, en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad. En ese sentido, un adecuado control de convencionalidad a nivel interno fortalece la complementariedad del Sistema Interamericano y la eficacia de la Convención Americana al garantizar que las autoridades nacionales actúen como garantes de los derechos humanos de fuente internacional".

CASO

Corte IDH. Caso Urrutia Laubreaux Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2020. Serie C No. 409, párr. 93.

Caso jerarquía entre normas

Artículo 5 inc. 2º Constitución 1980 (Chile)

La soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Artículo 15.1 propuesta constitucional 2022 (Chile)

Los derechos y las obligaciones establecidos en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes en Chile, los principios generales del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional consuetudinario de la misma materia forman parte integral de esta Constitución y gozan de rango constitucional..

Preguntas

1. *¿Qué diferencias existen en materia de jerarquía entre las dos normas?*
2. *¿Cuál diseño constitucional ofrece una mejor base para una recepción sustantiva de derechos humanos?*

VII

TEMÁTICAS AFINES AL DIDH

En esta sección del Curso se analizan algunas materias que han ido surgiendo desde la praxis de la protección de los derechos humanos, tanto a nivel nacional como internacional y que han tenido un impacto relevante en el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Este proceso da cuenta de la riqueza del proceso de convergencia entre la práctica de la protección de los derechos humanos y los desarrollos teóricos en la materia, donde no es posible pensar uno sin la aportación del otro en la confluencia de esfuerzos por dotar a la praxis de un sustento teórico adecuado y a la reflexión académica de una conexión con la realidad que le permita ir más allá de la mera especulación científica.

Hemos tenido oportunidad en los distintos temas tratados en este Curso de ver cómo van surgiendo temas que complementan, actualizan y profundizan las materias tradicionales de protección de derechos humanos, como son el desarrollo de una nueva visión de las categorías de derechos, la irrupción de los derechos colectivos, la profundización en los alcances de la obligación de respecto, la obligación de reparación, nuevos diseños institucionales para proteger los DD.HH. a nivel internacional, nuevos temas en el impacto del DIDH a nivel nacional, el control de convencionalidad, entre otros. Sin embargo, hay otras temáticas que tienen ciertos contornos particulares que obligan a un análisis separado.

A continuación, se han seleccionado algunos de los temas afines con la protección internacional de los derechos humanos que han estado presentes en la discusión teórica y práctica de derechos humanos. En cada área temática se busca situar en qué parte de la estructura general del DIDH se ubica la discusión, las

particularidades del tema desde una perspectiva de DIDH y reseñar las aportaciones del tema al debate teórico de los derechos humanos.

Los temas por tratar son: justicia transicional, violaciones estructurales y protección jurisdiccional, migración, corrupción y, finalmente, autoritarismos y protesta social. No son los únicos, pero sí son parte de los más relevantes durante las últimas décadas y lo siguen siendo en la actualidad.

VII.1. Justicia transicional

El tema de la transición desde sistemas autoritarios a sistemas democráticos de gobierno ha sido una de las materias centrales de preocupación para el derecho internacional de los derechos humanos[887]. De hecho, el desarrollo de la normativa internacional y de los mecanismos de protección de los derechos humanos han estado estrechamente vinculados con el tema sobre la mejor forma de enfrentar casos de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos. Esta materia ha tenido un desarrollo relevante a partir del inicio de los procesos de transición a la democracia en América Latina a mediados de los ochenta y luego su expansión a Europa Oriental y Sudáfrica en la década del '90 y en parte de África y Asia en años recientes[888].

Las sociedades pueden vivir diversos momentos en su historia y uno de los más complejos es el paso desde regímenes autoritarios a sistemas democráticos. Las violaciones de derechos humanos en estos contextos pasan a ser un tema que debe enfrentar la sociedad en su conjunto, pero el camino para hacerlo estará marcado por diversos factores de orden político, social, histórico, entre otros. A partir de la experiencia comparada, los objetivos propios de todo proceso de transición en materia de derechos humanos serán: reparar los daños ocasionados a las víctimas de las violaciones de sus derechos fundamentales y prevenir la repetición de estos hechos en el futuro. Los medios para obtener estos objetivos serán el conocimiento de la verdad e impartir justicia, así como el diseño de una política de reparaciones a las víctimas de violaciones de derechos humanos. A su vez, los instrumentos para lograr estos objetivos han sido variados, la verdad ha sido buscada a través de mecanismos no jurisdiccionales, principalmente "comisiones de verdad" con distintas características; en el campo de la justicia los esfuerzos se han centrado en nuestra región en la justicia punitiva; las reparaciones se han buscado a través de medidas tomadas desde el Estado; y, los cambios institucionales, principalmente, a través de medidas legislativas.

887 Este apartado revisa y actualiza la entrada de mi autoría en el Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y fundamentales de la Universidad de Alcalá de Henares, disponible en: http://diccionario.pradpi.es/index.php/terminos_pub/view/87

888 Los principales desarrollos los encontramos en el trabajo de la relatoría de Naciones Unidas dedicada a esta temática, ver: https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-truth-justice-reparation-and-non-recurrence

Frente a estos objetivos generales, la práctica comparada ha reconocido la existencia de otro elemento central en el diseño de una estrategia nacional en materia de transición a la democracia: la consolidación de un sistema democrático. En efecto, este objetivo general ha pasado a ser un criterio de corrección en los procesos democráticos y, por tanto, ha servido para guiar y limitar las políticas públicas en materia de verdad y justicia[889].

Una de las voces más autorizadas en el tema de la justicia transicional es el Centro Internacional por la Justicia Transicional (ICTJ) quien se dedica a acompañar procesos transicionales a nivel mundial. Este Centro ha señalado respecto de la justicia constitucional lo siguiente:

> La Justicia Transicional es una rama de la justicia que enuncia un enfoque diferente al convencional, asumido por las sociedades para hacer frente al legado de violaciones generalizadas y sistemáticas de los derechos humanos. Este proceso tiene efecto mientras se lleva a cabo el tránsito de un período de conflicto violento u opresión hacia la paz, la democracia, el estado de derecho y el respeto de los derechos individuales y colectivos.[890]

Si bien los procesos de transición a la democracia tienen una enorme relevancia para las sociedades que deben vivirlos y han sido profusamente estudiados, esto no implica que sea un proceso predefinido y donde los pasos que deban darse estén claramente establecidos. Al contrario, en momentos de justicia transicional son mucha las cuestiones que enfrentar y el contexto no siempre permite buscar las teóricamente mejores alternativas. Pero hay una cuestión que es común a estos momentos y es la necesidad de hacerse cargo de su pasado.

De esta forma, un aspecto central para entender las complejidades de los procesos de justicia transicionales es la magnitud de las violaciones de derechos humanos que se cometen en dicho contexto. En el *caso Goiburú*, la Corte Interamericana desarrolló su análisis a partir de las especiales características de las violaciones masivas y sistemáticas ocurridas durante la dictadura de Alfredo Stroessner en el Paraguay:

> La Corte considera que la preparación y ejecución de la detención y posterior tortura y desaparición de las víctimas no habrían podido perpetrarse sin las órdenes superiores de las jefaturas de policía, inteligencia y del mismo jefe de Estado de ese entonces, o sin la colaboración, aquiescencia y tolerancia, manifestadas en diversas acciones realizadas en forma coordinada o concatenada, de miembros de las policías, servicios de inteligencia e inclusive diplomáticos de los Estados involucrados. (...) [No obstante], se verificó una instrumentalización del poder estatal como medio y recurso para cometer la violación de los derechos que debieron respetar y garantizar, ejecutada mediante la colaboración

889 R. Teitel, "Transitional Justice Genealogy", en Harvard Human Rights Journal, Vol. 16, pp. 69-94, 2003. [en adelante Teitel, 2003].

890 Ver: https://www.ictj.org/es

> inter-estatal señalada. Es decir, el Estado se constituyó en factor principal de los graves crímenes cometidos, configurándose una clara situación de "terrorismo de Estado".[891]

Como se ve, la Corte destaca como elemento central, el compromiso del Estado como un todo en la ejecución de una política de violaciones de derechos humanos. De ahí que hayan surgido dos criterios para determinar la corrección de las medidas que adoptan los Estados en esta materia: una perspectiva, desarrollada desde el derecho internacional público, sostiene que se encuentran claramente establecidos los parámetros sobre la forma en que se debe reaccionar frente a las violaciones de derechos humanos y que no hay otro parámetro que el pleno cumplimiento de los derechos reconocidos internacionalmente, que operan como mínimos intransables. El otro extremo lo componen aquellas posiciones que sostiene que los procesos de transición a la democracia, en que se ha debido hacer frente la violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos, los criterios y definiciones tradicionales deben ser redefinidos (tesis laxa) e incluso abandonados (tesis fuerte) a fin de cumplir con los objetivos refundacionales de todo proceso de justicia transicional.

A continuación, se reseñan algunos desarrollos del DIDH en torno a los principales temas vinculados con justicia transicional: búsqueda de la verdad, preservación de la memoria, establecimiento de la justicia, reparación a las víctimas y diseño de un modelo de sociedad democrática basada en la vigencia efectiva de los derechos humanos.

El estableciendo de la *Verdad*, tanto su conocimiento (saber qué sucedió) como su reconocimiento (quienes participaron en las violaciones acepten dicha participación y la condenen), son un pilar esencial en la construcción de una visión compartida sobre el pasado reciente que trae aparejados importantes consecuencias para la construcción futura de la convivencia democrática. Si bien la búsqueda de la verdad en los procesos de democratización es una cuestión ampliamente compartida, no lo es tanto la forma en que ésta se obtiene. Aquí surgen dos caminos, que, si bien no son necesariamente contradictorios, sí presentan diferencias y algunos puntos donde su convivencia no es pacífica dentro de un mismo proceso de democratización: comisiones de la verdad vs. establecimiento judicial de la verdad, esto es, si basta la verdad que se puede lograr por vías administrativas o siempre debe estar abierta la posibilidad de recurrir a la justicia para establecer la verdad a través de una sentencia judicial. A ellos, me parece, podemos sumar una tercera vía, el establecimiento de la verdad a través de la justicia internacional, en particular, a través de casos contenciosos ante el sistema interamericano de derechos humanos.

---

891 Corte IDH. Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 66.

En cuanto a las Comisiones de la Verdad, podemos señalar algunas cuestiones generales a partir de las principales experiencias que se han vivido en nuestro continente desde mediados de los años 1980: la primera experiencia en nuestra región fue la Comisión de Verdad de Argentina que marcó de manera muy importante las futuras experiencias en este campo[892]. De ahí en adelante las Comisiones de Verdad tuvieron objetivos similares y mantuvieron una cierta estructura común. En todas éstas el objetivo común ha sido determinar los alcances de las violaciones de derechos humanos en el período que cubre el mandato de la Comisión, de forma tal que pueda establecerse una "verdad histórica" compartida al interior de la sociedad. Asimismo, un tema frecuente fue el establecimiento de recomendaciones que debía adoptar el Estado para que los hechos no volvieran a suceder. Un elemento central para que esto tenga resultados es que la Comisión dé garantías a todos los sectores de la sociedad de que este es un proceso serio y que no pretende imponer la verdad desde uno de los actores en conflicto en el proceso transicional[893]. La experiencia latinoamericana impactó profundamente en el proceso transicional de Sudáfrica y particularmente en el Informe sobre Verdad y Reconciliación (1998)[894]. Asimismo, en los últimos años el Informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación del Perú (2003)[895] y el actual proceso transicional colombiano con su informe de Verdad (2022), han impactado a todo el mundo[896].

Un aspecto importante que destacar en materia de Verdad es que la elaboración de informes oficiales no significa renunciar a la verdad por vías contenciosas (nacional o internacionales). Al efecto, la Corte Interamericana ha destacado que ese mecanismo para obtener la verdad es valorable, pero no reemplaza la obligación del Estado de establecer la verdad a través de los casos judiciales. Así ha señalado:

> No obstante, sin desconocer lo anterior [los resultados de la Comisión de Verdad y Reconciliación y de la Comisión de Prisión Política y Tortura], la Corte considera pertinente precisar que la "verdad histórica" contenida en los informes de las citadas Comisiones no puede sustituir la obligación del Estado de lograr la verdad a través de los procesos judiciales. En tal sentido, los artículos 1.1, 8 y 25 de la Convención protegen la verdad en su conjunto, por lo que Chile tiene el deber de investigar judicialmente los hechos referentes a la muerte del señor Almonacid Arellano, atribuir responsabilidades y sancionar a todos quienes resulten partícipes.[897]

Un elemento especialmente relevante en los casos de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos son las acciones tendientes a recordar los

892 Ver: http://www.nuncamas.org/investig/articulo/nuncamas/nmas0001.htm entina
893 P. Hayner. "Enfrentando crímenes pasados y la relevancia de comisiones de verdad", en Ensayos sobre justicia transicional, editado por Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2003. [en adelante Hayner, 2003].
894 Truth and Reconciliation Commission (TRC). Informe Final. Noviembre 1988. [en adelante TRC, 1998].
895 Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú (CVR). Informe Final. 28 de agosto del 2003. [en adelante CVR Perú, 2003].
896 Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (CV Colombia). Informe Final. 28 de junio de 2022. [en adelante CV Colombia, 2022].
897 Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 15, párr. 150.

hechos y, por esta vía, conseguir dos objetivos: la recuperación y conservación de la memoria de las víctimas y mediante su divulgación, enviar un mensaje para la no repetición de estos hechos[898]. Las medidas vinculadas con la memoria dicen relación con monumentos a las víctimas y la fijación de días especiales para recordar los hechos; en definitiva, todo aquello que permita a las víctimas sentir que son reinsertadas a la sociedad y que este reencuentro les permite mirar al futuro desde la perspectiva de una nueva historia y con un destino común que se basa en la no repetición de los hechos que marcaron la historia nacional[899].

En relación con la *Justicia*, al momento de iniciarse los procesos de transición a la democracia en Latinoamérica, parecía claro cuál debía ser la respuesta del Estado frente a los crímenes del pasado. Este tema es posible analizarlo en una visión general sobre cuáles son los desafíos que enfrentan los procesos de transición a la democracia. Al momento de iniciarse la transición en Argentina parecía evidente lo que debía hacer un gobierno: establecer la verdad y hacer justicia (juzgando a los responsables de las violaciones de derechos humanos), además de reparar a las víctimas[900]. Pero este proceso trajo aparejada una respuesta desestabilizadora por parte de las fuerzas armadas. De ahí que surja el tema de la "estabilidad" del sistema democrático como un valor correctivo. Así, a partir de la experiencia argentina, la supervivencia y la estabilidad del sistema democrático comienza a ser un elemento central en todo proceso de transición a la democracia. Esta nueva situación tiene un efecto central en cuanto relativiza los otros objetivos de los procesos de transición y de esta forma, tanto la verdad como la justicia pasan a depender de la estabilidad democrática.

En este sentido, la Corte Interamericana adopta un criterio estricto y, reconociendo las dificultades, sostiene que hay ciertos mínimos que el Estado está obligado a cumplir. Así, ha señalado que:

> [L]a Corte reconoce las difíciles circunstancias por las que atravesaba y atraviesa Colombia, en las que su población y sus instituciones hacen esfuerzos por alcanzar la paz. Sin embargo, las condiciones del país, sin importar qué tan difíciles sean, no liberan a un Estado Parte en la Convención Americana de sus obligaciones establecidas en ese tratado, que subsisten particularmente en casos como el presente.[901]

En palabras del Relator ONU sobre el tema de Justicia Transicional:

> La rendición de cuentas es una obligación jurídica de los Estados, que tiene fundamento en el derecho internacional de la persona humana. Por ende, no puede invocarse la voluntad política ni la razón de Estado para incumplirla.

898 Ver: https://www.ictj.org/es/our-work/transitional-justice-issues/verdad-y-memoria
899 Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.
900 Un excelente relato de este proceso se puede ver en Santiago Mitre, director. Argentina, 1985. [película]. Fecha de estreno: 29 de septiembre de 2022 [en adelante Argentina, 1985], película que recoge las discusiones predominantes en la sociedad argentina al inicio de la transición.
901 Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 166.

> Varios instrumentos internacionales establecen el deber de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos y derecho internacional humanitario. Asimismo, el derecho internacional consuetudinario establece la obligación de investigar y castigar ciertos crímenes atroces como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra.[902]

Todo este desarrollo ha sido vinculado por la Corte IDH con la idea de la impunidad. En efecto, según el criterio del Tribunal, en aquellos casos en que el Estado no cumpla con las obligaciones complementarias a que hemos hecho referencia, se estaría en una situación de impunidad que viola la obligación de garantía a que están obligados los Estados para con los individuos sujetos a su jurisdicción. Al efecto, la Corte ha señalado:

> [entendiéndose como impunidad] la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares.[903]

Asimismo, la Corte Interamericana ha vinculado el tema de la impunidad con las penas que se aplican en casos de crímenes de lesa humanidad:

> [...] En atención a la regla de proporcionalidad, los Estados deben asegurar, en el ejercicio de su deber de persecución de esas graves violaciones, que las penas impuestas y su ejecución no se constituyan en factores de impunidad, tomando en cuenta varios aspectos como las características del delito y la participación y culpabilidad del acusado. En efecto, existe un marco normativo internacional que establece que los delitos que tipifican hechos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos deben contemplar penas adecuadas en relación con la gravedad de los mismos.[904]

En este sentido, la Corte ha señalado que hay ciertos obstáculos internos que los Estados no pueden aducir para evitar investigar y sancionar las violaciones graves de derechos humanos. Así, cuestiones como leyes de amnistía, prescripción, no podrán ser invocadas por el Estado como obstáculos para investigar y condenar a los responsables de ciertos hechos[905].

---

902 Informe Relator Especial. A/HRC/48/60 de 14 de octubre de 2014, párr. 84 (conclusiones).

903 Corte IDH. Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, pár. 173.

904 Corte IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 150.

905 Corte IDH. Caso Barrios Altos vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párrs. 41 y 43. En similar sentido, ver: Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 15, párrs. 151 y 152; Corte IDH. Caso Maidanik y otros Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 15 de noviembre de 2021. Serie C No. 444, párr. 149.

Esta tensión entre las particularidades de los procesos de justicia transicional y las obligaciones del Estado, son una constante en este tema en nuestra región. El caso más polémico ha sido el uruguayo, donde la legislación que establecía la caducidad de las acciones penales fue sometida a plebiscito, al respecto la Corte señaló:

> [...] La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo 'susceptible de ser decidido' por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un 'control de nacionalidad'.[906]

También vinculado con la realidad de la región, la Corte Interamericana ha señalado que el Estado debe garantizar las condiciones para que quienes intervienen en los procesos para establecer los hechos puedan hacerlo sin hostigamientos y amenazas[907]. Esto es particularmente importante en relación con los familiares, ya que estos tienen derecho a participar en los procesos[908].

En cuanto a la *Reparación Integral* por las graves violaciones de derechos humanos, no es materia de discusión que los Estados están obligados a reparar a las víctimas de violaciones de derechos humanos. La discusión que sí se ha presentado es si el contexto de las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos modifican o no esta obligación[909].

Por las características propias de estas violaciones, que afectan a una gran porción de la población en el goce de sus derechos más elementales y cuyo origen obedece a políticas de estado, las medidas de reparación no pueden seguir mecánicamente los criterios tradicionales sobre reparaciones individuales a las que ya nos hemos referido en este Curso. Así, las reparaciones en los procesos de transición a la democracia cumplen no sólo un rol individual, respecto del sujeto víctima de la reparación, sino que adquiere importantes aristas sociales,

---

906 Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 239.

907 Corte IDH. Caso Masacre de la Aldea Los Josefinos Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de noviembre de 2021. Serie C No. 442, párr. 112.

908 "Conforme a su jurisprudencia constante, la Corte reitera que el Estado debe asegurar el pleno acceso y capacidad de actuar de las víctimas o sus familiares en todas las etapas de la investigación y juzgamiento de los responsables. Dicha participación deberá tener como finalidad el acceso a la justicia y el conocimiento de la verdad de lo ocurrido" (Corte IDH. Caso Movilla Galarcio y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2022. Serie C No. 452, párr. 200).

909 Un completo detalle con los temas complejos de resolver que surgen a partir de la obligación de reparar las graves violaciones de derechos humanos, ver: Informa Relator Especial, A/69/518 de 14 de octubre de 2014.

históricas y preventivas[910]. En efecto, las motivaciones para reparar los casos de violaciones masivas y sistemáticas tienen que ver con las víctimas, pero también son una forma en que la sociedad establece bases de convivencia social fundadas en el respeto de los derechos humanos. También es una forma de reformular apreciaciones históricas y de esta forma, la construcción de una historia común donde todos los sectores pueden sentirse respetados y restablecidos en sus derechos. Finalmente, las reparaciones se vinculan con la posibilidad de prevenir que en el futuro puedan repetirse hechos que la sociedad en su conjunto rechaza[911].

El Estado tiene la obligación de reparar las violaciones de derechos humanos cometidas por los regímenes autoritarios, para ello se debe elegir la mejor forma de hacerlo. Para la reparación podemos plantear dos caminos, no necesariamente excluyentes. Por una parte, los procesos individuales de reparación, ya sea en el ámbito nacional o internacional; por otra, la elaboración de una política pública dirigida a las reparaciones (Programa de Reparaciones[912]). Parece evidente que, si el Estado debe hacerse cargo de un proceso de transición a la democracia, lo adecuado sea enfrentarlo de una manera coherente y sistemática y para ello debe tomar las decisiones conducentes al fin asumido, en este caso, reparar de la forma más integral a las víctimas de las violaciones de derechos humanos.

En todo caso, la elaboración de un Programa de Reparaciones debe ser compatible con la posibilidad de que las víctimas puedan recurrir a las instancias judiciales, ya sean nacionales o internacionales, con el objeto de plantear sus demandas de reparación individualmente[913]. Pretender que a través de un Programa de Reparaciones se cubran todas las situaciones es irreal y pretender coartar las vías individuales nos parece impropio de un proceso que pretende fundarse en el respeto de los derechos humanos. Por otra parte, pretender que las reparaciones de los daños ocasionados por las violaciones de derechos humanos se obtengan sólo por medios individuales es un espejismo.

---

910 Recientemente (2021), el Relator Especial de Naciones Unidas ha señalado "El Relator Especial desea señalar la importancia del derecho a la reparación de las víctimas de atrocidades masivas. Por tratarse de un derecho, la reparación tiene el propósito fundamental de responder a los daños sufridos por las víctimas mediante la provisión de beneficios directos que van más allá de la indemnización, e incluyen la restitución (si es posible), la satisfacción, la rehabilitación y las garantías de no repetición. El derecho a la reparación también es importante como garantía de no repetición, ya que ayuda a los autores a entender que lo que hicieron fue ilícito y que las sociedades deben comprometerse a dignificar a las víctimas. También permite a las víctimas confiar en el Estado, ser reconocidas como titulares de derechos y, posiblemente, ser empoderadas. A su vez, ello beneficia a la sociedad" (Relator Especial. Informe A/HRC/42/45 de 11 de julio de 2021, párr. 29).

911 Ver: De Greiff, 2004 (supra 235).

912 "Los programas de reparación tienen por objeto hacer realidad el derecho humano de las víctimas a un recurso adecuado y efectivo. Son procesos administrativos establecidos por los Estados con miras a hacer frente a una gran cantidad de víctimas, determinar quién puede alegar ser víctima y qué violaciones deben reparase, y establecer medidas de reparación (beneficios) por los daños sufridos4. Están encaminados a velar por que las víctimas sean tratadas en pie de igualdad y de manera coherente, dado que las víctimas que han sufrido el mismo tipo de violación se beneficiarán de las mismas formas de reparación" (Relator Especial. Informe A/HRC/42/45 de 11 de julio de 2021, párr. 31).

913 Corte IDH. Caso García Lucero y otras Vs. Chile. Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 267, párrs. 186, 189.

Diseñar un Programa de Reparaciones sobre esta perspectiva implica resolver adecuadamente la tensión que puede plantearse entre su ventaja, cual es, la facilidad para diseñar el programa centralizadamente; con su riesgo, aislar el programa, esto es desvincularlo de otras políticas y perder la posibilidad de coordinarlo con otras medidas estatales y con las solicitudes desde las organizaciones de víctimas.

En cuanto a su contenido, un Programa de Reparaciones debiera tener como principios inspiradores la centralidad en las víctimas y la integralidad (en cuanto considere no sólo los aspectos materiales, sino que también los morales y sociales). El reconocimiento de las víctimas como tales y como sujetos de derechos implica ser reconocidas como tales por el Estado y ello constituye un elemento que no puede dejar de estar presente en todo proceso reparatorio y esto debe reflejarse en las medidas simbólicas, en las individuales, en las grupales (colectivo de las víctimas) y comunitarias (su reencuentro con los lazos de la comunidad). La restauración de la confianza cívica entre los ciudadanos debe ser una guía que el Programa de Reparaciones debe tener presente en sus medidas al tender estas a restablecer los lazos que han sido rotos en el tejido social, de esta forma si bien el Programa no debiera tener como un objetivo la reconciliación de la sociedad, ya que este será un fin y no un objetivo de todo proceso de transición a la democracia, debe al menos plantearse la posibilidad de generar un ambiente en que los grupos sociales en disputa pueden volver a ser parte de un mismo proyecto social de convivencia.

En lo que dice relación con el procedimiento para diseñar las medidas y su proceso de implementación del Programa de Reparaciones deberá tenerse en consideración no sólo fines deseables, sino las condiciones (y consecuencias) de la justicia. En este sentido, las medidas deben ser factibles de realizar, con plazos definidos y con posibilidades ciertas de ser cumplidas. El riesgo de un Estado que vuelve a incumplir con sus obligaciones para con las víctimas de violaciones de derechos humanos puede ser tan dañino como la violación original que se pretende remediar.

Una parte relevante para los procesos de transición es la construcción de un sistema institucional que permita un desarrollo democrático adecuado. En dicho proceso se deben establecer ciertos objetivos mínimos: incorporación de la normativa internacional en el ámbito interno; políticas públicas destinadas a superar situaciones de exclusión y discriminación que afectan históricamente a sectores relevantes de las sociedades nacionales iberoamericanas; impulsar la reforma institucional para lograr mejoras en materias de transparencia y lucha contra la corrupción. Como vemos, estas medidas corresponden a la discusión general sobre garantías de no repetición.

Por último, es relevante hacer presente el surgimiento de un nuevo pilar de la justicia transicional que es el derecho a la Memoria. Si bien la memoria ya era un tema tratado en materia de justicia transicional, vinculado con el derecho a la verdad, ha

ido adquiriendo sus propios contornos y ha sido objeto de particulares desarrollos a nivel internacional[914]. Podemos entender el derecho a la memoria como un derecho asociado a procesos históricos violentos, en los cuales la memoria no solo es la capacidad de recordar una situación o hecho, sino que también es la acción de preservar la experiencia a fin de traspasarla a otras y otros, lo cual implica la construcción de un relato sobre lo vivido que le da un sentido individual y colectivo a la experiencia.

Ahora, sobre la base de esta concepción amplia de memoria es posible comprender que los alcances de este pilar de la justicia transicional tienen diversos objetivos. Por una parte, es evidente que la memoria está asociada a la búsqueda de verdad sobre las violaciones de los derechos humanos. Es así como, para quienes han sufrido graves violaciones de sus derechos más esenciales (vida, integridad, libertad, identidad), el hecho de conocer la verdad sobre lo sucedido, el contexto de los hechos, quiénes han participado como instigadores, perpetradores y beneficiarios, y los objetivos que estos buscaban es un elemento esencial para dar sentido al hecho de la violación de derechos humanos[915]. Asimismo, para la familia, la comunidad y el entorno mediato (sociedad) de las víctimas también es esencial el conocimiento de la verdad[916]; incluso, en casos de hechos que puedan configurar crímenes internacionales (genocidios, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra) existe un interés de la humanidad en su conjunto en que se establezca la verdad y se sancione a los responsables[917].

En este ámbito, la actuación judicial y las medidas administrativas destinadas a reparar integralmente y que tienen una vinculación sustancial para lograr satisfacción (por ejemplo, petición de perdón, memoriales, establecimiento de días de memoria, recomposición del buen nombre de las víctimas, valorización de sus aportes en ámbitos de la política, la educación, las artes u otros) cumplen un rol fundamental para que la memoria sea una realidad reconocida por el Estado y que complemente los otros objetivos de la justicia transicional (verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición)[918].

En resumen, es evidente que las temáticas que aborda la discusión sobre Justicia transicional están directamente ligadas con los temas de DIDH, particularmente, con las obligaciones generales del Estado, la reparación y el acceso a la justicia por parte de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos. En

914 Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Fabián Salvioli. A/HRC/45/45, de 09 de julio de 2020.

915 Corte IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párrs. 118-119.

916 Corte IDH. Caso Maidanik y otros vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 15 de noviembre de 2021. Serie C No. 444, párr. 176.

917 Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 99.

918 Un buen ejemplo de esta actuación en conjunto de distintos mecanismos vinculados con memoria es el caso colombiano donde la Comisión de Verdad a la que nos hemos referido actuó en paralelo con la Justicia Especial para la Paz. Sobre este proceso ver: Nash, C. (2018). Justicia transicional y los límites de lo (posible) punible. Reflexiones sobre la legitimidad del proceso de paz en Colombia. Opinión Jurídica, 17 (35), Edición especial 2018, At.19-41, [en adelante Nash, 2018].

este sentido, la tipología de violaciones de derechos humanos analizadas *supra* en este Curso es el elemento metodológico que nos permite abordar esta temática en toda su complejidad.

VII.2. Violaciones estructurales de DD.HH. y protección jurisdiccional

Durante el último cuarto de siglo la discusión de derechos humanos sea centrado en un aspecto que ha estado presente en la realidad, pero que las urgencias entre los distintos momentos hacían imposible enfrentar de una manera coherente, nos referimos al tema de las violaciones estructurales de derechos humanos, a las que ya nos hemos referido anteriormente en este Curso a raíz de las tipologías de violaciones de derechos humanos. Un aspecto clave en esta materia es trazar una relación entre dichas violaciones y formas complejas de discriminación o discriminación sistémica. A continuación, se desarrollan algunos aspectos sobre la forma en que el DIDH ha abordado esta materia[919].

En la base de las violaciones estructurales está una forma particular de discriminación que es la discriminación sistémica. Este tipo de discriminación complejiza la mirada tradicional liberal sobre la discriminación que se centra en su faceta individual y no en lo colectivo. En efecto, en la discriminación sistémica no estamos ante una situación de sujetos en condiciones de igualdad, respecto de los cuales el Estado debe garantizar un igual trato o justificar adecuadamente un trato diferenciado[920], sino que se está ante grupos que están en situación de desigualdad, donde la sola pertenencia a dicho colectivo pone al individuo en una situación de discriminación[921] y, por tanto, hace necesaria la adopción de medidas diferenciadas[922]. El enfoque estructural pretende contextualizar la aplicación del principio de igualdad, haciéndolo consciente de la existencia de sectores sistemática marginados y subrepresentados[923].

---

919 Esta materia la hemos abordado tanto desde la perspectiva nacional como internacional en Nash & Núñez, 2020 (supra 263).

920 "Debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos como, la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas" (CDH, 1989, OG 18 (supra 126), párr. 7).

921 De ahí que se haya estudiado el tema de la desigualdad estructural bajo un nuevo entendimiento de igualdad que se ha denominado "igualdad como no-dominación". Un buen estudio en L. Salomé. El concepto de "discriminación estructural" y su incorporación al Sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Trabajo fin de Máster Universitario en Estudios Avanzados en Derechos Humanos. Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas". Curso Académico 2016/2017. Getafe, 2017. [en adelante Salomé, 2017], At. 64-67.

922 Un ejemplo explícito de este acercamiento es que ha dado la Corte Europea en el caso Thlimmenos v. Grecia "sin justificación objetiva y razonable, los Estados no tratan de manera diferente a personas en situaciones sensiblemente o significativamente diferentes" (TEDH, Asunto Thlimmenos v. Grecia (Solicitud N.° 34369/97), sentencia de fecha 6 de abril de 2000), citado en Salomé, 2017 (supra 921), At. 28.

923 "Esta visión no individualista de la igualdad continúa reconociendo a las personas como fines en sí mismos y valiosos en términos individuales, sólo que incorpora, además, el dato de su pertenencia a un grupo determinado que le permite reconocer su identidad, tanto a ella misma, como a los terceros que comparten su condición y aquellos que no" (R. Saba. "(Des) Igualdad estructural", en Revista Derecho y Humanidades, No.11, pp. 123-147, 2005. [en adelante Saba, 2005], At. 138).

Acorde con la idea de desigualdad estructural[924], los grupos sociales que deben llamar nuestra atención no son de cualquier índole, ni son producto de cualquier clasificación estatal. Según el profesor FISS, los grupos cuya situación requiere ser nivelada son aquellos caracterizados por lo siguiente: primero, constituyen una entidad en sí mismos, es decir, tienen una existencia distinta a la de sus miembros. Segundo, en su seno se produce una interdependencia entre la situación del grupo y la de quienes lo conforman, de tal manera que "la identidad y el bienestar de los miembros del grupo y la identidad y el bienestar del grupo están interrelacionados". Tercero, su acceso al poder político y económico se encuentra drásticamente disminuido. Finalmente, tales grupos han ostentado ese mismo estatus desde hace mucho tiempo. Tales rasgos indican que los colectivos sujetos a discriminación sistémica podrán variar según el tiempo y el espacio, por lo que habrá que identificarlos en cada contexto histórico. Esta aproximación nos permite distinguir estos grupos sociales de otras formas asociativas (partidos políticos, clubes, entre otros) y colectivos que no necesariamente crean identidades de pertenencia (situaciones como condición de pobreza, privación de libertad, migración, entre otras). Estas pueden acompañar formas colectivas tipo "grupos sociales", pero no las constituyen en sí mismo[925].

Los fenómenos de discriminación sistémica suelen desarrollarse, fundamentalmente, a través de vías de hecho, dado que las causas y manifestaciones de esta forma de discriminación exceden el reconocimiento de la igualdad *de jure* entre las personas. Por lo mismo, es común que sean los miembros de los grupos sistemáticamente excluidos los que resienten el impacto de normas aparentemente neutrales y de aplicación genérica. Este fenómeno está basado, normalmente, en estereotipos que definen las formas de trato diferenciado desde modelos normativo aparentemente neutrales[926]. Muchas veces el dispensarles un trato idéntico les impactará de manera desproporcionadamente perjudicial y como consecuencia de ello, tenderán a mantenerse bajo esa condición desmejorada.

La discriminación sistémica puede ser fuente de distintas formas de violación de derechos humanos. En efecto, a partir de una situación de discriminación sistémica pueden presentarse casos de violaciones individuales (por ejemplo, en materia de discriminación racial, afectaciones individuales de derechos, pero que son parte de las que sufre el colectivo) o también casos de violaciones masivas y sistemáticas (por ejemplo,

924 Si bien la expresión "igualdad estructural" ha sido acuñada por un sector específico de la doctrina jurídica, nos serviremos de ella para analizar conjuntamente diversas variantes de una aproximación crítica a la noción tradicional-liberal de igualdad. Ver en ese sentido, O. Fiss. Grupos y la cláusula de igual protección. En: GARGARELLA, R. (Comp.), Derecho y grupos desaventajados, Barcelona, Editorial Gedisa, 2003. [en adelante Fiss, 2003]; Saba, 2005 (supra 923); R. Saba. Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2016. [en adelante Saba, 2016]; N. Torbisco. "La institucionalización de la diferencia: algunas notas sobre desigualdad estructural y democracia", en AAVV, Los límites de la democracia. Buenos Aires: Editores del Puerto, pp. 35-56, 2005. [en adelante Torbisco, 2005].

925 I. Young. La justicia y la política de la diferencia (trad. de Silvina Álvarez). Ediciones Cátedra, Universidad de Valencia. Madrid, 2000. [en adelante Young, 2000], At. 77.

926 Entendemos por estereotipo, siguiendo a Cook y Cusack como "una visión generalizada o una preconcepción sobre los atributos o características de los miembros de un grupo en particular o sobre los roles que tales miembros deben cumplir" (R. Cook & S. Cusack. Estereotipos de género: perspectivas legales transnacionales. Bogotá: Profamilia, 2010. [en adelante Cook & Cisack, 2010], At. 11).

en materia de discriminación racial, persecución de grupos con fines de limpieza étnica o genocidios). Así, la forma más común que adquiere la discriminación sistémica como violación de DDHH será la de casos de violaciones estructurales, precisamente, por el rol preponderando del elemento cultural que es la base de la discriminación y este tipo de violación de derechos humanos. Por otro lado, debemos tener claro que también hay formas de violaciones estructurales de DDHH que no están vinculadas necesariamente con casos de discriminación sistémica, por ejemplo, la población penal es objeto de violaciones estructurales de derechos humanos, pero no configuran una colectivo en los términos planteado por Fiss[927], sino que tienen una unión situacional, en el mismo sentido la situación de pobreza no genera un colectivo en sí mismo que sea independiente de sus miembros, como ocurre con pueblos indígenas.

En el ámbito interamericano, un primer acercamiento al tema de la discriminación sistémica lo hizo la Corte IDH a partir de la idea de igualdad sustantiva. Al respecto, la Corte Interamericana señaló en una Opinión Consultiva sobre personas migrantes y el derecho a la asistencia consular:

> La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.[928]

Por su parte, el Comité del Pacto DESC, en su Observación General No. 20, relativa a la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (2009), ha señalado que

> El Comité ha constatado periódicamente que la discriminación contra algunos grupos subsiste, es omnipresente, está fuertemente arraigada en el comportamiento y la organización de la sociedad y a menudo implica actos de discriminación indirecta o no cuestionada. Esta discriminación sistémica puede consistir en normas legales, políticas, prácticas o actitudes culturales predominantes en el sector público o privado que generan desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros.[929]

De esta forma, ante una situación que se nos presenta *prima facie* discriminatoria, debiésemos observar quiénes se verían perjudicados por el trato diferenciado, pues

927 Fiss, 1978 (supra 869).
928 Corte IDH, 1999, OC-16/99 (supra 548), párr. 119.
929 Comité DESC, 2009, OG-20 (supra 155), párr. 12. En el mismo sentido: Organización de las Naciones Unidas. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Recomendación General N.° 34. Discriminación racial contra afrodescendientes. 79° periodo de sesiones, 2011 [en adelante CERD, 2011, RG-34], párr. 6; Organización de las Naciones Unidas. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación General N.° 33. Sobre el acceso de las mujeres a la justicia. 61° periodo de sesiones, 2015 [en adelante CEDAW, 2015, RG-33], párr. 3; Organización de las Naciones Unidas. Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General N.° 3. Sobre las mujeres y las niñas con discapacidad. 2016 [en adelante CDPsD, 2016, OG-3], párr. 17.

cuando se trata de personas pertenecientes a un grupo sistemáticamente postergado, la diferencia de trato profundiza o agrava aún más su posición marginada y, en consecuencia, la medida se considerará particularmente reprochable y presumiblemente discriminatoria[930]. Si la medida de distinción, en cambio, está encaminada a garantizar una mayor igualdad de estos grupos, mejorando su posición social, aquella tenderá a considerarse legítima (compatible con el principio de igualdad)[931]. En estos casos el trato diferenciado en sí no es el tema, sino si dicho trato perpetúa (ilegítimo) o erradica (legítimo) la situación sistémica de discriminación.

Asimismo, la Corte Interamericana ha reconocido explícitamente la discriminación basada en desigualdad estructural y ha justificado medidas reparatorias especiales sobre la base de dicha conceptualización[932]. Así, por ejemplo, en el *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde*, relativo a trabajo esclavo en Brasil, la Corte

---

930 Bajo este entendido las categorías mayormente sospechosas de entrañar discriminación no serían de carácter simétrico y uniforme (referidos a cualquier raza, sexo, religión, etc.) sino que serían aquellos que sirven para perpetuar la inferioridad o subordinación d un sector de la sociedad. La utilización de esos mismos factores para el propósito contrario (igualar a esos grupos y mejorar su situación) no debiesen estar sujetos a un escrutinio estricto, lo que facilitaría la admisibilidad y justificación de las medidas especiales que otorgan tratos preferentes.

931 "El sistema interamericano no sólo recoge una noción formal de igualdad, limitada a exigir criterios de distinción objetivos y razonables y, por lo tanto, a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas especiales de equiparación. Ello implica la necesidad de trato diferenciado cuando, debido a las circunstancias que afectan a un grupo desaventajado, la igualdad de trato suponga coartar o empeorar el acceso a un servicio, bien o el ejercicio de un derecho" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Informe Acceso a la Justicia para Mujeres víctimas de Violencia en las Américas, OEA/Ser.L/V/II, de 20 de enero de 2007. [en adelante CIDH, 2007, Informe], párr. 99).

932 "La Corte recuerda que el concepto de "reparación integral" (restitutio in integrum) implica el reestablecimiento 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 discriminación. Del mismo modo, la Corte recuerda que la naturaleza y monto de la reparación ordenada dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus familiares, y deben guardar relación directa con las violaciones declaradas. Una o más medidas pueden reparar un daño específico sin que éstas se consideren una doble reparación" (Corte IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México, Corte IDH. Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) Vs. Honduras. Sentencia de 31 de agosto de 2021. Serie C No. 432, párr. 450 (el destacado nuestro)).
En otro caso (2012), relativo a no discriminación por orientación sexual, la Corte señaló: "…la Corte resalta que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido" (Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 92 (destacado nuestro)).
En un caso reciente (2021), la Corte Interamericana volvió a desarrollar este tema con detalle. Así, la Corte señala sobre la situación de las víctimas "En este sentido, el Tribunal advierte que las víctimas se encontraban inmersas en patrones de discriminación estructural e interseccional, pues eran personas pertenecientes a un pueblo indígena y se encontraban en una situación de pobreza, una de ellas era un niño, algunas de ellas adquirieron discapacidades y no recibieron tratamiento médico, y no contaban con ninguna otra alternativa económica más que aceptar un trabajo peligroso que ponía en riesgo su salud, su integridad personal y su vida. La confluencia de estos factores hizo posible que una actividad riesgosa, como lo es la pesca submarina que implica grandes riesgos, haya podido realizarse sin una efectiva implementación de la regulación en la zona de la Moskitia, y que las víctimas del caso se hayan visto compelidos a trabajar allí en condiciones insalubres, y sin protección de seguridad social. En ese sentido, es necesario destacar que el hecho de que las víctimas pertenecieran a un grupo en especial situación de vulnerabilidad acentuaba los deberes de respeto y garantía a cargo del Estado. Sin embargo, el Estado no adoptó medidas orientadas a garantizar el ejercicio de sus derechos sin discriminación, y la intersección de desventajas comparativas hizo que la experiencia de victimización en este caso fuese agravada" (Corte IDH. Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) Vs. Honduras. Sentencia de 31 de agosto de 2021. Serie C No. 432, párr. 107).

hizo un profundo análisis sobre esta forma de discriminación, concluyendo que en la especie se había configurado una forma de "discriminación estructural histórica"[933]. En su análisis, la Corte, señala que las víctimas "se encontraban en una situación de pobreza; provenían de las regiones más pobres del país, con menor desarrollo humano y perspectivas de trabajo y empleo; eran analfabetas, y tenían poca o nula escolarización", lo que ponía a un grupo de persona en una "situación de riesgo inmediato"[934]. Para la Corte, en casos estructurales la persona es "titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos" y, agrega, que "no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la extrema pobreza o marginación"[935]. Si el Estado "no adopta medidas específicas respecto a la situación particular de victimización en que se concreta la vulnerabilidad sobre un círculo de personas individualizadas", se incurre en responsabilidad internacional[936].

El enfoque que realiza la Corte nos abre las puertas para la cuestión de las medidas para erradicar la discriminación, y nos anticipa que serán muy distintas aquellas medidas para enfrentar casos de discriminación individual de aquellos de naturaleza estructural. En estas últimas, varían tanto el tipo de medidas a adoptar, como el grado y criterio de efectividad de las mismas. En efecto, en los casos de discriminación sistémica la medida será evaluada por la forma en que aporta a la superación de la discriminación estructural y no será un elemento determinante si esta medida implica o no una situación aparentemente privilegiada respecto de otros titulares de derechos. La pregunta determinante en estos casos será, si el derecho a la igualdad se puede ejercer o no en mejores condiciones a partir de una cierta medida adoptada por la autoridad.

En esta misma línea, diversos instrumentos y resoluciones internacionales procuran reforzar la protección de los indígenas, las mujeres, los discapacitados, los migrantes, los afrodescendientes, entre otros. Particularmente, se ha asentado la necesidad de disponer normativa que les brinde cierto tratamiento especial o preferente para incorporarlos en las actividades de las que permanecen ausentes y procurarles una efectiva igualdad de derechos. Los instrumentos más relevantes en el sistema interamericano son las recientes convenciones contra

933 Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 343.
934 Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 339.
935 Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 337.
936 Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 338.

discriminación y contra la discriminación racial. La Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, en su artículo 1 (definiciones) señala que

> Discriminación indirecta es la que se produce, en la esfera pública o privada, cuando una disposición, un criterio o una práctica, aparentemente neutro es susceptible de implicar una desventaja particular para las personas que pertenecen a un grupo específico, o los pone en desventaja, a menos que dicha disposición, criterio o práctica tenga un objetivo o justificación razonable y legítimo a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.[937]

A partir de esta definición se puede distinguir la necesidad de un enfoque diferenciado en casos de discriminación indirecta que se corresponde con las formas de desigualdad estructural. Asimismo, este instrumento aporta un concepto relevante para la realidad latinoamericana, cual es, el de discriminación múltiple.

La discriminación múltiple, es decir, la interacción simultánea de varios motivos de discriminación en un mismo sujeto, como lo son el sexo combinado con la etnia, la raza, la situación socioeconómica o la orientación sexual, entre otras, posee un efecto multiplicador de las consecuencias de la violencia y la discriminación y les hace particularmente vulnerables a ellas. La Corte IDH se ha referido en distintas ocasiones a ella, por ejemplo, respecto del género y la etnia[938] o la niñez y la discapacidad[939]. La "interseccionalidad" de la discriminación o la discriminación múltiple, no es una circunstancia que debe ser omitida por los Estados; al contrario, exige al Estado la adopción de medidas especiales. Por ejemplo, en el *caso Gonzáles Lluy*[940] la Corte IDH analiza la concurrencia de cuatro factores concurrentes de discriminación que afectan a la víctima del caso: niñez, enfermedad (VIH), género y pobreza que "la hicieron más vulnerable y agravaron los daños que sufrió"[941].

Identificado estos factores, la Corte IDH pasa a analizar las diferentes formas en que éstos afectaron el ejercicio de sus derechos, incorporando un nuevo concepto en su análisis: la discriminación interseccional:

> La Corte nota que en el caso de 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 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

937 OEA-CICDI, 2013, Convención (supra 126), artículo 1, numeral 2.
938 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.
939 Corte IDH. Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.
940 Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.
941 Corte IDH. 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. 285. En un sentido similar, ver Corte IDH. Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) Vs. Honduras. Sentencia de 31 de agosto de 2021. Serie C No. 432, párr. 110.

> 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, siendo una 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 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.[942]

Si bien la Corte IDH se había referido antes a la discriminación múltiple, esta es la primera vez que la Corte IDH se refiere a la discriminación interseccional, evidenciando el impacto diferenciado que generan las violaciones de derechos humanos en grupos excluidos de la población. Esta pareciera ser una categoría diferente de la discriminación múltiple, y que se caracteriza por la relación y concatenación entre las diferentes formas confluyentes de discriminación[943].

Por último, si bien ya hemos analizado la situación de mujeres, niños/as y adolescentes y pueblos indígenas, también existen otros grupos en estos contextos de discriminación sistémica que dan origen a violaciones estructurales que es necesario tener en consideración.

- En el mismo sentido de un contexto como determinante de la situación de vulnerabilidad de los derechos humanos de las personas, es la situación de las personas *privadas de libertad*. En estos casos es el hecho de estar privado de libertad y bajo total del control de la autoridad estatal la fuente de vulnerabilidad que desemboca en violaciones estructurales de DD.HH. Pero esta no es solo la situación lo determinante, sino que aquí juegan un rol los elementos culturales que, básicamente, permiten justificar las violaciones de derechos de las personas privadas de libertad y que dificultan la adopción de medidas para superar los elementos institucionales que están en la base de estas violaciones. Sobre su situación de vulnerabilidad ha señalado la Corte: "una persona ilegalmente detenida [...] se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge un riesgo cierto

942 Corte IDH. 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. 290.

943 Voto concurrente juez Ferrer Mac Gregor, párr. 10, en: Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.

de que se le vulneren otros derechos, como el derecho a la integridad física y a ser tratada con dignidad"[944].

- De la misma forma, en el caso de personas en situación de *movilidad humana* (refugio y migración), el sistema internacional ha desarrollado amplios estándares vinculados con la situación de vulnerabilidad en el goce y ejercicio de derechos que se encuentran estas personas[945].
- En un sentido similar se ha pronunciado la Comisión Interamericana respecto del grupo *afrodescendiente* en las Américas, calificando su situación como una situación de discriminación estructural[946].
- En el caso de personas en *situación de discapacidad* también concurren elementos personales y situacionales para configurar las violaciones estructurales de derechos humanos que afectan a este colectivo. La mirada actual respecto de este grupo es que el elemento social, esto es, la forma en la que la sociedad construye obstáculos para el goce y ejercicio de derechos de las personas con alguna discapacidad es más determinante que dicho elemento personal. En este caso la base de las medidas está en la obligación de adoptar ciertos "ajustes necesarios" para erradicar estos obstáculos sociales y permitir el máximo goce y ejercicio de derechos que las condiciones personales permitan. Sobre este aspecto la Corte ha señalado sobre el modelo prevaleciente en los instrumentos internacionales que "el modelo social para abordar la discapacidad, lo cual implica que 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 socioeconómicas"[947].
- Igualmente, en el caso de la *población LGTBI*, las características personales de las personas (orientación sexual, identidad de género, preferencias afectivas) están condicionadas por patrones culturales que castigan y excluyen formas distintas a las heterosexuales predominantes en nuestras sociedades. Las medidas en este caso son correctivas de situaciones de exclusión en el acceso a los derechos. Respecto de este colectivo, la Comisión Interamericana ha hablado de "discriminación histórica y estructural"[948].

---

944 Corte IDH. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 90.

945 En el sistema interamericano, ver Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 2. Personas en situación de migración y refugio. San José, Costa Rica. Corte IDH, 2022. [en adelante Corte IDH, 2022, Cuadernillo 2].

946 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). La situación de las personas afrodescendientes en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 62, 5 de diciembre de 2011. [en adelante CIDH, 2011, Informe]., párr. 58.

947 Corte IDH. Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 133.

948 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América., OAS/Ser.L/V/II.rev.2. Doc. 36., 12 de noviembre de 2015. [en adelante CIDH, 2015 Informe], párr. 262.

- Finalmente, respecto de estos y otros colectivos ya analizados, es útil recordar lo que ha señalado la Corte Interamericana en relación con el deber del Estado frente a los casos de discriminación sistémica:

  > Al respecto, la Corte recuerda que los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer respecto de actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias y, además, que los Estados están obligados a adoptar medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la extrema pobreza o marginación.[949]

VII.3. Migración

Un aspecto fundamental para entender la aproximación de la Corte Interamericana en estas materias es el rol central que juega la situación de contexto en que se realiza la movilidad humana para interpretar las obligaciones del Estado respecto de las personas en situación de movilidad sujetas a su jurisdicción y, el contexto determinante, es la condición de vulnerabilidad en la que se encuentran quienes deben movilizarse fuera del Estado del cual son nacionales o tienen su residencia.

Los organismos internacionales han sido claros en reconocer que los Estados tienen la facultad de establecer las políticas migratorias que estimen pertinentes a sus intereses, sin embargo, esta facultad tiene como límites los compromisos internacionales del propio Estado en materia de derechos humanos[950].

De acuerdo con información entregada por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) en su último informe anual (2020)[951], había en el mundo 272

---

949 Corte IDH. Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407, párr. 186.
Luego, en el mismo caso, la Corte concreta este deber general en los siguientes términos: "Sobre este asunto, es necesario destacar que el hecho de que las presuntas víctimas pertenecieran a un grupo en especial situación de vulnerabilidad acentuaba los deberes de respeto y garantía a cargo del Estado. Sin embargo, conforme se desprende del acervo probatorio del caso, el Estado no adoptó medidas orientadas a garantizar el ejercicio del derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias sin discriminación, y la intersección de desventajas comparativas hizo que la experiencia de victimización en este caso fuese agravada" (Corte IDH. Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407, párr. 198).

950 "Este Tribunal ya ha manifestado que, en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana. En efecto, si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes" (Corte IDH. Caso Vélez Loor (2010), párr. 97). En el mismo sentido: Corte IDH, Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas (2014), párr. 350

951 OIM (2020). Informe sobre las migraciones en el mundo 2020. Disponible en https://publications.iom.int/books/informe-sobre-las-migraciones-en-el-mundo-2020 (visitado abril 2022)

millones de migrantes internacionales, lo que equivale al 3,5% de la población mundial. La población apátrida llegó a 3,9 millones de personas (dato 2018). En Latinoamérica el caso de mayor preocupación es el de la migración venezolana, que en 2019 había llegado a cerca de 4 millones de personas que habían emigrado de dicho país. Asimismo, el informe de la OIM da cuenta que la mayor parte de la migración latinoamericana reside en regiones fuera de las que nacieron; en América del Norte residen 26 millones de migrantes de Latinoamérica y 5 millones en Europa[952].

En los apartados siguientes vamos a repasar algunos de los principales desarrollos de derechos consagrados internacionalmente y su relación con migración; y, enseguida, se analizan algunos desarrollos vinculados con obligaciones del Estado.

VII.3.1. Los derechos vinculados con migración

En relación con migración ha habido un desarrollo particular vinculado con la prohibición de tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanas o degradantes, particularmente, estándares relativos a las personas privadas de libertad y una detallada argumentación en relación con las obligaciones del Estado en estas materias.

Un aspecto fundamental en el acercamiento al derecho a la integridad personal de personas en situación de migración ha sido el de las condiciones en la que se encuentran las personas migrantes privadas de libertad[953]. Así, por ejemplo, en el primer caso contencioso de la Corte Interamericana en relación con la situación de migración trató, precisamente, sobre las condiciones en las que una persona migrante se encontraba en el Estado receptor. En este caso, la Corte Interamericana fijó un estándar general en relación con la vulnerabilidad agravada en la que se encuentran las personas migrantes (de por sí ya vulnerables) cuando se encuentran privadas de su libertad[954].

---

952 OIM (2020). Informe sobre las migraciones en el mundo 2020. Disponible en https://publications.iom.int/books/informe-sobre-las-migraciones-en-el-mundo-2020 (visitado abril 2022)

953 El Comité de Trabajadores Migrantes (ONU), está preparando una Observación General sobre este tema. El borrador puede ser consultado en: https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/cmw En este borrador el Comité hace explícita su preocupación por las políticas migratorias que tienden a la criminalización de la migración y un uso cada vez mayor de las privaciones de libertad como forma de desincentivar la migración más que para regularla.

954 "Si bien la Corte ya se ha referido a la situación de particular vulnerabilidad en que suelen encontrarse las personas migrantes [...], en este caso es importante resaltar cómo dicha vulnerabilidad se ve incrementada cuando por causa de su sola situación migratoria irregular son privadas de libertad en centros penitenciarios en los que son recluidas con personas procesadas y/o sancionadas por la comisión de delitos, como ocurrió en el presente caso. Dicha situación hace que los migrantes sean más propensos a sufrir tratos abusivos, pues conlleva una condición individual de facto de desprotección respecto del resto de los detenidos. Así, en el marco de sus obligaciones de garantía de los derechos reconocidos en la Convención, el Estado debe abstenerse de actuar de manera tal que propicie, estimule, favorezca o profundice esa vulnerabilidad y ha de adoptar, cuando sea pertinente, medidas necesarias y razonables para prevenir o proteger los derechos de quienes se encuentren en tal situación" (Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 207).

En relación con las condiciones de la privación de libertad de una persona en situación de migración, la Corte estableció algunos estándares particulares. En primer lugar, se dispone que "los migrantes deben ser detenidos en establecimientos específicamente destinados a tal fin que sean acordes a su situación legal y no en prisiones comunes, cuya finalidad es incompatible con la naturaleza de una posible detención de una persona por su situación migratoria" y funda este deber en el hecho de que la detención y privación de libertad por su sola situación migratoria irregular "debe ser utilizada cuando fuere necesario y proporcionado en el caso en concreto, solamente admisible durante el menor tiempo posible y en atención a los fines legítimos referidos". De esta forma, concluye la Corte, "los Estados deben disponer de establecimientos públicos separados, específicamente destinados a este fin y, en caso de que el Estado no cuente con dichas facilidades, deberá disponer de otros lugares, los cuales en ningún caso podrán ser los centros penitenciarios"[955].

Además, la Corte dispone que los centros de detención deben satisfacer condiciones mínimas de habitabilidad y se deben adoptar medidas concretas orientadas a "asegurar que la misma no genere un mayor riesgo de afectación a los derechos, a la integridad y al bienestar personal y familiar de las personas migrantes"[956].

Por otra parte, en un caso sobre personas migrantes que requieren acceso a atención de salud, la Corte destacó la necesidad de que el Estado debe otorgar atención médica en casos de emergencia, sin discriminar por su condición migratoria. De esta forma, con base en la obligación general de no discriminación consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana, la Corte señala que "la atención médica en casos de emergencias debe ser brindada en todo momento para los migrantes en situación irregular, por lo que los Estados deben proporcionar una atención sanitaria integral tomando en cuenta las necesidades de grupos vulnerables"[957]. De esta misma forma, en el contexto de la pandemia por Covid-19, la Corte ha dispuesto medidas especiales para el acceso a condiciones de salud adecuadas para personas migrantes privadas de libertad[958].

Son dos los elementos que es interesante destacar de estos fallos. Por una parte, que la Corte ubique a las personas en situación de migración irregular dentro de los grupos que viven una situación de vulnerabilidad agravada y, en consecuencia, que las medidas que debe adoptar el Estado para la protección de sus derechos son más exigentes. Segundo, que estas exigencias de efectividad en la protección se funden en el principio general de no discriminación; esto, trae aparejada una

955 Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 208.
956 Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 209.
957 Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 108.
958 Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Medidas Provisionales. Adopción de Medidas Urgentes. Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de mayo de 2020, párr. 20.

lectura integral de las obligaciones convencionales a la luz del contexto de vulnerabilidad propio de la migración, pero acentuado o agravado por la situación legal irregular de permanencia en el Estado receptor.

Por otra parte, en relación con la legalidad de la detención de personas migrantes, la Corte ha señalado que los Estados deben cumplir con los parámetros de legalidad para la privación de libertad[959], incluso cuando se produzcan detenciones por breve tiempo y con el fin de identificar a las personas migrantes[960]. Asimismo, si se produce una privación de libertad, es obligación del Estado registrar dicha detención, incluso cuando esta se practique con fines de deportación[961]. En cuanto a la prohibición de arbitrariedad[962], la Corte ha señalado que las privaciones de libertad de personas migrantes nunca pueden ser con fines punitivos, no pueden ser por plazos indefinidos o excesivos, que las órdenes de detención cuando se justifican (para regular y controlar la migración irregular a los fines de asegurar la comparecencia de la persona al proceso migratorio o para garantizar la aplicación de una orden de deportación), deben ser debidamente fundadas en el caso concreto[963] y que la privación de libertad no puede estar basada en criterios discriminatorios (por ejemplo, perfiles raciales)[964].

Por lo que se refiere a la obligación de poner a la persona privada de libertad a disposición de autoridad judicial competente (artículo 7.5 CADH), la Corte ha señalado que la persona detenida, en este caso una persona migrante, "debe comparecer personalmente ante la autoridad competente, la cual debe oír personalmente al detenido y valorar todas las explicaciones que éste le proporcione, para decidir si procede la liberación o el mantenimiento de la privación de libertad"[965]. Asimismo, la Corte ha señalado que la expulsión de migrantes que son detenidos y no son puestos a disposición de la autoridad competente, viola el artículo 7.5 convencional[966]. En cuanto a las características que debe cumplir la autoridad competente, la Corte señala que "la legislación interna debe asegurar que el funcionario autorizado por la ley cumpla con las características de imparcialidad e independencia que deben regir a todo órgano encargado de determinar derechos y obligaciones de las personas" y que "resulta imprescindible que dicho funcionario esté facultado para poner en libertad a la persona si su detención es ilegal o arbitraria"[967].

---

959 CADH (supra 51), artículo 7.2.
960 Corte IDH, 2014, OC-21/14 (supra 452), párr. 191.
961 Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 131.
962 CADH (supra 51), artículo 7.3.
963 Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párrs. 116, 117, 171.
964 Corte IDH. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 368.
965 Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 109.
966 Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 139.
967 Corte IDH, 2014, OC-21/14 (supra 452), párr. 198.

Por último, en relación con el derecho al recurso de *hábeas corpus* (artículo 7.6 CADH), la Corte ha señalado que un recurso de revisión judicial "constituya un verdadero mecanismo de control frente a detenciones ilegales o arbitrarias, la revisión judicial debe realizarse sin demora y en forma tal que garantice el cumplimiento de la ley y el goce efectivo de los derechos del detenido, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél",[968] cuestión que se ve reforzada en los casos de migración donde la vulnerabilidad es aún mayor y a dicha consideración general ha agregado que "la revisión por parte de un juez o tribunal es un requisito fundamental para garantizar un adecuado control y escrutinio de los actos de la administración que afectan derechos fundamentales",[969] tal como ocurre en materia migratoria donde muchas veces la privación de libertad es decidida en sede administrativa y no judicial. Por último, la Corte reitera su jurisprudencia constante en el sentido de que "la sola existencia de los recursos no es suficiente si no se prueba su efectividad"[970].

En definitiva, la Corte ha reiterado estándares tradicionales en materia de libertad personal, pero tomando medidas para la efectividad de los mismos en casos donde la persona detenida sea un migrante considerando la especial vulnerabilidad en que se encuentran las personas migrantes, lo que se ve agravado por la privación de libertad.

En igual sentido se ha pronunciado el Comité de Derechos Humanos (ONU), el que, en una Observación General sobre Libertad Personal, estableció algunos criterios especiales en relación con personas en situación de migración:

> La detención durante los procedimientos de control de la inmigración no es per se arbitraria, pero deberá justificarse que es razonable, necesaria y proporcionada a la luz de las circunstancias, y revisarse a medida que se prolongue. Los solicitantes de asilo que entran ilegalmente en el territorio de un Estado parte pueden ser privados de libertad durante un breve período inicial con el fin de documentar su entrada, dejar constancia de sus alegaciones, y determinar su identidad si hay dudas sobre ella. Prolongar su privación de libertad mientras se resuelven sus alegaciones sería arbitrario de no existir razones particulares específicamente en relación con esa persona, como una probabilidad concreta de fuga, el peligro de que cometa un delito contra otras personas, o el riesgo de que lleve a cabo actos contra la seguridad nacional. La decisión deberá considerar los factores pertinentes de cada caso y no basarse en una norma obligatoria aplicable a una categoría amplia de personas; deberá tener en cuenta la posibilidad de utilizar medios menos invasivos para alcanzar el mismo fin, como la obligación de presentarse periódicamente en un lugar, la imposición de una fianza u otras condiciones para evitar la fuga; y deberá ser objeto de reevaluación periódica y de revisión judicial. Las decisiones sobre el internamiento de migrantes también deberán tener en cuenta las consecuencias de la privación de libertad para la salud física o mental de los recluidos. Toda privación de libertad necesaria debe llevarse a cabo en dependencias apropiadas, higiénicas y que no sean

968 Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 107.
969 Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 126.
970 Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 139.

> de castigo, y no en prisiones. La incapacidad de un Estado parte para llevar a cabo la expulsión de una persona porque sea apátrida o por otros obstáculos no justifica que se prive de libertad al interesado de forma indefinida. Los niños no deben ser privados de libertad, salvo como medida de último recurso, y ello debe hacerse por el período de tiempo apropiado más breve posible, teniendo en cuenta como consideración principal el interés superior del niño para determinar la duración y las condiciones de la privación de libertad y teniendo igualmente en cuenta la extrema vulnerabilidad de los menores no acompañados y su necesidad de atención.[971]

En lo que dice relación con el derecho de acceso a la justicia de las personas migrantes, el Tribunal ha sostenido que estas tienen derecho —sin discriminación— a acceder a los medios y recursos que les permitan amparar sus derechos, independientemente de su situación migratoria, lo que incluye el derecho a reparación en caso de que sus derechos hayan sido vulnerados[972].

En lo que dice relación con el acceso a la protección judicial, la Corte ha fijado como criterio general la obligación de "garantizar un efectivo e igualitario acceso a la justicia de las personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad agravada"[973]. Esta es una cuestión que cobra especial relevancia en materia migratoria, ya que muchas veces son órganos administrativos y no judiciales los que intervienen en decisiones tan sensibles como son la deportación o la privación de libertad de los migrantes[974]. Asimismo, es fundamental que el acceso a la justicia sea en condiciones de igualdad y que el "procedimiento no debe resultar discriminatorio en razón de nacionalidad, color, raza, sexo, lengua, religión, opinión política, origen social u otro estatus"[975].

En cuanto al derecho a un debido proceso (artículo 8 CADH), la Corte también ha desarrollado algunos aspectos en relación con las personas migrantes. La Corte ha establecido un claro criterio jurisprudencial sobre el alcance de la protección del artículo 8 en los casos administrativos que puedan afectar los derechos de personas migrantes, estableciendo que dichos procesos quedan bajo el alcance de los numerales 1 y 2 del artículo 8 de la Convención[976]. En lo que dice relación con el derecho a la defensa en los casos que afectan a una persona migrante que puede afectar sus derechos (por ejemplo deportación), la Corte ha señalado la relevancia de contar con asistencia letrada desde que se inicia proceso administrativo sancionatorio a fin de que esta pueda ejercer sus derechos[977]; a ello se debe sumar el deber que tiene

971 CDH, 2014, OG 35 (supra 666), párr. 18.
972 Corte IDH. Caso Roche Azaña y otros Vs. Nicaragua. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 3 de junio de 2020. Serie C No. 403, párr. 91.
973 Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 254.
974 Corte IDH, 2014, OC-21/14 (supra 452), párr. 116.
975 Corte IDH. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 356.
976 "No puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar también a las personas sometidas a dichos procesos las referidas garantías mínimas, las cuales se aplican mutatis mutandis en lo que corresponda", Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 142.
977 Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 132.

el Estado de garantizar el acceso a intérprete y a asistencia consular.[978] En un fallo reciente (2022), la corte ha establecido como mínimos los siguientes:

> a) ser informadas expresa y formalmente de los cargos en su contra y de los motivos de la expulsión o deportación. Esta notificación debe incluir información sobre sus derechos, tales como: i) la posibilidad de exponer sus razones y oponerse a los cargos en su contra, y ii) la posibilidad de solicitar y recibir asistencia consular, asesoría legal y, de ser el caso, traducción o interpretación; b) en caso de decisión desfavorable, deben tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente y presentarse ante ella para tal fin, y c) ser formal y fehacientemente notificadas de la eventual decisión de expulsión, que debe estar debidamente motivada conforme a la ley.[979]

En resumen, en materia de acceso a la justicia, tanto la vulnerabilidad en que se encuentran las personas migrantes como los efectos que pueden tener las medidas del Estado, han obligado a ampliar los alcances de la protección judicial y añadir nuevos elementos para su pleno goce y ejercicio en condiciones de igualdad.

VII.3.2. Las obligaciones específicas en materia de migración

A continuación, se revisan algunos de los derechos internacionalmente protegidos que dicen directa relación con las personas en situación de migración a fin de reseñar los estándares desarrollados por la Corte Interamericana a la luz de la situación de contexto en que se encuentran las personas migrantes. Centraremos el análisis en aquellos derechos que han tenido mayor desarrollo jurisprudencial: derechos laborales, protección de la familia, derecho a la nacionalidad y derecho de circulación (expulsiones colectivas) y la situación de niños, niñas y adolescentes en contextos migratorios.

Uno de los primeros desarrollos jurisprudenciales en materia de migración fue una opinión consultiva (2003) relativa a la "Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados". Al tratar sobre un tema en el que no existen normas específicas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte fundó su razonamiento a partir del derecho a la igualdad y el principio de no discriminación (artículos 1.1 y 24 CADH). En esta Opinión Consultiva la Corte señaló claramente que el Estado debía velar porque los trabajadores indocumentados no fueran objetos de tratos discriminatorios y se violara la igual protección de la ley respecto de sus derechos laborales[980].

978 Jurisprudencia constante de la Corte desde el año 1999, ver: Corte IDH. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párrs. 120 y 122.

979 Corte IDH. Caso Habbal y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 31 de agosto de 2022. Serie C No. 463, párr. 60.

980 Corte IDH, 2003, OC-18/03 (supra 125), párrs. 133-160.
Esta materia también fue tratada por: Organización de las Naciones Unidas. Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares (CMW). Observación general No 2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares. CMW/C/GC/2 de 28 de agosto de 2013. [en adelante CMW, 2013, OG 2].

En este tratamiento se hace explícito el hecho que la situación de vulnerabilidad en que se encuentran trabajadores migrantes se ve agravada en casos de trabajadores indocumentados o en situación migratoria irregular y esto obliga al Estado a adoptar medidas especiales para la protección de sus derechos.

En segundo lugar, si bien el derecho a la protección de la familia no trata en forma particular los derechos de personas en situación de migración, sí cobra especial relevancia en casos de deportaciones. Por ello, la Corte viene desarrollando algunos elementos que es útil reseñar. Así, en relación a las obligaciones del Estado conforme al artículo17 CADH, la Corte ha señalado que se deben adoptar medidas que permitan fortalecer el núcleo familiar y, por tanto, la separación de niños y niñas deben ser excepcionales y de preferencia temporales[981]. Además, ha señalado que las medidas que debe adoptar el Estado deben ser "complementarias a las que deban adoptar la sociedad y la familia"[982]. Por último, este derecho impone al Estado la obligación de adoptar medidas para lograr la reunificación familiar[983].

Por otra parte, el derecho a la nacionalidad regulado en el artículo 20 CADH consagra no solo el derecho a tener una nacionalidad, sino que también a no ser privado de ella en forma arbitraria[984]. En este ámbito, el derecho a la nacionalidad de los hijos e hijas de las personas migrantes ha sido objeto de particular análisis. En especial, la Corte Interamericana ha destacado la obligación que tiene el Estado de respetar y asegurar este derecho a niños y niñas, sin discriminación, esto es, con independencia del estatus migratorio de los padres y madres[985]. Asimismo, a partir de este derecho ha formulado una serie de consideraciones acerca de la apatridia y el deber del Estado de no adoptar medidas que la provoquen y la protección de quienes se encuentran en dicha condición de vulnerabilidad[986].

---

981 Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 226. Recientemente la corte ha señalado claramente que "La Corte ha encontrado que la ruptura de la unidad familiar a través de la expulsión de uno o ambos progenitores por infracciones migratorias relacionadas con el ingreso o permanencia resulta desproporcionada en estos supuestos, pues el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la vida familiar que puede traer aparejado repercusiones en la vida y el desarrollo de la niña o del niño aparece como irrazonable o desmedido frente a las ventajas que se obtienen al forzar al progenitor a abandonar el territorio por causa de una infracción de carácter administrativo" (Corte IDH. Caso Habbal y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 31 de agosto de 2022. Serie C No. 463, párr. 71).

982 Corte IDH, 2014, OC-21/14 (supra 452), párr. 67.

983 Corte IDH. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 420.

984 Sobre los límites a las decisiones estatales, es interesante lo que ha señalado la Corte en el sentido de que "[...] la determinación de quienes son nacionales sigue siendo competencia interna de los Estados. Sin perjuicio de ello, resulta necesario que dicha atribución estatal se ejerza en concordancia con los parámetros emanados de normas obligatorias del derecho internacional a las que los propios Estados, en ejercicio de su soberanía, se hayan sometido" (Corte IDH. Caso Habbal y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 31 de agosto de 2022. Serie C No. 463, párr. 91).

985 Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párrs. 191-192.

986 Corte IDH, 2014, OC-21/14 (supra 452), párr. 94. En la sentencia del caso Habbal y otros Vs. Argentina, la corte reiteró el estándar ya desarrollado en otros casos en orden a que "los Estados tienen la obligación de no adoptar prácticas o legislación, respecto al otorgamiento de la nacionalidad, cuya aplicación favorezca el incremento del número de personas apátridas. La apatridia tiene como consecuencia imposibilitar el goce de los derechos civiles y políticos de una persona, y ocasionarle una condición de extrema vulnerabilidad" (Corte IDH. Caso Habbal y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 31 de agosto de 2022. Serie C No. 463, párr. 92).

Por último, en materia del derecho de circulación consagrado en el artículo 22 CADH, la Corte IDH ha desarrollado de manera específica los alcances del derecho de circulación y residencia respecto de las personas migrantes. En particular, con base en los artículos 22.8 y 22.9 de la CADH, la Corte IDH ha señalado cuáles son las garantías que deben cumplirse en los procesos de expulsión a la luz de diversos tratados y resoluciones de organismos internacionales a las que hemos hecho referencia previamente[987] y, además, ha establecido que la prohibición del artículo 22.8 de expulsión o devolución de extranjeros en cuyo país estaría en peligro su vida o libertad, no es sólo un derecho reconocido a los asilados o refugiados, sino que a los extranjeros en general (tal como lo vimos en el apartado sobre Derecho Internacional de los Refugiados de este Curso).

Una mención especial debe hacerse al tema de la prohibición de las expulsiones colectivas. En efecto, la Corte ha señalado que el criterio general es que "el carácter 'colectivo' de una expulsión implica una decisión que no desarrolla un análisis objetivo de las circunstancias individuales de cada extranjero, y por ende recae en arbitrariedad"[988] y dicho análisis individual debe permitir a la autoridad "evaluar las circunstancias personales de cada sujeto, lo cual requiere, como mínimo, identificar a la persona y aclarar las circunstancias particulares de su situación migratoria"[989]. Por tanto, la cantidad de expulsados (elemento cuantitativo) no es lo relevante para considerar una expulsión como parte de un proceso "colectivo"[990].

Una de las materias que la Corte ha analizado con mayor detalle es la relativa a la protección de derechos de niños/as y adolescentes (NNA), particularmente, aquellos que viajan sin compañía de adultos. A continuación, se reseñan algunas de las materias que han sido objeto de especial consideración por parte de la Corte. El punto de partida de la Corte es que las niñas y niños gozan de los mismos derechos que los adultos y, además, poseen derechos adicionales atenida su condición de sujetos en desarrollo y que, por tanto, el artículo 19 debe entenderse como una obligación complementaria que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial. La principal consecuencia de aplicar este enfoque de derecho a la situación migratoria de NNA es que los Estados deben tener en cuenta "en forma transversal los derechos de niñas y niños y, en particular, su protección y desarrollo integral, los cuales deben primar por sobre cualquier consideración de la nacionalidad o el estatus migratorio, a fin de asegurar la plena vigencia de sus derechos"[991], lo que en la práctica se debe traducir

987 Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 175.
988 Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 171.
989 Corte IDH. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 381.
990 Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 172.
991 Corte IDH, 2014, OC-21/14 (supra 452), párr. 68.

en la prioridad que debe darse al interés superiores de NNA en todas las medidas relativas a su situación migratoria. Finalmente, la Corte llama la atención de que estas medidas también deben considerar sus condiciones personales en contextos de migración (edad, salud, situación del viaje, riesgo de trata, entre otros), a fin de determinar cuáles son las medidas especiales necesarias para la protección de sus derechos[992].

Este enfoque de especial protección de derechos, a juicio de la Corte, debe tener incidencia en todas las materias que afecten a NNA, tales como, solicitud de refugio o asilo, controles de ingreso al Estado, centros de acogida, procedimientos aplicables, separación familiar, procesos de deportación, derecho a la nacionalidad, apatridia, entre otros. Así, un claro ejemplo del impacto de este enfoque de derechos en estos casos es la improcedencia de "privación de libertad de niñas o niños que se encuentran junto a sus progenitores, así como de aquellos que se encuentran no acompañados o separados de sus progenitores" ni aún a pretexto de mantener a la familia reunida, debiendo siempre optarse por medidas menos lesivas[993].

Por último, una materia que ha sido objeto de especial preocupación por parte del Relator Especial de Naciones Unidas sobre Migración ha sido el de las condiciones para el regreso de las personas a sus lugares de origen. En esta materia los estándares de derechos humanos son exigentes, sea que el regreso sea forzoso (expulsiones) o voluntario[994].

En síntesis, un enfoque de derechos humanos respecto de personas migrantes y refugiados es un elemento central para que las políticas estatales sean compatibles con los compromisos internacionales de los Estados, a fin de que las personas en situaciones de movilidad humana puedan gozar y ejercer sus derechos humanos y, de esta forma, los Estados no incurran en responsabilidad internacional.

992 Corte IDH, 2014, OC-21/14 (supra 452), 70 y 71.
993 Corte IDH, 2014, OC-21/14 (supra 452), párr. 160.
994 Informe Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, A/HRC/38/41 de 4 de mayo de 2018.

VII.4. Corrupción

En años recientes, a partir de los procesos de construcción o consolidación democrática, surge la necesidad de explorar los elementos institucionales que impiden la construcción de democracias sólidamente fundadas en los derechos humanos, y uno de estos obstáculos es el fenómeno de la corrupción. Sin embargo, este fenómeno no se agota en los problemas económicos que genera o las implicancias que tiene para desarrollar negocios a nivel global con base en ciertas certezas mínimas de confiabilidad y "*fair trade*".[995] Clara demostración de esto son los casos de corrupción a nivel mundial han escandalizado a la ciudadanía y se va haciendo común ciertas ideas acerca de que la "corrupción mata" o que la "corrupción corrompe las democracias".

Uno de los ámbitos donde es posible visibilizar la necesidad de este debate profundo en torno al fenómeno de la corrupción ha sido en relación con su impacto en los derechos humanos. Efectivamente, de los múltiples ejemplos de corrupción a nivel mundial se puede observar cómo la corrupción puede presentar distintas formas y tener efectos de distinto orden (sobornos, malversación de fondos, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, entre otros). Todas estas son formas de corrupción, pero no todas ellas constituyen violaciones de derechos humanos. En todos ellos sí hay afectación al sistema democrático y al estado de derecho, pero en algunos esto adquiere dimensiones agravadas que sugieren una respuesta diferenciada. En todos puede darse afectación patrimonial al Estado, pero no en todos hay víctimas directas de esta afectación.

Por ello, se hace necesario despejar algunas cuestiones jurídicas para comprender el impacto que pueden tener distintas formas de corrupción en materia de derechos humanos[996].

VII.4.1. El fenómeno de Corrupción

Un aspecto central para entender el fenómeno de la corrupción es sacarlo del ámbito estrecho de la afectación del modelo económico o de la obtención individual de beneficios ilícitos y, más aún, evitar la mirada que tras los actos de corrupción habría una práctica aceptable e incluso beneficiosa para el desarrollo económico y que solo se justifica sancionar penalmente ciertas conductas

995 El enfoque de los organismos económicos internacionales desde la década de 1990 ha estado centrado en estos elementos y desde ahí se han construido políticas públicas en materia de corrupción que han impactado en importantes reformas a los sistemas de justicia, transparencia y rendición de cuentas.

996 En el sistema interamericano, ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Informe Temático Corrupción y Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II, resolución de 06 de diciembre de 2019. [en adelante CIDH, 2019, Informe].. En relación con la Corte Interamericana, ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 23. Corrupción y Derechos Humanos. San José, Costa Rica. Corte IDH, 2021. [en adelante Corte IDH, 2021, Cuadernillo 23].
En el sistema de Naciones Unidas ha habido variados pronunciamientos tanto del Consejo de Derechos Humanos como de algunos Comités. Un resumen de estos se puede consultar en https://www.ohchr.org/es/good-governance/resolutions-good-governance-and-human-rights

extremas[997]. Ciertamente, la corrupción debe ser entendida como un fenómeno que involucra un abuso de poder para la obtención ilegítima de un beneficio privado, económico o de otro carácter, aprovechando o abusando de una posición de poder y que supone el incumplimiento de un mandato normativo, por lo que existe un quiebre del sistema normativo con efectos institucionales y, también, tiene la potencialidad de afectar a terceros.

El fenómeno de la corrupción debe ser evaluado en todas sus diversas expresiones, esto es, como acto aislado de abuso de la función de poder en beneficio privado (propio o de terceros), pero también como parte de un fenómeno institucional más complejo. En este sentido, la tradicional distinción formulada por Transparencia Internacional, entre gran corrupción, menor corrupción y corrupción política, de acuerdo con monto y sector donde se presenta[998], no parece suficiente para dar cuenta de este complejo fenómeno. De ahí, que sea necesario abrirse a formas más complejas de corrupción como la estructural, esto es, una práctica que define el funcionamiento de ciertas instituciones y que opera a través de redes de poder, cuya principal función es proteger y mantener en la impunidad la corrupción funcional a su grupo[999]. Por ello, la mirada de Robert KLITGAARD ha tenido gran influencia, ya que ha definido los elementos que permiten el desarrollo de la corrupción desde un punto de vista institucional, su clásica ecuación es: corrupción = poder monopólico + discrecionalidad – rendición de cuentas e impunidad[1000]. Este enfoque permite evaluar aquellos elementos que facilitan el desarrollo de sistemas corruptos en un campo organizacional determinado y, de esta forma, se hacen más evidentes los factores a los que debe apuntar una política de lucha contra la corrupción.

En síntesis, existe un vínculo evidente entre un entendimiento complejo del fenómeno de la corrupción y el socavamiento de las bases del sistema democrático y del estado de derecho. Al afectarse la igualdad formal y sustantiva, se ve mermada la democracia; al vulnerarse las instituciones democráticas, el control interinstitucional, la supremacía de la ley y el poder judicial, se afectan las bases del estado de derecho. Esto tiene evidentes consecuencias en materia de derechos humanos que también considera al principio de igualdad como uno de sus principios estructurante[1001].

---

997 En alguna época reciente incluso se hablaba de la corrupción como un fenómeno inevitable e incluso sano ya que "aceitaba" el sistema económico y permitía se buen funcionamiento. Por ello, la respuesta se centraba en sancionar penalmente o con altas multas los casos extremos y de carácter individual que afectaban las decisiones en el mercado económico (S. Huntington. Political Order in Changing Societies. USA, Yale University Press, 1968. [en adelante Huntington, 1968]).

998 Transparencia Internacional. Guía de Lenguaje Claro, 2009. [en adelante Transparencia, 2009]

999 Siguiendo a Irna Sandoval, definiremos "corrupción estructural" como una forma específica de dominación social sustentada en un diferencial de poder estructural en la que predominan el abuso, la impunidad y la apropiación indebida de los recursos de la ciudadanía, (I. Sandoval. "Enfoque de la corrupción estructural: poder, impunidad y voz ciudadana", en Revista Mexicana de Sociología. Vol. 78 Nº 1, ene/mar, México, pp. 119-152, 2016. [en adelante Sandoval, 2016]).

1000 R. Klitgaard. "International cooperation against corruption", en Finance & Development, 1998. [en adelante Klitgaard, 1998].

1001 CIDH, 2019, dic. Informe (supra 996), capítulo 2.

VII.4.2. Corrupción y Derechos Humanos

Pese a las evidencias sobre la profunda conexión entre corrupción y DDHH, en la práctica ha habido un vacío entre la agenda de derechos humanos y la anticorrupción. Mas, este vacío ha comenzado a ser paulatinamente superado. Ejemplo de ello es la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que desde 2009 ha señalado que "la lucha contra la corrupción es de suma importancia y tendrá presente esta circunstancia cuando se le presente un caso en que deba pronunciarse al respecto"[1002]. Por su parte, en la resolución Nº 1/18 de 02 marzo de 2018, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), señala que "la corrupción es un complejo fenómeno que afecta a los derechos humanos en su integralidad —civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales—, así como al derecho al desarrollo; debilita la gobernabilidad y las instituciones democráticas, fomenta la impunidad, socava el Estado de Derecho y exacerba la desigualdad"[1003]. En un sentido similar se había pronunciado el Secretario General de Naciones Unidas al señalar que la corrupción "da pie a violaciones de derechos humanos".[1004] El esfuerzo más integral de abordar este tema en forma multidimensional ha sido el informe temático de la Comisión Interamericana "Derechos Humanos y Corrupción: Estándares interamericanos", de 06 de diciembre de 2019[1005].

Desde un enfoque analítico, podemos distinguir dos dimensiones en que es posible establecer vínculos sustantivos entre corrupción y derechos humanos: (a) prácticas corruptas que afectan directamente un derecho humano; (b) prácticas corruptas que conducen a violaciones de derechos humanos, pero que, consideradas en sí mismas, no violan un derecho.

(a) Un acto corrupto puede afectar de forma directa un derecho cuando aquel significa inmediatamente el incumplimiento de una obligación estatal referida a dicho derecho. Así, por ejemplo, cuando un/a juez/a acepta un soborno, se afecta de forma inmediata su imparcialidad, con lo cual se viola el derecho a un juicio justo o cuando un/a funcionario/a o institución estatal actúa de forma tal que impide que una o más personas tengan acceso a ese derecho; por ejemplo, cuando alguien necesita sobornar a un/a funcionario/a para obtener un subsidio habitacional o a un médico para acceder a un tratamiento en un hospital público. Estas son formas individuales de corrupción con impacto en DDHH. Pero también pueden darse actos institucionales de corrupción que directamente afectan el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos, estableciéndose un vínculo causal directo entre el fenómeno de la corrupción y las violaciones de derechos

1002 Corte IDH. Caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011, Serie C No. 233, párr. 208.
1003 CIDH. Resolución 1/18 Corrupción y Derechos Humanos. 02 de marzo de 2018. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-18-es.pdf
1004 K. Annan Annan. "Prólogo", en Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción. Nueva York, USA, Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2009. [en adelante Annan, 2009].
1005 CIDH, 2019, dic. Informe (supra 996). Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/CorrupcionDDHHES.pdf

humanos. A partir de estos actos, imputable al Estado, es posible configurar casos de responsabilidad internacional por hechos de corrupción.

(b) Una segunda dimensión son aquellos casos donde un acto corrupto puede ser un antecedente esencial en una cadena de acontecimientos que conduce a la violación de un derecho. En estos casos, el acto corrupto genera un riesgo directo de que se produzca una vulneración de derechos, estableciéndose así un nexo causal indirecto entre la corrupción y la violación de derechos humanos. Los ejemplos más obvios están vinculados con el impacto de la corrupción en los derechos sociales, económicos y culturales (DESC)[1006]. Asimismo, en esta categoría podemos ubicar la afectación de la corrupción al principio de igualdad y no discriminación, particularmente, el efecto que puede tener en las personas que pertenecen a grupos en situación de discriminación, tales como trabajadores migrantes, pueblos indígenas, personas privadas de libertad, entre otros; por ejemplo, un/a trabajador/a inmigrante que no cuenta con permiso de residencia podrá ser extorsionado fácilmente por algún funcionario corrupto, a sabiendas de que aquellos muchas veces no tienen donde presentar sus quejas o tienen miedo de hacerlo o procesos de consulta de los pueblos indígenas donde se dan amplios espacios para la corrupción.

En esta misma línea, es importante destacar que la corrupción afecta de manera diferente a hombres y mujeres, particularmente, estas prácticas dificultan que las mujeres tengan el poder suficiente para desafiar a la corrupción y el clientelismo, y las hacen más propensas a sufrir sus efectos; además, las mujeres se ven especialmente afectadas por ciertos tipos criminales que, por regla general, involucran actos de corrupción, como el tráfico ilegal de inmigrantes y la trata de personas[1007].

Por otra parte, es necesario relevar que la relación entre corrupción y derechos humanos no sólo presenta la dirección negativa recién señalada (corrupción como vulneración de derechos humanos), sino también muestra una dirección de carácter positivo. Esta interacción provechosa está dada por las confluencias estratégicas entre las agendas del movimiento anti-corrupción y el movimiento por los derechos humanos. Ambas agendas tienen el potencial de repercutir sobre la otra: mientras que la lucha contra la corrupción puede tener un efecto positivo en el goce y ejercicio de los derechos humanos, el fomento de los derechos humanos reduce las oportunidades de corrupción.

Empero, frente a la posibilidad de utilizar el instrumento penal para la protección de los derechos humanos y la lucha contra la corrupción, surge la necesidad de que dicha respuesta no solo sea eficaz, sino que esta se haga bajo ciertos estándares mínimos de respeto de los derechos humanos. Sin este requisito la respuesta pierde

1006 Este es un vínculo evidente que ha sido ampliamente desarrollado para relacionar corrupción con derechos humanos y con impacto en materia de recursos para salud, vivienda, educación, entre otros. Ver International Council on Human Rights Policy (ICHRP). Corruption and Human Rights: Making the Connection. Ginebra, 2009. [en adelante ICHRP, 2009], At. 45-63.

1007 CIDH, 2019, dic. Informe (supra 996), capítulo 5.

legitimidad y se termina socavando el Estado de Derecho que se busca proteger[1008]. Son tres las cuestiones a las que se debiera dar preponderancia en materia penal para una eficaz lucha contra la corrupción con perspectiva de derechos humanos: (a) la política criminal para enfrentar la corrupción, (b) las condiciones de regulación de la justicia criminal en casos de corrupción; y, (c) respeto por el debido proceso[1009].

VII.4.3. La responsabilidad internacional, corrupción y derechos humanos

Frente a esta realidad de corrupción estructural que vive la región, los Estados están obligados a adoptar todas las medidas legislativas y de otro carácter para garantizar el pleno respeto y ejercicio de los derechos humanos. Estas medidas deben ser integrales, coherentes y coordinadas y apuntar a los factores sistémicos que fomentan, permiten y provocan la corrupción en la región, esto es, la debilidad institucional, espacios de concentración de poder, amplia discrecionalidad, ausencia de mecanismos de control efectivos, ambiente de impunidad y cultura de tolerancia hacia la corrupción[1010].

Sin duda alguna que en esta materia el principal desafío para la protección internacional de derechos humanos es poder establecer si el fenómeno de corrupción puede ser considerado una violación de derechos humanos o ser la causa directa de una violación de estos.

Lo primero, es recordar que la responsabilidad internacional del Estado se configura cuando se incumple con una obligación en materia de derechos humanos (ilícito internacional). En esta materia la obligación de garantía es una cuestión central ya que en muchos casos será imposible demostrar la violación directa del mandato normativo, sino que dicha responsabilidad surgirá por el incumplimiento del deber de organizar el aparato de poder público para permitir el goce y ejercicio de derechos sin discriminación. Así, es posible establecer responsabilidad internacional cuando el Estado no cumple con sus deberes de prevención, protección y del deber de justicia en casos de corrupción[1011]. Asimismo, atendida la realidad regional, la CIDH destaca el deber del Estado de evitar que los actos de corrupción queden en la impunidad, como parte de su obligación de garantía.

1008 Corte IDH. Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011 Serie C No. 233.

1009 CIDH, 2019, dic. Informe (supra 996), capítulo 4.

1010 Este es un tema que fue particularmente desarrollado por la Comisión Interamericana en su informe de 2019, ver: CIDH, 2019, dic. Informe (supra 996), Conclusiones y Recomendaciones.

1011 "En este sentido, los Estados deben adoptar medidas institucionales como legislación, recursos eficaces, procedimientos rápidos y accesibles, y organizativas como sistemas de alerta rápida, evaluación de riesgos, para garantizar una adecuada protección de quienes se ven afectados por la corrupción estructural, tanto por los resultados de la corrupción como por quienes la denuncian y combaten. Estas medidas van desde actuaciones específicas de protección de un individuo amenazado en el goce y ejercicio de sus derechos a medidas de políticas públicas destinadas a crear ambientes propicios para la protección de los derechos humanos como ocurre en el caso de los defensores y defensoras de derechos humanos. La Comisión considera que estas medidas de protección son esenciales para evitar que la corrupción de actores privados o no estatales afecte los derechos humanos" (CIDH, 2019, dic. Informe (supra 996), párr. 258).

Esto es trascendente frente a casos de corrupción privada o casos donde no es posible acreditar la participación de agentes del Estado en el acto o situación de corrupción, pero sí es posible configurar su responsabilidad por falta de actuación diligente[1012]. Por último, en relación con la obligación de no discriminación, es evidente que la corrupción genera graves consecuencias para la igualdad, generando situaciones que afectan el trato igual entre iguales y el trato diferenciado respecto de quienes están en situación de desigualdad real y esto también puede tener impacto en la configuración de un ilícito internacional[1013].

Ahora, en cuanto a los límites legítimos en materia de derechos humanos y corrupción, una de esas hipótesis es la *restricción* de derechos, esto es, una afectación de los derechos cuando una ley lo permite a fin de alcanzar un objetivo legítimo de ser necesario en una sociedad democrática. Respecto de la posibilidad de restricción a los derechos humanos en relación con la corrupción es necesario tener en consideración que la corrupción nunca puede ser un elemento que justifique la restricción de derechos; distinto es el hecho de considerar la lucha contra la corrupción como un objetivo legítimo para la restricción de derechos conforme a los estándares internacionales. Así, una medida anticorrupción podrá considerar restricciones de derechos en la medida que estas medidas sean *necesarias* (hay un interés público comprometido como lo es la lucha contra la corrupción y no hay otra vía menos invasiva de alcanzarlo que mediante una restricción de derechos), *idóneas* (son conducentes a obtener el fin legítimo que es el combate a la corrupción), y *proporcionales* (ponderando la medida estatal anticorrupción con el derecho humano en juego, la medida estatal anticorrupción afecta en la menor medida posible el derecho a fin de obtener el resultado perseguido). Por último, el Estado nunca podrá restringir derechos humanos con la sola invocación de la necesidad de luchar contra la corrupción; siempre será necesario que se cumplan con los requisitos que legitiman una medida que limite el pleno goce y ejercicio de derechos humanos.

En cuanto a la *suspensión* del ejercicio de ciertos derechos, debemos recordar que este es un ámbito en el cual se puede limitar el ejercicio de algunos derechos humanos en situaciones excepcionales. Esto genera un espacio propicio para el abuso de poder y la corrupción. De esta forma, es importante tener presente que, en casos de emergencia, las obligaciones de control judicial se mantienen vigentes y nunca podrá ser excusa una emergencia para incurrir en actos de corrupción. De ahí que la prohibición de corrupción nunca puede verse alterada, ni aún en situaciones de excepcionalidad[1014].

Junto con el ilícito internacional, el otro elemento que configura la responsabilidad internacional es la *atribución del acto ilícito al Estado*. En materia de corrupción,

1012 CIDH, 2019, dic. Informe (supra 996), párr. 264.
1013 CIDH, 2019, dic. Informe (supra 996), párr. 272.
1014 En relación con la corrupción en el marco de la pandemia del COVID-19, la CIDH emitió un comunicado el 16 de septiembre de 2020 donde "llama a combatir la corrupción y garantizar los derechos humanos a través de la transparencia y rendición de cuentas en la gestión pública en contexto de pandemia de COVID-19). Ver: http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/223.asp

el elemento determinante para atribuir responsabilidad al Estado es establecer, en cada caso concreto, cuáles son las autoridades involucradas directamente en un acto de corrupción, pero también las autoridades que debían adoptar medidas preventivas, de protección, de investigación y sanción y de reparación.

Así las cosas, en materia de corrupción y derechos humanos es posible sostener que hay responsabilidad del Estado por violación de sus compromisos en materia de derechos humanos cuando un acto o situación de corrupción constituye o motiva un incumplimiento a una obligación internacional y dicho ilícito es atribuible al Estado. Así, puede configurarse una violación de derechos humanos y con ello la responsabilidad internacional, cuando un acto o situación de corrupción constituye o motiva un incumplimiento a una obligación internacional y dicho ilícito es atribuible al Estado y, de conformidad con los principios del derecho internacional de los derechos humanos, el Estado tiene la obligación de reparar a las víctimas por las violaciones de derechos humanos cometidas en su perjuicio[1015].

Por supuesto, hay áreas donde esta relación entre protección internacional de derechos humanos y corrupción es más cercana, como en relación con la libertad de expresión y la garantía de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales; grupos especialmente expuestos a sufrir las consecuencias de la corrupción; el impacto de la corrupción en los poderes judiciales y en la política; corrupción y crimen organizado, entre otros. Como se ve, todos estos son ámbitos donde el DIDH ha desarrollado amplios estándares que pueden ser de gran utilidad para potenciar la lucha contra la corrupción[1016].

VII.5. Protesta Social[1017]

El debate público y los desarrollos jurisprudenciales estos últimos años han estado centrados en el tema de la protesta social[1018]. Este derecho no se encuentra reconocido en los instrumentos internacionales y ha ido siendo desarrollado desde una mirada conjunta de un grupo de derechos de similar forma como en décadas pasadas se avanzó en la construcción de estándares sobre desaparición forzada y

1015 A. Peters. Corruption and Human Rights. Working Series Papers Nº 20, Basel Institute on Governance, Basilea, 2015. [en adelante Peters, 2015].

1016 Sobre estos temas con mayor detalle, ver: CIDH, 2019, dic. Informe (supra 996).

1017 Este apartado toma como base C. Nash. Infranqueables: Lecciones sobre la protección de derechos humanos en tiempos autoritarios. Tomos I y II. Editorial Universitaria, Santiago, 2022. [en adelante Nash, 2021].

1018 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Protesta Social y Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II, de septiembre de 2019. [en adelante CIDH, 2019, sep. Informe].. Sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana en la materia, ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 25. Orden público y uso de la fuerza. San José, Costa Rica. Corte IDH, 2021. [en adelante Corte IDH, 2021, Cuadernillo 25]. Además de la jurisprudencia contenida en el Cuadernillo No. 25, se puede revisar el caso Corte IDH. Caso Tavares Pereira y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2023. Serie C No. 507, párrs. 89-193 donde se reiteran estándares generales sobre la materia.
En relación con el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, ver: CDH, 2020, OG 37 (supra 677).
En cuanto a los estándares en el sistema europeo, ver: Corte Europea, Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights. Mass protests. 31 de agosto de 2020.

luego derecho a la verdad, en años recientes es el derecho a la protesta social el que ha centrado estos esfuerzos[1019].

En una democracia sana, la participación social es esencial para el ejercicio de la ciudadanía y, por lo tanto, cualquier medida de restricción que adopte la autoridad debe ser objeto de un alto escrutinio público, ya que su implementación puede derivar en graves violaciones de derechos humanos y situaciones de violencia que son perfectamente previsibles y evitables por parte de la autoridad. Este es un estándar aplicable no solo en momentos de "normalidad", sino que especialmente en tiempos de crisis política y social.

Es así como desde mediados de los años 80, con los procesos de democratización del Cono Sur y de pacificación en Centroamérica, la idea de democracia en Latinoamérica no se limita a un tipo de gobierno basado en la elección periódica de autoridades, sino también en la construcción de un estado constitucional y democrático de derecho con base de un rol normativo de la Constitución, controles interinstitucionales efectivos, una concepción robusta de los derechos fundamentales y un destacado rol de la justicia constitucional en su protección, una cada vez mayor interacción entre la protección nacional e internacional y formas de participación ciudadanía cada vez más amplias y profundas[1020].

VII.5.1. La protesta social como ejercicio múltiple de derechos

La protesta social puede ser definida como "una forma de acción individual o colectiva dirigida a expresar ideas, visiones o valores de disenso, oposición, denuncia o reivindicación"[1021]. Se caracteriza por el ejercicio del derecho a participar en los asuntos públicos a través de expresiones políticas y/o reivindicaciones sectoriales y ha tenido expresiones variadas que van desde la expresión pública de ideas a actos de desobediencia civil y manifestaciones violentas[1022]. El derecho a la protesta implica su ejercicio sin autorización previa, a elegir el contenido y el mensaje de la protesta, a escoger el tiempo y el lugar de las manifestaciones y a elegir el modo de la protesta[1023].

1019 "[...] La posibilidad de manifestarse pública y pacíficamente es una de las maneras más accesibles de ejercer el derecho a la libertad de expresión, por medio de la cual se puede reclamar la protección de otros derechos. Por tanto, el derecho de reunión es un derecho fundamental en una sociedad democrática y no debe ser interpretado restrictivamente" (Corte IDH. Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371, párr. 171).

1020 Ferrajoli, 2008 (supra 860), pp. 117-132; Landa, 2010 (supra 836); C. Nash. Infranqueables. La protección de los derechos humanos en tiempos autoritarios, Tomo II, Santiago, Editorial Universitaria, Santiago, 2022. [en adelante Nash, 2022].

1021 CIDH, 2019, sep. Informe (supra 1018), párr. 1.

1022 Sobre el derecho a la protesta desde una perspectiva jurídica, ver R. Gargarella. "El derecho frente a la protesta social", en Revista de la Facultad de Derecho de México, [S.l.], v. 58, n. 250, 183-199, junio, 2017. [en adelante Gargarella, 2017], At. 183-199.

1023 Un detalle de cada uno de estos aspectos en: CIDH, 2019, sep. Informe (supra 1018), párrs. 55-89.

En consecuencia, en una perspectiva de derechos humanos, la protesta social es un fenómeno que implica el ejercicio de una serie de derechos, tales como, expresión, reunión, asociación, derechos políticos, libertad sindical y derecho a huelga, entre otros[1024]. Así, estamos ante un derecho que no está reconocido como tal en los instrumentos internacionales, pero se construye con base en el ejercicio conjunto de varios derechos que sí lo están. Esta construcción compleja no es nueva en DIDH, ya lo hemos visto en materia de "derecho a la verdad", en "acceso a la justicia" y en el derecho a no ser objeto de "desaparición forzada". En todos estos casos se han construido derechos con claros contornos, obligaciones diferenciadas para el Estado y desarrollos normativos y jurisprudenciales relevantes.

Empero, no estamos ante un derecho absoluto, sino que uno que admite límites legítimos. En efecto, en tanto la protesta es un ejercicio de derechos que puede entrar en conflicto con intereses del Estado (orden público, seguridad interna, salud pública) o derechos de otros (libre tránsito, seguridad personal, propiedad), es legítimo que el Estado regule su ejercicio y establezca ciertos límites, siempre que estos límites satisfagan estrictamente los principios de: a) legalidad, b) objeto y fin legítimo compatible con las obligaciones internacionales del estado, c) proporcionalidad (medidas necesarias en una sociedad democrática)[1025]. Estos límites, en ningún caso, pueden implicar que, en la práctica, se haga imposible el derecho a la protesta, esto es, los límites a los derechos humanos también tienen límites.

En este sentido, es muy importante tener en consideración que la protesta puede implicar molestias y problemas para el normal funcionamiento de las ciudades o espacio público, pero esta situación debe ser ponderada por la autoridad y, en dicha valoración, considerar la importancia que tiene el ejercicio de la protesta como parte fundamental de una sociedad democrática[1026]. En consecuencia, cualquier limitación debe regirse por un estricto principio de proporcionalidad, esto es, que los límites a la protesta deben ser justificados sobre la base de "fines

---

1024 Un detalle sobre la forma en que estos derechos se ven imbricados en el derecho a la protesta, ver CIDH, 2019, sep. Informe (supra 1018), párrs. 17-26.

1025 "Respecto al alcance de estos derechos, si bien la libertad de reunión pacífica, de expresión, de asociación y de participación no son absolutos, las restricciones a estos derechos deben sujetarse a una serie de requisitos. Para que las restricciones a estos derechos sean legítimas deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública, en los términos de los artículos 13, 15 y 16 de la Convención Americana, y de los artículos IV, XXI y XXII de la Declaración" (CIDH, 2019, sep. Informe (supra 1018), párr. 31).
En el mismo sentido, "[...] la Corte recuerda que el derecho de reunión no es un derecho absoluto y puede estar sujetos a restricciones, siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias, por ello, deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo (los cuales están limitados por el artículo 15 de la Convención a la seguridad nacional, la seguridad o el orden público, o para proteger la salud o la moral pública o los derechos o libertades de los demás) y ser necesarias y proporcionales" (Corte IDH. Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371, párr. 174).

1026 Al efecto, la CIDH ha señalado que en el ejercicio de ponderación las autoridades deben tener en consideración que "en algunas ocasiones el ejercicio del derecho de reunión puede distorsionar la rutina de funcionamiento cotidiano, especialmente en las grandes concentraciones urbanas, e inclusive generar molestias o afectar el ejercicio de otros derechos que merecen la protección y garantía estatal, como el derecho a la libre circulación" (CIDH, 2019, sep. Informe (supra 1018), párr. 41).

imperiosos" que no pueden ser logrados sino a través de la limitación del ejercicio de la protesta[1027] y, por ello, de existir alternativas para satisfacer otros intereses o derechos, se deben preferir aquellas medidas y no la restricción del derecho a la manifestación pública[1028]. Un buen ejemplo son manifestaciones racistas, xenófobas o que inciten al odio, en cuyo caso se pueden establecer restricciones acordes a los postulados de una sociedad democrática.

Asimismo, en caso de que en el marco de la protesta social se produzcan actos de violencia, es obligación de las autoridades proteger a los manifestantes y limitar los derechos de quienes incurren en las acciones de violencia[1029]. Al respecto, es necesario recordar que las acciones de violencia en el marco de manifestaciones pacíficas no deslegitiman el derecho de las personas a manifestarse[1030] y, en consecuencia, las acciones de violencia no pueden ser usadas por las autoridades para criminalizar a los manifestantes ni sus dirigentes[1031].

Por último, es relevante tener presente que el derecho a la protesta social no es solo un ejercicio de derechos individuales, sino que tiene una dimensión social en tanto su ejercicio está íntimamente vinculado con la salud del sistema democrático. Así, el reciente informe de la CIDH (2019), sobre "Protesta Social y Derechos Humanos", concluye que:

El derecho a la libre manifestación y a la protesta pacífica son elementos esenciales del funcionamiento y la existencia misma del sistema democrático, así como un canal que permite a las personas y a distintos grupos de la sociedad expresar sus demandas, disentir y reclamar respecto al gobierno, a su situación particular, así como por el acceso y cumplimiento a los derechos políticos y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.[1032]

1027 "Las limitaciones a la protesta social deben ser necesarias en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que persiguen y estrictamente proporcionadas a la finalidad que buscan" (CIDH, 2019, sep. Informe (supra 1018), párr. 38).

1028 "Este requisito sugiere que se seleccione el medio menos gravoso disponible para proteger los bienes jurídicos fundamentales (protegidos) de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro, pues lo contrario llevaría al ejercicio abusivo del poder del Estado. En otras palabras, entre varias opciones para alcanzar el mismo objetivo, debe escogerse la que restrinja en menor escala los derechos protegidos por la Convención Americana" (CIDH, 2019, sep. Informe (supra 1018), párr. 40).

1029 "La Comisión reconoce que los Estados tienen el deber de adoptar las medidas necesarias para evitar actos de violencia, garantizar la seguridad de las personas -- incluidos los manifestantes-- y mantener el orden público. El accionar violento de manifestantes o de terceros que pongan en riesgo cierto la vida o la integridad física de personas que participan o no de la protesta obliga al Estado a realizar las acciones proporcionadas para prevenir y evitar estos hechos, limitando el derecho a la protesta de los autores de los hechos de violencia" (CIDH, 2019, sep. Informe (supra 1018), párr. 82).

1030 "Cuando algunos individuos cometen actos de violencia en el contexto de una protesta estos deben ser individualizados, pero los demás manifestantes conservan su derecho a la reunión pacífica. En consecuencia, ninguna reunión debería considerarse desprotegida" (CIDH, 2019, sep. Informe (supra 1018), párr. 83).

1031 "La criminalización de personas que participen en manifestaciones públicas o que las lideren no solo tiene impacto sobre el derecho de libertad de expresión y reunión, sino también efectos graves y sistémicos sobre el ejercicio de los derechos de libertad de asociación y de participación política. En particular, la criminalización genera una serie de impactos sobre el libre funcionamiento y articulación de las organizaciones, partidos políticos, sindicatos, redes, movimientos u otros grupos a los que pertenecen las personas imputadas" (CIDH, 2019, sep. Informe (supra 1018), párr. 193).

1032 CIDH, 2019, sep. Informe (supra 1018), párr. 330.

En consecuencia, las obligaciones de las autoridades estatales frente a la protesta social son las propias de todos los derechos humanos, esto es, respetar su ejercicio y garantizarlo sin discriminación a través de la organización de todo el aparato de poder público para permitir el libre y pleno ejercicio de los derechos que configuran la protesta social[1033]. De esta forma, es deber de todas las autoridades tomar medidas preventivas para permitir el ejercicio de las manifestaciones, proteger a quienes ejercen el derecho y, castigar adecuadamente, a quienes lo impiden. De igual forma, el derecho a la protesta debe poder ser ejercido en condiciones de igualdad y no discriminación, lo que implica que "los Estados no pueden limitar la protesta social en base a los prejuicios e intolerancia que los gobiernos o las sociedades tengan frente a una persona o grupo"[1034].

Para enfrentar posibles actos de violencia en el marco del ejercicio del derecho a la protesta el Estado debe tomar medidas que regulen el uso de la fuerza por parte de las policías. Conforme lo que ha establecido la Corte Interamericana:

> [...] el uso de la fuerza acarrea obligaciones específicas a los Estados para: (i) regular adecuadamente su aplicación, mediante un marco normativo claro y efectivo; (ii) capacitar y entrenar a sus cuerpos de seguridad sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos, los límites y las condiciones a los que debe estar sometido toda circunstancia de uso de la fuerza, y (iii) establecer mecanismos adecuados de control y verificación de la legitimidad del uso de la fuerza.[1035]

Asimismo, la Corte Interamericana ha establecido que su uso debe hacerse bajo los principios de legalidad, absoluta necesidad y proporcionalidad[1036]. Estos

1033 "La obligación general de respetar tiene una especial aplicación a los efectos de abstenerse de impedir u obstaculizar la protesta social. Esta Comisión ya ha señalado que mientras la obligación de respetar "se define por el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho, [las de] proteger consisten en impedir que terceros interfieran, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes", la obligación de facilitar el ejercicio de un derecho incluye obligaciones tendientes a "asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando puede hacerlo por sí mismo [...] y de promover, [obligaciones que] se caracterizan por el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien" (CIDH, 2019, sep. Informe (supra 1018), párr. 54).

1034 CIDH, 2019, sep. Informe (supra 1018), párr. 46.

1035 Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371, párr. 161.

1036 "Tomando en cuenta lo anterior, la Corte ha establecido que la observancia de las medidas de actuación en caso que resulte imperioso el uso de la fuerza impone satisfacer los principios de legalidad, absoluta necesidad y proporcionalidad, en los términos siguientes: Legalidad: el uso de la fuerza debe estar dirigido a lograr un objetivo legítimo, debiendo existir un marco regulatorio que contemple la forma de actuación en dicha situación. Absoluta necesidad: el uso de la fuerza debe limitarse a la inexistencia o falta de disponibilidad de otros medios para tutelar la vida e integridad de la persona o situación que pretende proteger, de conformidad con las circunstancias del caso. Proporcionalidad: los medios y el método empleados deben ser acorde con la resistencia ofrecida y el peligro existente. Así, los agentes deben aplicar un criterio de uso diferenciado y progresivo de la fuerza, determinando el grado de cooperación, resistencia o agresión de parte del sujeto al cual se pretende intervenir y con ello, emplear tácticas de negociación, control o uso de fuerza, según corresponda" (Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C, N°371, párr. 162).
Por su parte, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas en 2021 ha exhortado "a todos los Estados a que adopten medidas eficaces para garantizar que el uso de la fuerza por la policía y otros agentes de la autoridad, incluido el uso de armas menos letales, se ajuste a las obligaciones internacionales y a los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad, responsabilidad y no discriminación, y que quienes hagan uso de la fuerza rindan cuentas de cada uno de esos usos, sin perder de vista que la fuerza letal sólo puede usarse como protección contra lesiones corporales graves o contra una amenaza inminente para la vida" (Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/46/L.27, resolución de 15 de marzo de 2021, párr. 12).

principios son especialmente exigentes y obligan al Estado a regular por ley el uso de la fuerza cuando pueda tener consecuencias letales[1037] y su uso tenga fines legítimos (el castigo y la dispersión a través de armas menos letales no califica como fin legítimo). De la misma forma, se exige al Estado hacer uso de la fuerza cuando sea absolutamente necesario y en forma proporcional (cuestión que debe ser acreditada en cada caso[1038]) y con mecanismos de control adecuados[1039]. Además, la Corte Interamericana ha señalado que el uso de la fuerza debe regirse por el principio de humanidad que prohíbe causar daños desproporcionados y relevantes[1040].

Por último, es importante tener presente que el Estado no libra su responsabilidad con la sola afirmación de que los funcionarios policiales pueden actuar fuera de sus funciones (*ultra vires),* sino que la Corte ha establecido criterios estrictos para evaluar la responsabilidad en estos casos:

> Como se desprende de estas y otras pruebas, la Corte advierte que, contrario a lo alegado por el Estado, su responsabilidad no surge solamente de algunos actos de agentes estatales que actuaron fuera de los límites de sus competencias. La responsabilidad del Estado por el uso excesivo de la fuerza en este caso también surge por la omisión de las autoridades en prevenir estas violaciones: (i) al no haber regulado adecuadamente el uso de la fuerza por parte de sus cuerpos de seguridad ; (ii) al no capacitar adecuadamente a sus distintos cuerpos policiales, en cualquier de los tres ámbitos de gobierno —federal, estadual o municipal— de forma que realizaran sus labores de mantenimiento del orden público con el debido profesionalismo y respeto por los derechos humanos de los civiles con los que entran en contacto en el curso de sus labores, (iii) al momento de diseñar el operativo del 4 de mayo con la participación de agentes que no podían ser objetivos y sin haber dado instrucciones expresas e inequívocas en cuanto a la obligación de respetar los derechos humanos de los manifestantes, los transeúntes y espectadores ; (iv) durante los operativos al no detener o tomar acciones frente a los abusos que se veían cometiendo,

1037 "Al respecto, la Corte ha sostenido que el uso excepcional de la fuerza letal deberá estar formulado por ley, y ser interpretado restrictivamente de manera que sea minimizado en toda circunstancia, no siendo más que el 'absolutamente necesario' en relación con la fuerza o amenaza que se pretende repeler" (Corte IDH. Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de abril de 2015. Serie C, N°292, párr. 263).

1038 La Corte Interamericana ha señalado que, en cada caso concreto, "para determinar la proporcionalidad del uso de la fuerza, debe evaluarse la gravedad de la situación que enfrenta el funcionario. Para ello, se debe considerar, entre otras circunstancias: la intensidad y peligrosidad de la amenaza; la forma de proceder del individuo; las condiciones del entorno, y los medios de los que disponga el funcionario para abordar una situación específica" (Corte IDH. Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de agosto de 2014. Serie C, N°281, párr. 136).

1039 "[...] La Corte concluye que el uso indiscriminado de la fuerza por parte del Estado en este caso, resultado de una ausencia de regulación adecuada, una falta de capacitación de los agentes, una supervisión y monitoreo ineficiente del operativo, y una concepción errada de que la violencia de algunos justificaba el uso de la fuerza contra todos, conllevan violaciones a los artículos 5 y 11 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo tratado [...]" (Corte IDH. Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C, N°371, párr. 170).

1040 "[...] El principio de humanidad complementa y limita intrínsecamente el principio de necesidad, al prohibir las medidas de violencia que no son necesarias (es decir, relevantes y proporcionadas) para el logro de una ventaja militar definitiva [...]" (Corte IDH. Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C, N°166, párr. 85).

> de manera de efectivamente supervisar y monitorear la situación y el uso de la fuerza ; (v) por la inoperancia de los mecanismos de control y verificación de la legitimidad del uso de la fuerza con posterioridad a la ocurrencia de los hechos. Respecto a esto último, se resalta que los abusos policiales se registraron en imágenes de televisión que estaban saliendo en vivo al momento de los hechos, además que, de acuerdo con las propias agencias de seguridad, al menos el operativo de 4 de mayo de 2006 estaba siendo supervisado por tierra y aire.[1041]

Finalmente, la Corte Interamericana ha establecido un principio fundamental que debe guiar la actuación estatal: "la seguridad ciudadana no puede basarse en un paradigma de uso de la fuerza que apunte a tratar a la población civil como el enemigo, sino que debe consistir en la protección y control de los civiles"[1042].

De igual manera, se deben adoptar medidas para prevenir y/o corregir prácticas que impliquen violaciones de derechos humanos al reprimir actos violentos dentro de la protesta. Así, actos como detenciones ilegales y/o arbitrarias, torturas y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, violencia sexual, mutilaciones, entre otros, son prácticas prohibidas que deben ser prevenidas y, en caso de que estas ocurran, deben ser sancionadas[1043].

De esta forma, una perspectiva de la protesta social como un ejercicio de derechos humanos, es una cuestión especialmente relevante en diversas sociedades latinoamericanas, donde no existe una cultura de respeto al ejercicio del derecho a la protesta social y esta se confunde, intencionadamente por las autoridades y medios de comunicación social masivos, con actos ilícitos.

En conclusión, estamos ante un ejercicio de derechos humanos, respecto del cual la autoridad tiene la obligación de garantizar el derecho de las personas a manifestarse políticamente y respetar los límites infranqueables que imponen sus obligaciones en materia de derechos humanos. En caso de producirse actos de violencia (saqueos, incendios, agresiones a las personas), estos deben ser controlados, aislando a quienes incurren en estos actos y no reprimiendo a quienes se manifiestan pacíficamente. De la misma forma, en caso de producirse actos de violencia estatal, estos deben ser investigados y sus responsables (directos e indirectos) deben ser juzgados conforma a un debido proceso y sancionados proporcionalmente.

1041 Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C, N°371, párr. 166.

1042 Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C, N°371, párr. 167, parte final.

1043 De acuerdo con la CIDH, es obligación del Estado "garantizar que las personas y grupos que sean víctimas de violaciones y abusos a sus derechos fundamentales en el ejercicio de la protesta puedan acceder en forma efectiva a la justicia y que serán reparados de cualquier violación a sus derechos fundamentales" e "investigar, identificar y sancionar a los responsables de ataques, violencia, amenazas, hostigamiento y uso abusivo de la fuerza en el contexto de protesta, sean actores estatales o no estatales" (CIDH, 2019, sep. Informe (supra 1018), párrs. 336 y 337).

VII.5.2. La criminalización de la protesta social

En el ámbito de la protesta social el derecho penal cumple un doble rol. Por una parte, es un instrumento útil para establecer sanciones respecto de quienes violen los derechos de los manifestantes[1044]. Así, la normativa penal debe sancionar violaciones al derecho a la vida, la integridad y la libertad personales de quienes hacen uso legítimo de su derecho a manifestarse[1045]. En caso de que dicha violencia provenga de las autoridades encargadas de garantizar la seguridad de los manifestantes, es una conducta agravada, que configura una violación de derechos humanos y que, en consecuencia, debe ser sancionada a través de mecanismos que den garantía de transparencia a la ciudadanía[1046].

Por otra parte, la sanción penal será legítima cuando alguna persona o un grupo de personas cometan delitos en el marco o con ocasión de las manifestaciones. Actos de violencia contra las personas, vandalismo, la quema de inmuebles o los robos de locales comerciales o a las personas y sus viviendas, son conductas que deben ser sancionadas[1047] ya que el ejercicio del derecho a la protesta social no es excusa para dañar a las personas o dañar gravemente sus bienes[1048]. En todo caso, debemos recordar que lo sancionable son actos de violencia debidamente acreditados y no las meras sospechas por parte de las autoridades[1049].

Ahora bien, el uso del instrumento penal por parte de las autoridades debe ser especialmente cuidadoso en el marco de procesos sociales complejos como lo son los contextos de protesta social. En este sentido, la ampliación de los tipos penales y el establecimiento de penas desproporcionadas frente a actos ilícitos con

1044 "Los Estados deben, de todas formas, arbitrar todos los medios para proteger la vida y la integridad física de las personas en el contexto de protestas, ya sea de actos cometidos por agentes públicos o por terceros" (CIDH, 2019, sep. Informe (supra 1018), párr. 349).

1045 "Investigar, identificar y sancionar a los responsables de ataques, violencia, amenazas, hostigamiento y uso abusivo de la fuerza en el contexto de protesta, sean actores estatales o no estatales" (CIDH, 2019, sep. Informe (supra 1018), párr. 337).

1046 "Cuando al emplear la fuerza los agentes del orden provoquen muertes o lesiones, abrir ex oficio investigación a cargo de autoridades independientes e imparciales que cuenten con las herramientas necesarias para que en tiempo razonable se determinen los hechos, identifiquen a los actores y sus grados de responsabilidad, a fines de asegurar la rendición de cuentas, procesamiento, sanción y reparación adecuada a los familiares de las víctimas" (CIDH, 2019, sep. Informe (supra 1018), párr. 359).

1047 De acuerdo con el profesor Zaffaroni "descartamos de este análisis los casos en que la protesta sólo sea la ocasión para la comisión de delitos de mayor gravedad. Si bien no parece ser ésta la característica de la protesta social dominante, no presentaría ningún problema la solución penal al caso de quien sólo aprovecha la protesta para cometer un homicidio, una violación o un robo" (R. Zaffaroni. "Derecho penal y protesta social", en Bertoni (ed.) ¿Es legítima la protesta social?, Universidad de Palermo. Buenos Aires, Argentina, pp. 1-16, 2010. [en adelante Zaffaroni, 2010], At. 12).

1048 "Una reunión `pacífica' es lo contrario de una reunión que se caracterice por una violencia generalizada y grave. Por lo tanto, los términos 'pacífica' y 'no violenta' se utilizan indistintamente en este contexto. El derecho de reunión pacífica, por definición, no se puede ejercer mediante la violencia. En el contexto del artículo 21, la 'violencia' suele implicar el uso por los participantes de una fuerza física contra otros que pueda provocar lesiones, la muerte o daños graves a los bienes. Los empujones o la interrupción del tráfico de vehículos o peatones o de las actividades diarias no constituye 'violencia'", (CDH, 2020, OG 37 (supra 677), párr. 15).

1049 "El hecho de que los participantes lleven consigo objetos que son o podrían considerarse armas o equipo de protección, como máscaras antigás o cascos, no es necesariamente suficiente para considerar que la conducta de esos participantes es violenta. Eso se tiene que determinar caso por caso, dependiendo, entre otras consideraciones, de la regulación nacional sobre el porte de armas (especialmente armas de fuego), las prácticas culturales locales, la existencia de pruebas de intención violenta y el riesgo de violencia de la presencia de tales objetos" (CDH, 2020, OG 37 (supra 677), párr. 20)

connotaciones políticas, son medidas que usualmente usan los gobiernos para enviar mensajes simbólicos, para amenazar a quienes protestan y así poder controlar procesos políticos que le permitan a los sectores sociales más aventajados mantener sus privilegios y posiciones de poder[1050]. De ahí que el control que deben realizar los órganos del Estado es fundamental para evitar que dichas políticas de criminalización de la protesta se concreten.

En una democracia sana, el poder legislativo y el judicial debieran servir de barrera para evitar que el ejecutivo use el instrumento penal con fines distintos a los que lo legitiman en una sociedad regida por el Estado de Derecho.

VII.5.3. La protesta social en un contexto autoritario

El compromiso ético y político con el ideal democrático, con el estado de derecho y con la centralidad de los derechos humanos se ha venido degradando las últimas décadas. Así, desde el retorno a la democracia luego de las dictaduras y guerras civiles que azotaron la región en las décadas de los 60 y 70, en los años 80, una oleada democrática inundó la región[1051]; así, un lento, pero persistente avance de la democracia en la región daba esperanzas de iniciar un ciclo de profundización democrática inédito en Latinoamérica[1052]. Las noveles democracias tenían desafíos complejos, entre otros, las profundas e históricas desigualdades socioeconómicas, instituciones democráticas inexistentes o débiles, una profunda falta de cultura democrática, y, además, debían lidiar con un legado de graves, masivas y sistemáticas violaciones de derechos humanos. Ese ha sido parte del panorama regional. Nada de simple, empero había esperanzas.

Tal como lo han descrito Levitsky & Ziblatt[1053], estamos en tiempos en que, salvo algunas excepciones, para imponer gobiernos autoritarios ya no se recurre a los cruentos golpes de Estado, sino que se actúa dentro de las formalidades de la democracia, pero horadando continuamente las bases de democracias fundadas en el estado de derecho y en la garantía de los derechos humanos. Este proceso ha sido estudiado en nuestra región bajo el concepto de "erosión democrática" donde la degradación se produce por un continuo de actos agregativos destinados a socavar la institucionalidad democrática, pero formalmente, dentro de la propia legalidad[1054].

1050 "El Estado puede proceder de dos modos con los delincuentes: puede ver en ellos personas que delinquen, personas que han cometido un error; o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico" (G. Jakobs & M. Cancio. Derecho penal del enemigo. Madrid, España, Editorial Civitas, 2003. [en adelante Jakobs & Cancio, 2003], At. 47).

1051 S. Mainwaring & A. Pérez-Liñán. Democracias y dictaduras en América Latina. Surgimiento, supervivencia y caída, Editorial Fondo Cultura Económica, México, 2019. [en adelante Mainwaring & Pérez-Liñán, 2019], At. 135-139.

1052 K. Sikkink. Evidence for Hope. Making Human Rights Work in the 21st Century, Princeton University Press, 2017. [en adelante Sikkink, 2017].

1053 D. Levitsky y S. Ziblat. Como mueren las democracias, México, Editorial Ariel, 2018. [en adelante Levitsky & Ziblatt, 2018].

1054 L. Paulino. "Democracias constitucionais em crise: mapeando as estratégias institucionais que levam à erosão democrática", en Direito, Estado e Sociedade, Nº 58, pp. 274-309, jan/jun, 2021. [en adelante Paulino, 2021].

Es en este escenario que la protección internacional adquiere una dimensión inédita en la historia de la región. Lamentablemente, la evaluación que nos vemos obligados a hacer debe relevar la incapacidad de los mecanismos internacionales para generar cambios profundos en las políticas estatales destinadas a la protección de derechos humanos. En lo que sí cumplió un rol muy importante la protección internacional fue en lo simbólico, aspecto que no siempre se valora lo suficiente hasta que se vive la situación de total desprotección frente a la actividad estatal[1055].

La experiencia regional debe hacernos reflexionar sobre la eficacia de los sistemas de protección internacional estudiados en este Curso que aún están completamente constreñidos por las viejas ideas de la soberanía nacional. La imposibilidad de desarrollar una protección independiente que no tenga que pasar por los Estados es un desafío para la protección internacional de derechos humanos. Visitas *in loco* que requieren de la anuencia de los Estados, informes que son revisados por los Estados antes de ser publicados, la inacción de los órganos políticos, la nula vinculatoriedad de los informes técnicos para las decisiones políticas en el marco de la OEA y ONU, son cuestiones que se hicieron evidentes y han restado eficacia un sistema de protección internacional, que no ha demostrado capacidad de influencia en momentos de crisis[1056].

Por último, la magnitud, extensión y gravedad de las violaciones de derechos humanos ocurridas en el marco de protesta social y la falta de respuesta nacional efectiva, tienen consecuencias en materia de responsabilidades penales personales en el ámbito internacional. De esta forma, las autoridades pueden ser objeto de investigaciones judiciales para determinar si estamos ante responsabilidades penales por crímenes de lesa humanidad. En caso de que las instancias internas no estén en condiciones de realizar dichas investigaciones o no sean realizadas conforme a estándares internacionales, procedería que sean instancias internacionales las que investiguen los hechos (Corte Penal Internacional) o se activen mecanismos de jurisdicción universal tal como hemos visto en este Curso.

1055 En este punto rescato el estudio sobre el rol que cumplen los instrumentos internacionales y sus mecanismos de protección no solo para desincentivar a los gobiernos a reprimir, sino particularmente para que los individuos puedan manifestarse contra los gobiernos, con la esperanza que "en algún momento" tendrán que rendir cuenta de su actuar represivo (C. Conrad & E. Hencken. Contentious Compliance: Dissent and Repression under International Human Rights Law, Oxford University Press, Oxford, 2019. [en adelante Conrad & Hencken, 2019], At. 198). En sus conclusiones, el libro de Courtenay Conrad y Emily Hencken concluye que su enfoque muestra que la obligación de los tratados de derechos humanos no solo influye en la represión, sino que también modifica la estructura de incentivos de las interacciones gobierno-sociedad en general. En las condiciones que hacen que los tratados internacionales de derechos humanos sean más eficaces para impedir que los gobiernos repriman, las personas enfrentan mayores incentivos para emprender acciones de disensión para impulsar un cambio político. La obligatoriedad de dichos instrumentos crea condiciones estructurales que limitan la represión del gobierno, lo que permite que los grupos disidentes puedan desafiar al gobierno a fin de cambiar las políticas del status quo en su interés (Conrad y Hencken, 2019, At. 198).

1056 Una situación similar a la chilena se ha vivido en Ecuador (2019), en Colombia a partir de las manifestaciones iniciadas en 2021, en Perú en 2022 y 2023 y que también han demostrado la ineficacia de la protección internacional más allá de lo simbólico.

Caso derecho de reunión y protesta social

Artículo 5 inc. 2º Constitución 1980 (Chile)

Con fecha 18/10/2019 se congregan cientos de personas en Plaza Libertad para demandar el fin del gobierno, atendidos los escándalos de corrupción que se vienen haciendo públicos en el país las últimas semanas. Los manifestantes levantan pancartas, bailan y al caer la tarde, encienden fogatas y cortan el tránsito de una de las principales vías del centro de la capital.

A medianoche, con el fin de restablecer el orden público, el Presidente de la República da la orden de desalojar la plaza e interviene la policía con carros lanza aguas y con un uso masivo de gases lacrimógenos. Fundamenta en la medida en el hecho de que estamos ante una manifestación ilegal, ya que no cuenta con la autorización previa de la autoridad a cargo de la seguridad pública. Además, señala que los actos de violencia producidos en el marco de la manifestación implican un grave atentado al orden democrático y que los manifestantes que insisten en mantenerse en la plaza se han transformado en cómplices de dicha violencia criminal y antidemocrática.

Los manifestantes mayoritariamente se niegan a abandonar la plaza y bloquean los accesos a la misma utilizando mobiliario público. Algunos locales comerciales en torno a la plaza son vandalizados por grupos que ingresaron para tomar los productos y lanzarlos a las fogatas que bloquean el acceso a la plaza. La fuerza policial intensifica el uso de gases lacrimógenos y escopeta de perdigones para despejar los accesos a la plaza y restablecer con ello el orden público. En la madrugada se contabilizan 100 detenidos y 20 personas con lesiones de perdigones y golpes. Dos de los lesionados sufren daños oculares severos. Dos jóvenes denuncian haber sido objeto de tocaciones con connotación sexual y haber sufrido burlas vinculadas con su orientación sexual por parte de agentes de la policía.

Una vez despejada la plaza, el Presidente de la República ordena que las fuerzas armadas custodien los accesos a la Plaza Libertad e impidan cualquier manifestación pública en dicho lugar. A fin de justificar la presencia de las fuerzas armadas, el Presidente de la República dicta un decreto a través del cual se califica la Plaza Libertad como infraestructura crítica de la ciudad. Asimismo, a fin de evitar nuevas manifestaciones, el Presidente ordena que las fuerzas militares impidan la salida de buses desde las comunidades indígenas que viven a las afueras de la capital.

Preguntas

1. *Señale cuáles son los derechos que aparecen afectados (no necesariamente violados) del relato de los hechos descritos en este caso.*
2. *2. Señale si concurren los elementos para restringir en este caso el derecho de reunión sobre la base de los estándares internacionales aplicables.*
3. *3. ¿La orden de impedir el acceso de manifestantes a la plaza es compatible con las obligaciones constitucionales e internacionales del Estado?*

Caso protección de manifestantes

En consideración de los graves eventos de la jornada de octubre, un grupo de dirigentes políticos de la oposición interpone un recurso de tutela constitucional de derechos a fin de que la corte de constitucionalidad ordene a la policía el cese del uso de perdigones para resolver las manifestaciones públicas. La corte de constitucionalidad rechaza el recurso señalando que no tiene facultades para intervenir en las actuaciones policiales ya que estas son una materia exclusiva de responsabilidad del alto mando de dichas instituciones de acuerdo con la normativa reglamentaria vigente en el país.

El jefe de la policía, en conjunto con el general a cargo de las fuerzas militares que intervinieron en Plaza Libertad, emite una declaración conjunta manifestando su rechazo a las críticas que han recibido dichas instituciones por el uso de la fuerza, señalando que han hecho un estricto ejercicio de la legítima defensa frente a los ataques recibidos por parte de los manifestantes durante la jornada de protesta.

Atendidos los hechos ocurridos en la plaza libertad los días 18 y 19 de octubre, el ministerio público inicia de oficio una investigación por daños al patrimonio público producto de las manifestaciones. Asimismo, se inicia una investigación de oficio por las lesiones sufridas por los manifestantes en la jornada de protesta.

A dos semanas de inicio de las investigaciones hay cinco personas que se encuentran procesadas por daños al mobiliario público. A seis meses hay sólo un policía investigado judicialmente por alterar el registro de detenidos. El ministerio público solicita a los querellantes que entreguen las pruebas que permitan determinar la identidad de los funcionarios públicos responsables de sus lesiones. Frente a la inactividad de las víctimas, los casos se cierran sin resultados.

El poder judicial avala la decisión adoptada por el ministerio público y condena a penas de 10 años de prisión efectiva manifestando por atentar contra la democracia y el patrimonio público. El gobierno cierra medios de comunicación digitales y bloquea el acceso a Internet de quienes son considerados líderes de la revuelta.

La policía y las fuerzas armadas inician investigaciones administrativas para determinar eventuales responsabilidades en el marco de la jornada de protesta de octubre. Dichos procesos no llegan a resultados y son cerrados definitivamente cumpliéndose un año desde la apertura de las investigaciones.

Preguntas

1. *En este caso, ¿ha cumplido el Estado con su deber de proteger judicialmente a los manifestantes?*
2. *¿Las declaraciones de las autoridades del Estado han violado el derecho a la presunción de inocencia en este caso?*
3. *¿Qué deberes tienen las instituciones armadas y policiales del Estado de iniciar investigaciones administrativas por el uso de la fuerza en contexto de protesta social?*

Con la expectativa del interés y uso permanente para quienes estudian, investigan y especialmente practican, tanto desde ámbitos estatales como de la sociedad civil, la elaboración de estrategias de protección, litigio y activismo en materia de derechos humanos, el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) es presentado en esta obra del profesor Claudio Nash, coordinador académico del Grupo de Estudios en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, como una rama viva y en constante evolución dentro del derecho como ciencia.

Bajo la perspectiva académica de incorporar estándares internacionales en este grupo específico de derechos, y basado en casos que han sido presentados ante instancias internacionales, una primera sección de la obra aborda la teoría general, los antecedentes históricos, la naturaleza y los propósitos de esta protección internacional que permiten la configuración de la responsabilidad estatal internacional de los Estados Parte ante presuntas violaciones de normas comunes, al igual que la obligación de reparar estas violaciones graves. Los mecanismos de protección internacional de derechos humanos se presentan también en esta parte introductoria, enfatizando los sistemas y procedimientos de protección, tanto generales como específicos de grupos poblacionales y del medio ambiente, culminando con el tema de la conducción de conflictos armados internacionales dentro del derecho internacional humanitario.

El curso avanzado brinda en su segunda parte casos específicos de análisis y práctica de los estándares internacionales explicados, y del tratamiento de temáticas afines dentro de la protección de los derechos humanos, como el fenómeno de la corrupción, los contextos transicionales y la problemática de la criminalización de la protesta social y su protección como derecho humano autónomo, la cual se ha discutido más recientemente en el ámbito geográfico interamericano.

KONRAD ADENAUER STIFTUNG

Programa Estado de Derecho Latinoamérica