

**DERECHOS HUMANOS
EN LATINOAMÉRICA
Y EL SISTEMA INTERAMERICANO
MODELOS PARA (DES)ARMAR**

Ariel Dulitzky

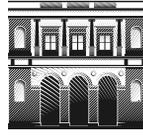


**INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES**
DEL ESTADO DE QUERÉTARO



CENTENARIO
DE LA CONSTITUCIÓN
Política de los Estados Unidos Mexicanos
QUERÉTARO

Colección
Constitución y Derechos



Instituto de Estudios
Constitucionales
del Estado de Querétaro

FRANCISCO DOMÍNGUEZ SERVIÉN
Gobernador Constitucional

JUAN MARTÍN GRANADOS TORRES
Secretario de Gobierno

JUAN MANUEL ALCOCER GAMBA
Secretario de Planeación y Finanzas

JOSÉ DE LA GARZA PEDRAZA
Oficial Mayor

ROGELIO FLORES PANTOJA
Director del Instituto de Estudios Constitucionales

Derechos humanos en Latinoamérica y el Sistema Interamericano Modelos para (des)armar

Ariel Dulitzky



Instituto de Estudios Constitucionales
del Estado de Querétaro

México, 2017

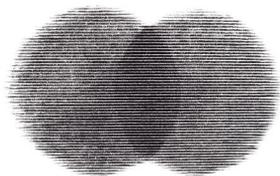


Ilustración de portada:
Adriana Corral “Impunidad: círculo vicioso”

Primera edición: junio de 2017

Derechos humanos en Latinoamérica y el Sistema Interamericano
Modelos para (des)armar

© Ariel Dulitzky

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

ISBN: 978-607-7822-33-2

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

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

COORDINACIÓN EDITORIAL

Rogelio Flores Pantoja
Coordinación

Carolina Hernández Parra
Alfredo Pérez Guarneros
Edición

Felipe Luna
Formación

Antonio Rangel
Diseño de portada

Agradecemos a la artista Adriana Corral la autorización para utilizar su obra “Impunidad: círculo vicioso” en la portada de este libro.

Contenido

Introducción	21
Abreviaturas	35

VERDAD, JUSTICIA, MEMORIA, DESAPARICIONES FORZADAS Y PROCEDIMIENTOS ESPECIALES DE LA ONU

I. Trabajo de orfebrería: las relaciones entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas	41
CON MARÍA DANIELA RIVERO	
1. Introducción	41
2. La Corte Interamericana y sus referencias a los procedimientos especiales	47
2.1. Reconocimiento de aportes de procedimientos especiales	48
2.2. Prueba de determinaciones fácticas	50
2.3. Fundamentaciones de sus consideraciones jurídicas	62
2.4. Adopción de criterios	67
2.5. Exrelatores como peritos ante la Corte	75

3. Los procedimientos especiales y sus referencias a la Corte Interamericana	77
3.1. Reconocimiento de la importancia/efectividad de la Corte.	77
3.2. Utilización de la jurisprudencia de la Corte para fundamentar y estándares promovidos por los procedimientos especiales	79
3.3. Utilización de la jurisprudencia de la Corte para fundamentar determinaciones jurídicas o fácticas en el contexto de visitas a países	83
3.4. Seguimiento de casos ante la Corte Interamericana	84
3.5. Apoyo/supervisión/promoción/asistencia para el cumplimiento de las sentencias de la Corte	85
3.6. Recomendaciones puntuales a la Corte	88
3.7. Apoyo específico a la Corte	89
4. Una primera aproximación teórica a las relaciones de la Corte con los procedimientos especiales de la ONU	90
5. Conclusión	100
II. Desapariciones forzadas: Las contribuciones de América Latina y de José Zalaquett.	103
1. La práctica de la desaparición forzada en América Latina	105
2. La respuesta internacional a las desapariciones forzadas en América Latina	112
2.1. Las primeras respuestas de la OEA y la ONU	113
2.2. La contribución latinoamericana a la conceptualización internacional de las desapariciones forzadas.	116
2.3. La contribución latinoamericana a la normativización internacional de las desapariciones forzadas	120
3. Las respuestas nacionales latinoamericanas a las desapariciones forzadas	123

3.1. La respuesta legislativa latinoamericana.	124
3.2. La respuesta latinoamericana en materia de justicia	125
3.3. La respuesta latinoamericana en materia de verdad	132
3.4. La respuesta latinoamericana en materia de reparaciones y memoria	133
4. La contribución latinoamericana al movimiento de derechos humanos.	137
5. Conclusión	140
III. La memoria en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	143
1. Introducción.	143
2. Derecho a la justicia, el proceso ante la Corte y las sentencias de la Corte como memoria	147
3. La memoria como uno de los elementos de la justicia transicional.	153
4. Derecho a la verdad, comisiones de la verdad y memoria.	155
5. Las reparaciones simbólicas, las medidas de satisfacción y la memoria	160
6. Una reflexión en lugar de conclusión.	180
IV. Jurisprudencia interamericana sobre desaparición forzada y mujeres: la tímida e inconsistente aparición de la perspectiva de género	185
CON CATALINA LAGOS	
1. Introducción.	185
2. Metodología	189
3. Observación general sobre las mujeres afectadas por las desapariciones forzadas del Grupo de Trabajo	197
4. Análisis de las sentencias de la Corte Interamericana a la luz de la Observación general sobre las mujeres afectadas por las desapariciones forzadas del Grupo de Trabajo	198

4.1. Violencia de género y desaparición forzada de mujeres	198
4.2. Mujeres víctimas de desapariciones forzadas	210
4.3. Obligaciones de los Estados frente a las violaciones de los derechos de mujeres víctimas de desapariciones forzadas	214
4.4. Reclusión de mujeres y desaparición forzada	217
4.5. Derecho a la verdad	219
4.6. Derecho a un recurso efectivo	223
4.7. Protección de los testigos y las víctimas	227
4.8. Participación de las mujeres	228
4.9. Derecho a la reparación	229
4.10. Formación y sensibilización	233
5. Conclusiones	234

SOBRE EL SISTEMA INTERAMERICANO

V. Muy poco, muy tarde: la morosidad procesal de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos	241
1. Introducción	241
2. Descripción general de la Comisión: funciones múltiples con algunas de carácter cuasijurisdiccional	248
3. Adjudicación de casos	252
4. Una breve nota sobre la metodología de nuestra investigación	256
5. Estado actual del sistema de casos: congestión, sobrecarga en las etapas iniciales, pocas decisiones finales y grandes demoras	257
6. Reformas procesales y administrativas y su impacto en la eficiencia de la Comisión	271
6.1. Reformas del año 2000 al reglamento de la Comisión	272
6.2. Reformas del año 2009 al reglamento de la Comisión	277
6.3. Cambios en la Secretaría Ejecutiva de la CIDH	279

7. Explicaciones adicionales sobre la situación actual . . .	284
7.1 La falta de presupuesto adecuado	285
7.2 Debilidades del procedimiento de presentación de peticiones iniciales.	288
7.3 Un sistema ineficiente de recepción de informa- ción, alegatos y pruebas.	289
7.4 Aplicación inconsistente y poco transparente de las facultades reglamentarias para acelerar el pro- ceso.	291
7.5 La falta de plazos procesales aplicables a la propia CIDH y los efectos contradictorios de un procedi- miento demasiado flexible	293
8. La eficacia y eficiencia de la Comisión como marco normativo para entender y atender el congestiona- miento y las demoras procesales.	295
8.1 Los objetivos de la CIDH como base analítica de su eficacia.	295
8.2 Las limitaciones del cumplimiento de las decisio- nes como único criterio de eficacia.	299
9. Los objetivos específicos del sistema de casos de la CIDH	301
10. La tramitación de peticiones como valor en sí mismo	305
11. Los objetivos del sistema de casos como límite a las posibles respuestas al rezago y retardo procesal	308
12. Recomendaciones a la Comisión Interamericana. . . .	312
13. Estructura de los procedimientos.	314
13.1. Decisiones combinadas de la Comisión	314
13.2. Tratamiento de temas estructurales	315
13.3. Sistema para la recepción de las peticiones. . . .	317
13.4. Uso continuo de las decisiones de archivo. . . .	318
13.5. Mayor promoción de soluciones amistosas	315
13.6. Profundización de las medidas de seguimiento	319
14. Gestión del procedimiento	321
14.1. Reducción de la duplicación.	322

14.2	Nuevo formato simplificado para los informes de admisibilidad	323
14.3	Toma de decisiones de admisibilidad y análisis preliminar de los informes de fondo por un Grupo de Trabajo	323
14.4.	Uso de decisiones <i>per curiam</i> por la Comisión .	324
14.5.	Recepción de información y documentación . .	325
14.6.	Aplicación consistente del reglamento para acelerar el procedimiento.	326
14.7.	Incrementar la transparencia y difusión de información	328
15.	Administración y cultura institucional	330
15.1.	Gestión por resultados	330
15.2.	Integración del enfoque del denominado “registro” al resto de la Comisión	333
15.3	Expansión del uso de tecnología	334
16.	Conclusión	335
VI. El impacto del control de convencionalidad. ¿Un cambio de paradigma en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos?		
1.	Introducción.	339
2.	De la complementariedad y subsidiariedad a la integralidad.	343
3.	De la Corte Interamericana de Derechos Humanos a una pretendida corte constitucional interamericana. .	352
4.	Las decisiones de la Comisión Interamericana como parámetro del control de convencionalidad	358
5.	Las consecuencias del principio de integralidad y de la constitucionalización del Sistema Interamericano. . .	361
6.	Hacia un modelo constitucional integrado interamericano	372
6.1.	Un nuevo modelo convencional.	373
6.2.	Un nuevo modelo procedimental	376
6.3.	Un nuevo modelo jurisprudencial	377

6.4. Un nuevo modelo promocional	379
7. Conclusión	380
VII. Las peticiones individuales ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o el <i>amparo interamericano</i> en contexto	
1. Introducción.	383
2. Breves aproximaciones críticas a la situación actual del <i>amparo interamericano</i>	388
2.1. Un sistema desigual de protección	389
2.2. Un sistema desfinanciado	391
2.3. Incremento de denuncias recibidas y disminución de la capacidad de resolución de casos	393
2.4. Un sistema lento	395
2.5. Un sistema que duplica procedimientos	396
2.6. Un sistema con bajo índice de cumplimiento total de sus decisiones	398
2.7. Aumento del número de casos remitidos a la Corte	399
3. La situación regional de derechos humanos como punto de partida para definir el papel del <i>amparo interamericano</i>	400
4. Un pequeño interludio sobre la legalización del sistema y en particular la judicialización del <i>amparo interamericano</i>	406
5. La necesidad de centralizar los derechos humanos dentro de la OEA	409
6. La vinculación entre la protección de la democracia y la defensa de los derechos humanos.	417
7. La reforma del procedimiento del <i>amparo interamericano</i> : nuevos roles para la Comisión y para la Corte	419
7.1. La propuesta de reforma	420
7.2. Algunos de los beneficios de la propuesta	424
8. La necesidad de cambiar el perfil de trabajo de la Comisión y algunas referencias a la Corte	426
9. Conclusión	437

FEDERALISMO Y DERECHOS HUMANOS

VIII. Al gran pueblo argentino salud: derechos, federalismo y tratados internacionales.	441
1. Introducción.	441
2. Obligaciones internacionales y federalismo	443
2.1. Las obligaciones de los Estados federales de acuerdo con la Convención	447
2.2. Los organismos de supervisión de derechos humanos en el llamado a la coordinación y a un rol más activo del gobierno nacional.	455
3. Federalismo y derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	459
3.1. La naturaleza natural de los tratados internacionales	459
3.2. La atribución de competencia de los tribunales federales y los tribunales provinciales y las obligaciones respectivas	460
3.3. El control de convencionalidad de las normas provinciales.	464
3.4. El caso <i>Verbitsky</i> y la consolidación y expansión de la jurisprudencia de la CSJN	467
3.5. Derecho a la salud y las responsabilidades federales y provinciales frente a los tratados internacionales	471
3.6. Casos ante el Sistema Interamericano, cumplimiento de decisiones y federalismo	477
4. Hacia un modelo alternativo de federalismo.	483
5. La necesidad de un mecanismo institucional que facilite el federalismo cooperativo.	489
6. Conclusión	492
IX. Federalismo y derechos humanos: El caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos	497
1. Introducción.	497

2. La Convención Americana y los Estados con estructura federal	503
3. Los antecedentes del artículo 28 de la Convención Americana	504
4. Las obligaciones de respetar y garantizar los derechos y de adecuar el derecho interno en los Estados federales.	507
4.1. El deber de respeto y garantía en los Estados federales	509
4.2. La obligación de adoptar medidas de derecho interno.	515
4.3. El artículo 28 y el deslinde interno de competencias	518
4.4. Las entidades de la federación frente a la Convención Americana.	521
4.5. El principio de no discriminación y el Estado federal	524
5. Reflexiones finales.	527

POBREZA, IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN
Y PUEBLOS INDÍGENAS
Y AFRODESCENDIENTES

X. El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana	537
1. Introducción.	537
2. Precisión terminológica previa	539
3. Los motivos prohibidos de discriminación y los estándares de revisión	540
4. Violencia, discriminación y la debida diligencia en la investigación.	554
5. Conclusión	566
6. <i>Post scriptum</i>	568

XI. Cuando los afrodescendientes se transformaron en “pueblos tribales”: el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y las comunidades rurales negras.	575
1. Introducción.	575
2. Líneas jurisprudenciales interamericanas en cuanto a la protección de territorios colectivos de pueblos indígenas y afrodescendientes	578
3. Los desafíos, obstáculos, complicaciones e interrogantes surgidos a partir de la jurisprudencia interamericana en materia de reclamos territoriales indígenas y afrodescendientes	585
3.1. La aproximación cultural al territorio supone la esencialización de la identidad cultural y la exclusión de grupos.	586
3.2. Las formas estatales de propiedad, los intereses económicos de terceros y la aproximación cultural al territorio	588
3.3. La culturalización del uso, disfrute y explotación de los recursos naturales.	590
3.4. El paternalismo jurisprudencial, administrativo y participativo	592
3.5. La representación colectiva, la consulta previa y la legitimación procesal.	596
3.6. La identidad jurídica de las víctimas y el carácter colectivo de los reclamos y las reparaciones	598
3.7. La creación o exacerbación de problemas y disputas intra e intercomunitarios	600
3.8. La fundamentación de los reclamos territoriales en el derecho constitucional interno	603
4. La búsqueda de una propuesta superadora: reconocimiento y redistribución	605
4.1. Los casos individuales frente a situaciones estructurales de no reconocimiento y/o protección de los territorios así como de exclusión y discriminación	607

4.2. Superar la errática aproximación desde la igualdad y no discriminación	611
5. Algunas conclusiones tentativas	615
XII. Pobreza y derechos humanos en el Sistema Interamericano. Algunas aproximaciones preliminares	619
1. Introducción	619
2. La relación normativa entre derechos humanos y pobreza (particularmente pobreza extrema) y las obligaciones estatales consecuentes	620
2.1. La pobreza como violación <i>per se</i> de los derechos humanos	621
2.2. La pobreza como causa de violación de derechos humanos	623
2.3. La pobreza como violación de derechos particulares	625
2.4. La pobreza como consecuencia o agravante de la violación de derechos humanos	630
3. La visión integral del Sistema Interamericano frente a los derechos humanos y la pobreza	631
4. Los procedimientos del Sistema Interamericano de casos individuales y la pobreza	640
5. A modo de conclusión	645
XIII. La negación de la discriminación racial y el racismo en América Latina	649
1. Introducción	649
2. Una mirada a la situación en la región	652
3. “No hay racismo ni discriminación racial”: la negativa literal	655
4. “En América Latina no hay racismo ni discriminación racial sino algo diferente”: la negativa interpretativa	657
4.1. Eufemismos	657
4.2. Legalismo	661

4.3. La negación de la responsabilidad	664
4.4. Aislamiento	665
5. La negación justificatoria	666
5.1. La negación de la víctima	666
5.2. Comparaciones ventajosas	671
Conclusión	672
Bibliografía	675
Ordenamiento jurídico	679
Jurisprudencia	679
Documentos de organismos internacionales	682
Fuentes Web	684

Introducción

A la memoria de Sergio Dulitzky (1932-2016)
Un gaucho judío que a su manera promovió
el derecho a la salud.
Por ello y por todo lo demás.

Pertenezco a la primera generación de estudiantes que ingresó a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires tras el retorno de la democracia a Argentina en diciembre de 1983. Mi infancia y adolescencia estuvieron marcadas por la violencia política, el terrorismo de Estado, la dictadura cívico militar, las desapariciones, las torturas, los exilios, los abusos extremos de poder, la guerra de las Malvinas. Pero también por la solidaridad internacional y la histórica visita de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la Comisión) en 1979, que marcaría un antes y un después no solo para Argentina, sino para todo el movimiento de derechos humanos. En mi juventud, en mis años universitarios, fui testigo y partícipe (casi marginal) de las esperanzas, los debates, las tensiones, las idas y vueltas, las frustraciones de la reconstrucción democrática. Observé y fui influenciado por el Juicio a las Juntas y por el famoso informe “Nunca Más” de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, CONADEP.

La Facultad de Derecho de la Universidad Pública en esos años estuvo especialmente a la altura de las circunstancias. Haber introducido un nuevo plan de estudios que promoviese el pensamiento crítico y casuístico, que dispusiese que Derechos Humanos y Garantías fuese una materia obligatoria para todos los futuros abogados y abogadas y que enseñase Protección In-

ternacional de los Derechos Humanos, la colocó a la vanguardia en la preparación de esta nueva generación de defensores y defensoras de derechos humanos. Por ello, para mí y para muchos de mis compañeros y compañeras de la Facultad, fue un tránsito natural optar por un compromiso profesional y personal de trabajar en la promoción y defensa de las libertades fundamentales. Nuestra identidad personal y profesional estuvo marcada por todo lo que atravesamos y estudiamos en esos años.

Una de mis primeras e inspiradoras lecturas universitarias fue el libro *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina* de Juan Bautista Alberdi, el autor de la Constitución argentina de 1853. El pensamiento de Alberdi tiene una complejidad inmensa y si bien no comparto muchas de sus ideas, siempre admiré la conjunción entre el jurista, estudioso, escritor y actor político que fue capaz de plasmar constitucional y jurídicamente un proyecto político y su visión de país. Es decir, sortear la reflexión académica por el mero regocijo intelectual para influir en la realidad de la sociedad en la que vivía. Los artículos aquí reunidos pretenden, imperfectamente, continuar esa tradición alberdiana: reflexionar críticamente sobre la realidad y las instituciones para transformarlas y ponerlas al servicio de los derechos humanos.

En uno de los artículos sobre federalismo, cito a Alberdi cuando decía:

Cada tratado será un ancla de libertad puesta a la Constitución. Si esta fuera violada por una autoridad nacional, no lo será en la parte contenida en los tratados, que se harán respetar por las naciones signatarias en ellos; y bastará que algunas garantías queden en pie para que el país conserve inviolable una parte de su Constitución, que pronto *hará* restablecer la otra.¹

Esta cita de Alberdi resume gran parte de las ideas que estos artículos esbozan, aun así, sea de manera inorgánica, deshilvanada, desconectada e incluso, algunas veces, contradictoria. Este libro refleja una pieza en el engranaje de lo que Alberdi imaginaba,

¹ Alberdi, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Plus Ultra, 1991, p. 255.

el surgimiento de un derecho internacional donde los derechos del ser humano serían reconocidos y tutelados. Lo que no imaginaba el inspirador de la Constitución argentina era que, tarde o temprano, emergería un complejo sistema internacional e interamericano de promoción y protección de los derechos humanos. Alberdi avizoraba la interacción entre el derecho internacional y el derecho interno, pero no con la profundidad que hoy conocemos. Los trabajos aquí compilados reflejan algunos de los beneficios y tensiones generados por estos desarrollos que alimentaban los sueños de Alberdi y tantas y tantos luchadores. Nuestra intención es abrir nuevas áreas de investigación para interpretar estas interacciones, analizar su efectividad y visualizar un sistema de derechos humanos complejo cuya efectividad y funcionamiento podría beneficiarse de una aproximación holística al mismo.

Como resultará claro al lector, esta obra por lo general no pretende desarrollar una teoría general sobre el sistema de protección de los derechos humanos, sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sobre las relaciones adecuadas entre los ámbitos nacionales o internacionales de protección, o sobre el contenido especial de un derecho en uno u otro ámbito. Por el contrario, los capítulos se asientan en ciertos convencimientos que se expresan de distintas maneras. Representan presupuestos, actitudes hacia el derecho, formas de observar un modelo permeable, flexible, que se adapta y modifica en el tiempo y que debería estar al servicio del cambio social. Si se quiere, recuperan la analogía de Carlos Nino de la Constitución como la construcción de una catedral a lo largo de un periodo extenso de tiempo. Se puede pensar en un arquitecto que está encargado de continuar con la construcción de una catedral ya iniciada y que sabe que probablemente no la pueda concluir. Esa catedral será completada por otros, tal vez en un futuro remoto. Este arquitecto y los futuros, tendrán sus propias valoraciones estéticas. Sobre la base de dichas valoraciones cada uno continuará y contribuirá al proceso, juzgando como valioso o insignificante lo pasado y proyectando sus propias ideas. Lo que la arquitecta sabe es que sus ideas no pueden tomarse y traducirse independientemente de lo ya construido ni dejar de considerar que quizás la catedral será concluida por otros. Se trata de una obra colectiva que suele

ser el producto intencional o no de cientos de personas.² No soy un arquitecto. Soy partícipe de la construcción de la catedral, sea a través del litigio representando víctimas ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte), de haber trabajado en el poder judicial y en la Comisión, en organizaciones no gubernamentales de derechos humanos y de ser miembro del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de las Naciones Unidas. Como albañil, procuro influir y soy influido por la catedral. Pero también desde mi lugar en la academia soy observador externo de la catedral como edificio y de la manera en que se reza en su interior, así como del proceso de su construcción. Los capítulos no ofrecen los planos completos ni una maqueta de cómo debe verse la catedral. Algunos de ellos se refieren al diseño arquitectónico y otros a las decoraciones, algunos al proceso de construcción y otros a quienes entran y salen o quienes se benefician de la catedral, o cómo son los procesos litúrgicos. Abarcan un espacio temporal de 15 años. La catedral cambió, yo cambié, las arquitectas cambiaron, los albañiles cambiaron, la ciudad en la que se encuentra la catedral cambió. En este ejercicio de abstracción, este modelo, o catedral en construcción, no es un fin en sí mismo. La catedral es el espacio para rezar, así como el sistema de derechos humanos debe ser, no un fin en sí mismo, sino un espacio para garantizar más y mejores protecciones a los derechos.

Bajo este entendimiento, esta obra no pretende producir o encuadrar en una teoría general. Las piezas que componen este libro, se asientan en ciertos convencimientos sustantivos basados en aproximaciones teóricas y prácticas mediante el ejercicio de la defensa de los derechos humanos en múltiples niveles. Este convencimiento se expresa de distintas maneras. No ofrezco un plano general o una maqueta definitiva de la catedral, sino ciertos cimientos o columnas de un edificio que continua en construcción. Este proceso dinámico se desprende de comprender que todos los cambios sociales vendrán desde las propias sociedades. En estos procesos convergen el orden local y el internacional. La comunidad internacional debe acompañar y apoyar el cambio so-

² Nino Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, 1992, pp. 63-67.

cial sin remplazar ni sustituir. Por eso, un sistema internacional, como el interamericano, no es un fin en sí mismo sino tan solo un instrumento que debe estar al servicio de los actores nacionales y aquellos que luchan por transformaciones sociales que profundizan la vigencia de los derechos humanos.

Desde mi historia personal, académica y profesional, este conjunto de artículos propone un “modelo para (des)armar”. Ofrecen guías con la pretensión de cambiar la concepción y funcionamiento del Sistema Interamericano y su interacción con mecanismos nacionales e internacionales. Representan la ansiedad y frustraciones ante las limitaciones e injusticias de la realidad (incluida la de los mecanismos internacionales de derechos humanos). Se niegan a aceptar la inercia, el desinterés, la ineficiencia, la ineficacia, el desdén. Los artículos conciben a la protección de los derechos humanos como multifacética en el sentido que la tutela de los derechos humanos no reside exclusivamente en un nivel, sea local, nacional, regional o universal, doméstico o supranacional. Los cambios necesariamente deben darse a nivel local y por actores locales apoyados por los mecanismos internacionales entendiendo este proceso a partir de la metáfora del efecto *boomerang*.³ Los artículos, todos resultados de la práctica profesional y la reflexión académica, por albañiles y observadores de la catedral, convienen en que las víctimas, las y los defensores de derechos humanos, las organizaciones sociales trabajan a través de distintos mecanismos para promover y defender los derechos humanos. Esas estrategias son los *boomerangs* que se lanzan y que retornarán en forma de sentencias de la Corte, audiencias ante la Comisión, informes de Relatores Especiales u observaciones finales de comités de la ONU. Lo fundamental será estar atentos a cómo ese retorno es asimilado y traducido nuevamente en demandas y acciones políticas concretas a nivel local.

La tutela y vigencia de los derechos humanos requiere entenderse como un fenómeno político y social y no simplemente jurídico. Las relaciones entre lo internacional y lo nacional (y al

³ Keck, Margaret E. y Sikkink, Kathryn, *Activists beyond borders: Advocacy networks in international politics*, Cornell University Press, 2014.

interior de los Estados) no siempre será cordial. Debe dar preferencia a la acción conjunta y asumir que la implementación de tratados de derechos humanos requiere de voluntad política, de negociación y de alianzas estratégicas entre las diferentes autoridades y actores sociales implicados. En la actualidad existe un sistema de doble protección de los derechos humanos, nacional e internacional, y en los Estados federales de triple protección. Por tanto, de lo que se trata es de buscar la manera de integrar a los tres sistemas plenamente. Obviamente, algunos de los artículos también señalan las divisiones al interior de este sistema. Por ejemplo, el internacional se puede dividir entre regional —en los artículos fundamentalmente el interamericano— y universal. En el interamericano, la diferencias, complementariedades y relaciones entre la Corte y la Comisión son parte central de varios artículos. En el universal se puede analizar los mecanismos basados en tratados y los basados en la Carta. El artículo sobre relaciones de la Corte con los procedimientos especiales de la ONU es un ejemplo de esto último.

A fin de integrar estos doble o triple niveles de protección, domésticamente se requiere de voluntad política y de la construcción de un nuevo federalismo de cooperación y no de excusas jurídicas. Por otra parte, artículos como el del control de convencionalidad demuestran que en la actualidad el Sistema Interamericano no es un sistema autónomo y autosuficiente (si es que en algún momento lo fue), que opera por sí solo en su propia esfera de actuación. Los jueces y administradores de justicia son actores sociales e interamericanos de primera relevancia. El Estado no puede seguir siendo considerado como una ficción unitaria y que debe desagregarse para entender el rol particular que los jueces están llamados a desempeñar en la protección de los derechos humanos. Por su parte, los órganos internacionales deben entender cabalmente que necesitan de la cooperación de las instituciones nacionales, especialmente de los jueces y tribunales, para implementar y ejecutar sus decisiones, para aplicar su jurisprudencia, pero fundamentalmente, para avanzar en políticas públicas que garanticen los derechos.

Cada apartado refleja una preocupación constante que moviliza la reflexión teórica y el trabajo profesional: la situación de pobreza en la que viven vastos sectores de la sociedad, la pro-

funda discriminación e inequidad presente global y localmente. No hay posibilidad de tener un sistema (nacional o internacional) de protección de los derechos humanos que no comprenda, analice y contextualice las violaciones a los derechos humanos sin considerar la pobreza y la discriminación. Ellas son causa y consecuencia de violaciones a los derechos y las respuestas no pueden abstraerse de dicho contexto si pretenden tener un impacto transformador.

Para poder producir dichos efectos positivos, todo sistema de protección de derechos debe gozar de legitimidad. La legitimidad concebida desde la credibilidad y la fuerza de los sistemas de protección de derechos humanos. La legitimidad cuenta con dos aspectos cruciales. Por un lado, para que un sistema sea legítimo debe responder a las necesidades de las víctimas y ser sensible a las demandas de las organizaciones de derechos humanos. Y, al hablar de víctimas, mi trabajo profesional y académico procura no generalizarlas, idealizarlas, abstraerlas. No equiparo tampoco víctimas a organizaciones de derechos humanos. Los intereses de las víctimas en su caso concreto no necesariamente tienen que coincidir con los intereses de las organizaciones de derechos humanos en el corto, mediano o largo plazo. Responder a las necesidades de las víctimas supone aceptar la idea de víctimas con distintas visiones, estrategias, necesidades. Por otro lado, un segundo aspecto de legitimidad del sistema es que debe ser serio, consistente, jurídicamente sólido y coherente. Esto hace su credibilidad, que a su vez se integra por la calidad de sus procedimientos y razonamientos. Asimismo, su seriedad y consistencia hace parte de un ejercicio responsable de la defensa de los derechos humanos que se refleja en su accionar independiente e imparcial. Ser imparcial e independiente no significa que no pueda o deba ser pro víctima en su visión y concepción. La imparcialidad significa el análisis y actuación desde los derechos humanos y para los derechos humanos.

El Sistema Interamericano se ha instalado como un actor permanente y prominente en la discusión sobre la protección de los derechos y lo ha hecho, principalmente, gracias a que la Corte y la Comisión se han mostrado receptivas a las demandas de las víctimas y de las organizaciones de derechos humanos. Por ello, el análisis y discusión de las ambivalencias, contradicciones y va-

cíos jurisprudenciales existentes, así como de las dificultades y obstáculos que presenta la defensa de derechos humanos a nivel interamericano, son un imperativo necesario para considerar las potencialidades y limitaciones que ofrece un mecanismo judicializado internacional para tutelar estos derechos colectivos. Un hilo conductor de los trabajos aquí publicados es la importancia de tener una mirada seria, reflexiva y crítica del funcionamiento del Sistema Interamericano como una de las mejores maneras de fortalecerlo y proveerlo de mayor legitimidad. Además, esa mirada busca identificar los silencios e inconsistencias del Tribunal Interamericano a fin de generar críticas que permitan avanzar en una jurisprudencia más consistente.

La Corte, a través de una interpretación expansiva de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se coloca en múltiples aspectos a la vanguardia del movimiento de derechos humanos y de la jurisprudencia internacional. La Corte abre caminos, que por lo general asumen una posición a favor de las víctimas y que procuran dar respuestas desde una visión a favor del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, en muchos aspectos, el Tribunal parece demostrar una mayor preocupación por el resultado al que arriba, antes que por la precisión terminológica o la coherencia interna de sus decisiones. Esta actitud de la Corte ofrece fundamentalmente un punto de crítica. La preocupación por el resultado muchas veces se logra sacrificando la técnica argumentativa. Y ello genera tres problemas centrales. Por un lado, afecta la seguridad jurídica al dificultar la predictibilidad de las decisiones del Tribunal, como por ejemplo lo resalta el capítulo sobre memoria. En segundo lugar, afecta la credibilidad y legitimidad de la Corte en tanto y en cuanto las partes y otros actores relevantes no pueden conocer las razones por las cuales una petición específica fue resuelta en un sentido u otro. En tercer lugar, y no por ello menos importante, entorpece que los actores domésticos, sea judiciales, legislativos o ejecutivos, puedan obtener guías claras del Tribunal Interamericano sobre cómo articular políticas públicas basadas en estándares judiciales interamericanos. Por eso, dadas las lagunas, discordancias y confusiones jurisprudenciales interamericanas, cualquier estrategia de litigio debe ir acompañada por un proceso pedagógico hacia el propio Sistema Interamericano

para concientizarlo de sus propias limitaciones, vacíos jurisprudenciales y debilidades.

En distintos apartados, tales como los relativos a las desapariciones forzadas, la memoria, los reclamos territoriales de pueblos indígenas y afrodescendientes, procuramos demostrar cómo América Latina y/o el Sistema Interamericano han encabezado muchas veces la experimentación en materia de derechos humanos. Para mejor o para peor, la región y su Sistema Interamericano han estado en vastas áreas a la vanguardia, tanto en la violación de los derechos humanos como en la resistencia y respuesta a las mismas. Los apartados reflejan a América Latina como un espacio donde ciertas prácticas violatorias de los derechos humanos han sido generalizadas y se han perfeccionado, pero también un lugar en donde las respuestas más eficaces para superarlas y nuevos tipos de resistencia y esperanza emergen, se desarrollan y consolidan. Las sociedades y los países latinoamericanos, junto al Sistema Interamericano, aprendieron unos de otros y sirvieron y sirven de modelo para otras regiones.

Los trabajos reproducidos aquí sobre igualdad y no discriminación presentan los avances, pero principalmente las limitaciones y dificultades de la región y de la jurisprudencia interamericana. Los apartados como “Claroscuros”, de reclamos territoriales indígenas y afrodescendientes o el relativo a desapariciones forzadas y mujeres, demuestran las dificultades que tiene la Corte para entender cabalmente la discriminación y particularmente los problemas de sexismo y racismo estructural que conforman muchas de las violaciones a los derechos humanos. En efecto, falla en contextualizar estas violaciones dentro de los problemas estructurales de marginalización, exclusión y racismo estructural. Los trabajos argumentan transversalmente que se debe avanzar en el desarrollo de una jurisprudencia que promueva la redistribución del poder y no se concentre tan solo en el reconocimiento de derechos.

La concepción en la que se ciernen estos trabajos pretende hacer repensar, desde la perspectiva del derecho interamericano de los derechos humanos, una teoría que parte de las disparidades socioeconómicas, de género, de raza, de etnia, de origen nacional y que reclama una redistribución como remedio a las injusticias.

Desde esta perspectiva, a la luz de las teorías de Fraser,⁴ se busca desarrollar una teoría crítica del reconocimiento que identifica y defiende solo aquellas versiones de aproximaciones culturales a reivindicaciones que pueden ser coherentemente combinadas con políticas de igualdad sustantiva y redistribución económica. Es necesario conceptualizar desde el derecho interamericano de los derechos humanos el reconocimiento cultural y las inequidades sociales como formas que se apoyan mutuamente y que establecen claras obligaciones estatales de atacar a ambas.

Desde el apoyo crítico al Sistema Interamericano y su interacción con otros actores nacionales e internacionales, propongo no solo una modificación jurisprudencial, sino también una mirada crítica institucional y de procedimiento. Es decir, el sistema no solo debe entenderse como una acumulación de informes o sentencias. La manera en que el procedimiento ante la Comisión y la Corte se organizan puede avanzar o afectar las reivindicaciones sociales en materia de derechos humanos. Lo mismo puede decirse de la estructura misma del sistema, las relaciones entre Comisión y Corte, entre estas y los Estados y los otros órganos de la OEA. Las críticas tanto a la jurisprudencia como al funcionamiento orgánico y estructura institucional del sistema encuentran su razón en la búsqueda de hacerlos más efectivos. Además, contienen una crítica tanto implícita como explícita al proceso de judicialización del sistema, es decir a la concepción del sistema como fundamentalmente un proceso judicial antes que algo mucho más amplio y dinámico. Critican la noción de que un proceso judicial es la mejor forma de proteger los derechos humanos. Ello sin desconocer, como se dice más arriba, el importante rol que juegan los jueces en la tutela de derechos. No considero que la Corte sea el órgano central del sistema desdibujando la importancia y centralidad de la Comisión. También cuestiono a quienes consideran que la jurisprudencia de la Corte es el motor del sistema olvidando que la Comisión ha sido y es quien abre el camino de desarrollos y avances o que lo hace de manera más sólida, consistente y a veces más progresista que el Tribunal.

⁴ Fraser, Nancy y Honneth, Axel, *Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange*, Verso, 2003.

Las propuestas que el libro presenta pretenden no solo superar algunas de las dudas que genera la actual propuesta jurisprudencial de la Corte Interamericana, sino fundamentalmente abrir un espacio de debate y reflexión sobre las consecuencias de tomar seriamente las palabras del Tribunal y de tener una visión extremadamente judicializada del sistema. Efectivamente, muchos de los trabajos proponen modificaciones convencionales (sí, del texto convencional), procedimentales y jurisprudenciales para fortalecer y acrecentar la protección efectiva de los derechos humanos.

El expresidente de Argentina Raúl Alfonsín alguna vez sostuvo:

Frente a la injusticia que cada vez se nos presenta con más fuerza como algo intolerable, quienes así la percibimos y decidimos actuar para combatirla lo hacemos desde dos perspectivas diferentes y complementarias.

Una, filosófica: el filósofo comprometido comprende la necesidad de profundizar en el pensamiento especulativo, para desentrañar las causas reales de esa injusticia y luego mostrar los caminos a recorrer para superarla, si es posible con la fuerza suficiente como para que esas ideas se conviertan, nada más que por su enunciado, en una praxis generada por la fuerza de su convicción. Esta tarea debe llevarse a cabo en forma rigurosa, exigente y sin concesiones y debe establecerse un diálogo permanente con quienes atacan el problema desde la otra posición.

La otra, política: el político ético paradigmático comprende, primero que nada, la necesidad de actuar al servicio de la verdad, la libertad y la igualdad. Se inspira en las grandes líneas del pensamiento progresista y define su objetivo fundamental como el de eliminar la mayor cantidad posible de obstáculos para la realización del hombre en la sociedad. Tiene una particular sensibilidad ética. Una tensión, casi una angustia constante. Una conciencia exigente, un especial sentido de culpa. También coraje para rechazar cualquier seducción del oportunismo, bondad para comprender las debilidades, fuerza para impulsar las responsabilidades, sagacidad para adivinar intenciones, prudencia para evitar regresiones, paciencia para esperar resultados, tenacidad para aferrarse a sus convicciones, flexibilidad para avanzar en cambiantes circunstancias.

Pero el filósofo no puede exigirle al político que actúe temerariamente, aunque se acepte que su misión es hacer posible lo imposible, y cuando no lo hace considerar que actúa hipócritamente. Tiene que exigirle valentía para llegar al límite y templanza para reconocerlo. Del mismo modo, el político no puede exigirle al filósofo soluciones de inmediato, sino una búsqueda comprometida.⁵

Estas líneas dan cuenta de mi identidad, que no es ni la de filósofo ni la de político. Soy un pensador crítico y un defensor pragmático y comprometido. Este libro compila artículos que pretenden actuar como disparadores de nuevas investigaciones a través de los interrogantes que plantean y de los temas que exploran. Aliento al lector a acompañarme en este camino para cooperar en la construcción mancomunada de un sistema de derechos humanos más legítimo, eficiente y eficaz.

Antes de concluir, quiero agradecer. La lista de agradecimientos es múltiple y extensa. Sé que me olvidaré de muchos y desde ahora pido disculpas. Quiero comenzar por el Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro a través de su director, Rogelio Flores, por la generosidad y el inmerecido honor de realizar esta publicación. A Adriana Corral, por autorizarme a utilizar en la portada una reproducción de su obra “Impunidad: círculo vicioso”. La misma fue producida con base en los testimonios brindados en el caso *Campo Algodonero* ante la Corte. Tuve la suerte de conocer a Adriana cuando era estudiante en la Universidad de Texas en Austin y trabajar junto a ella. La obra representa algunas de las ideas que influyen los artículos que este libro contiene: una colaboración interdisciplinaria, distintas formas de simbolizar y resistir a las violaciones a los derechos humanos, una aproximación bilingüe, transnacional, multicultural a los abusos, la transformación y representación del discurso jurídico.

Muchos de mis artículos agradecen a Denise Gilman, por todo. Denise siempre me hace mejor padre, mejor abogado, mejor profesor, mejor persona. A Leo y Lucas, que son la luz y la fuerza de mi vida. A mi mamá Irma, mis hermanas Lili y Silvi, a Darío, Eshel, Tomer, Lauti e Ilan por siempre estar. A Gustavo

⁵ Alfonsín Raúl, *Memoria política. Transición a la democracia y derechos humanos*, 2004, pp. 20 y 21.

Saposnik y Pablo Vezenyi. La distancia no debilita la amistad. A los amigos con quienes militamos en política y caminamos esperanzados las calles de Burzaco: Gerardo Cadierno, Daniel Ferber, Memo, Fernando y Virginia López Villa, Camilo Guerrero, Germán Bauche, Jorge Bozzo y Diego Martínez. Quiero agradecer a todos mis profesores de la Universidad de Buenos Aires que me dieron las herramientas para ser el abogado que soy. En particular, a Germán Bidart Campos, Adelina Loiano, Guillermo Moncayo, Mónica Pinto, María Graciela Reiriz. A los amigos junto a quienes he caminado desde los años en la Facultad, Martín Abregu, Mary Beloff, Miguel Sama, Gus Naveira, Vivi Krsticevic, Alberto Bovino, Víctor Abramovich, Fabricio Guariglia, Claudia Martín, Vero Gómez, Laura Clérico, Manuel Garrido, Roberto Saba, Christian Courtis. A Alberto “Tito” Mansur, que me enseñó como juez que el derecho tiene que estar al servicio de quien no tiene una situación privilegiada. A todas las colegas y amigas de CEJIL con las que empujamos en los orígenes. A mis profesores de Harvard Law School, en particular Henry Steiner y David Kennedy, que me refinaron como abogado y me hicieron más latinoamericano. Al International Human Rights Law Group, en particular a Gay McDougall, Peggy Hicks, Lottie Cunningham, Candis Craig, por la oportunidad de aprender tanto y, en especial, de trabajar con afrodescendientes y pueblos indígenas. A todas y todos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con quienes trabajé y a quienes admiro por su dedicación y compromiso a pesar de todo y a quienes hice sufrir (Elizabeth Abi-Mershed, Juan Pablo Albán, Nerea Aparicio, Debbie Benchoam, Lilly Ching, Norma Colledani, Manuela Cuvi, Andy Galindo, Gloria Hansen, Leo Hidaka, Isabel Madariaga, María Claudia Pulido, Daniela Salazar, Camilo Sánchez, Brian Tittmore). A defensores y defensoras de derechos humanos que han sido mentores, colegas, compañeros y que, cada uno a su manera me ha influido con su ejemplo, sus escritos, sus acciones, sus conversaciones: Mariclaire Acosta, Federico Andreu, Ligia Bolívar, Jim Cavallaro, Antonio Cançado Trindade, Santiago Cantón, Gabriella Citroni, Bob Goldman, Claudio Grossman, Carmen Herrera, Helen Mack, Cecilia Medina, Juan Méndez, Consuelo Morales, Pedro Nikken, Pilar Noriega, Digna Ochoa, Pablo Saavedra, Katya Salazar, Magdalena Sepúlveda, Pancho Soberon, Salvi Tinajero, Jorge Taiana,

Wilder Tyler, Susana Villarán, Pepe Zalaquett, Renato Zerbini. A colegas y amigos de la Universidad de Texas y de Austin quienes me acompañan en la reflexión y en la recreación de una nueva identidad profesional y también en la vida, David Adelman, Javier Auyero, Dan Brinks, Sarah Cline, Paloma Díaz, Karen Engle, Dani Fridman, Helen Gaebler, Charlie Hale, Barbara Hines, Fernando Lara, Raúl Madrid, Ted Magee, Leticia Marteleto, Ranjana Natajaran, Lizzie Pintar, Gabi Polit, Kelly Ramsey, Larry Sager y Pilar Zarzueta. A los colegas de las Naciones Unidas, en especial a Ugo Cedrangolo, Michelle Erazo, Alan García y Matías Pellado y a todos los miembros del Grupo de Trabajo con los que compartí y comparto mi mandato: Olivier de Frouville, Jeremy Sarkin, Jasna Dzumhur, Houria Es-Slami, Bernard Duhaime, Tae-Ung Baik y Henrikas Mickevicius. A los coautores de algunos de los artículos que son responsables de lo bueno que contienen. A todos mis estudiantes, que siempre me enseñan. A los centenares de defensores y defensoras, que con su ejemplo y compromiso son fuente continua de inspiración. A todas las víctimas que depositaron en mí su confianza y su esperanza. Perdón por mis limitaciones.

Abreviaturas

ACNUDH	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
AFADEM	Asociación de Familiares de Detenidos Desaparecidos y Víctimas de Violaciones a los Derechos Humanos (México)
AFDD	Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos (Chile)
AIDEF	Asociación Interamericana de Defensorías Públicas
ANFASEP	Asociación Nacional de Familiares de Secuestrados, Detenidos y Desaparecidos del Perú
ASFADDES	Asociación de Familiares de Detenidos Desaparecidos (Colombia)
ASOFAMD	Asociación de Familiares de Detenidos y Desaparecidos y Mártires de la Liberación Nacional (Bolivia)
BID	Banco Interamericano de Desarrollo
CARICOM	Comunidad del Caribe
CEJIL	Centro por la Justicia y el Derecho Internacional
CELS	Centro de Estudios Legales y Sociales
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe

CERD	Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial
CEDAW	Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer
CEH	Comisión para el Esclarecimiento Histórico de Guatemala
CESLA	Centro de Estudios Latinoamericanos
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIDI	Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral
CIJ	Corte Internacional de Justicia, ONU
CNM	Consejo Nacional de la Magistratura
CODEFAM	Comité de Familiares de Víctimas de Violaciones a los Derechos Humanos (El Salvador)
COFADEH	Comité de Familiares de Detenidos-Desaparecidos de Honduras
Conadep	Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina
DMS	Sistema de Manejo de Documentos Electrónicos
ESAP	Escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas
FEDEFAM	Asociación de Familiares de Detenidos-Desaparecidos
FAMDEGUA	Asociación de Familiares de Detenidos y Desaparecidos de Guatemala
FEMED	Fédération Euro-Méditerranéenne contre les Disparitions Forcées
FONAPAZ	Fondo Nacional para la Paz
FMLN	Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (El Salvador)

Abreviaturas

GAM	Grupo de Apoyo Mutuo (Guatemala)
ILSA	Sistema Interamericano para la Protección de los Derechos Humanos
LASA	Latin American Studies Association
MESECVI	Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará
OC	opinion consultiva
OEA	Organización de los Estados Americanos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONG	organización no gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PCMS	Sistema de Manejo de Peticiones y Casos
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
PTS	Escala de Terror Político (Political Terror Scale, por sus siglas en inglés)
REMJA	Reuniones de Ministros de Justicia de las Américas
REMHI	Proyecto Interdiocesano de Recuperación de la Memoria Histórica
SIDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos
UNASUR	Unión de Naciones Suramericanas
UNICEF	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia
UP	Unión Patriótica (Colombia)

VERDAD, JUSTICIA, MEMORIA,
DESAPARICIONES FORZADAS Y
PROCEDIMIENTOS ESPECIALES DE LA ONU

I. Trabajo de orfebrería: las relaciones entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*

El diálogo, que es siempre comunicación, sostiene la colaboración [...].

El diálogo no impone, no manipula, no domestica, no esloganiza.¹

1. INTRODUCCIÓN

Tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte, Corte Interamericana o Corte IDH) como los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (en adelante procedimientos especiales) han

* Este trabajo fue publicado en la *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional*, Universidad Torcuato Di Tella (UTDT), núm. 3, Buenos Aires, 14 de diciembre de 2015. En colaboración con María Daniela Rivero, abogada venezolana con maestría en Derecho Internacional en la Universidad de Notre Dame, donde estudió como becaria Fulbright. Fue abogada en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y asesora legal para el Programa de Latinoamérica y el Caribe en el Centro de Derechos Reproductivos. Ha trabajado como asistente legal de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y en la Comisión Internacional de Juristas en Ginebra, Suiza. Actualmente es consultora en temas de derechos humanos y derecho internacional.

¹ Freire, Paulo, *Pedagogía del oprimido*, 53ª ed., Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 1970, p. 153.

sido reconocidos respectivamente como la joya de la corona de sus respectivos sistemas.² Sin embargo, poco o nada se ha escrito sobre las relaciones entre ambas piezas de orfebrería.

El Sistema Internacional de los Derechos Humanos puede analizarse desde diferentes perspectivas. Una de ellas es la convivencia de mecanismos universales que operan bajo la órbita de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU), con aquellos surgidos y que funcionan a nivel regional.³ Se ha sostenido que esta convivencia entre el sistema universal y el regional puede servir para distintos propósitos, incluso si los derechos reconocidos universal y regionalmente son idénticos. El sistema universal cumple precisamente el objetivo de reafirmar la protección de los derechos humanos a nivel universal. Para los sistemas regionales, condiciones favorables dentro de una región pueden llevar a los Estados a confiar más en sus vecinos, y a estar dispuestos a potenciar los órganos regionales para resolver disputas en torno a los derechos humanos. La relativa mayor homogeneidad cultural e ideológica de una región puede lograr un acuerdo sobre una lista más completa de los derechos humanos, o una definición más detallada que la “universal”. Los organismos regionales pueden también articular conceptos regionales específicos e interpretar las normas sobre derechos humanos de acuerdo con las realidades locales o regionales.⁴

Al existir mecanismos regionales y universales, así como judiciales, cuasijudiciales, no judiciales y promocionales, po-

² Para la Corte Interamericana véase entre otros, Álvarez Gil, Roberto, “Desafíos y retos en el uso del sistema interamericano”, *Revista IIDH*, núm. 46, 2007, p. 21. Para los Procedimientos Especiales véase por ejemplo, Annan calls on Human Rights Council to strive for unity, avoid familiar fault lines, disponible en http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=20770#.VcoqD_IVikp

³ Buergenthal, Thomas, “International and regional human rights law and institutions: some examples of their interaction”, en *Tex. Int’l, L.J.*, núm. 12, 1977, p. 321, Trindade, A.A. Cançado, “Co-existence and co-ordination of mechanisms of international protection of human rights (at global and regional levels)”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 1987.

⁴ Neuman, Gerald L., “Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights”, en *Eur J Int Law*, núm. 19, 2008, p. 107.

drían establecerse relaciones entre ellos. Si bien el fenómeno del diálogo judicial a nivel internacional ha sido extensamente estudiado,⁵ el diálogo entre órganos de derechos humanos de distinta naturaleza no ha sido sistemática o profundamente explorado hasta el momento. Por eso, este apartado realiza una primera aproximación de la manera en que los procedimientos especiales y la Corte Interamericana han dialogado entre sí, en los últimos años.

La Corte es “una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención”,⁶ ejerciendo una “función jurisdiccional y consultiva”.⁷ Por su parte, los procedimientos especiales realizan múltiples tareas, desde aceptar quejas por violaciones a los derechos humanos y reaccionar a las mismas mediante acciones urgentes o cartas de alegaciones, realizar visitas a los países para investigar la situación de los derechos humanos y reportar sobre las mismas y, finalmente, desarrollar estudios temáticos relativos a sus respectivos mandatos.⁸ Por tanto, una perspectiva de análisis de este diá-

⁵ Particularmente a partir de Slaughter, Anne Marie, “Typology of Transjudicial Communication, A.” en *U. Rich. L. Rev.*, núm. 29, 1994, p. 99.

⁶ Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado mediante resolución núm. 448 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno periodo de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979, art. 1.

⁷ *Ibidem*, art. 2.

⁸ Véanse las siguientes resoluciones estableciendo los mandatos relevados en este artículo: Relatora Especial sobre la Situación de los Defensores de Derechos Humanos, resolución de la Comisión de Derechos Humanos E/CN.4/RES/2000/61; Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, resolución de la Comisión de Derechos Humanos E/CN.4/RES/1980/20/(XXXVI); Relator Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias, Consejo Económico y Social E/RES/1982/35; Relatora Especial sobre la Independencia de los Magistrados y Abogados, resolución de la Comisión de Derechos Humanos E/CN.4/RES/1994/41; Relator Especial sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, resolución de la Comisión de Derechos Humanos E/CN.4/RES/1993/45; Relatora Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, resolución de la Comisión de Derechos Humanos E/CN.4/RES/2001/57; Relator/Relatora Especial sobre la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales en la

logo sería tomar en cuenta la función de los mecanismos, judiciales, cuasijudiciales, promocionales, políticos y diplomáticos. Dependiendo de sus características, algunos mecanismos tendrán solo o predominantemente facultades y funciones judiciales —como en nuestro caso la Corte—, mientras que otros —los procedimientos especiales— desempeñarán sus tareas desde actividades políticas, diplomáticas o promocionales, sin tener las rigideces de los procedimientos judiciales, pero también sin poder beneficiarse de algunas prerrogativas que tienen los órganos judiciales, como puede ser la obligatoriedad de sus decisiones. Dada la naturaleza diferente de los mandatos de la Corte Interamericana y los procedimientos especiales, analizaremos las razones y la manera de interacción para construir nuestra teoría sobre ese diálogo.

Metodológicamente se realizó una revisión de las decisiones de la Corte desde 2010-2014, así como de los informes anuales y de visitas de nueve procedimientos especiales en ese mismo periodo. Los procedimientos especiales que hemos utilizado son:⁹

Lucha contra el Terrorismo, resolución de la Comisión de Derechos Humanos E/CN.4/RES/2005/80; Relator Especial sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, resolución de la Comisión de Derechos Humanos A/HRC/RES/1985/33, y Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer, sus Causas y Consecuencias, resolución de la Comisión de Derechos Humanos E/CN.4/RES/1994/45. Véase también, Domínguez Redondo, Elvira, “Rethinking the legal foundations of control in international human rights law—the case of special procedures”, en *Neth. Q. Hum. Rts.*, núm. 29, 2011, p. 267.

⁹ Se identificó, asimismo entre otros, los siguientes Procedimientos Especiales que fueron utilizados por la Corte, pero que no fueron relevados para este artículo: Relator Especial sobre las Formas Contemporáneas de Racismo, Discriminación Racial, Xenofobia y formas Conexas de Intolerancia; Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria; Relator Especial sobre una Vivienda Adecuada como Elemento Integrante del Derecho a un Nivel de Vida Adecuado; Relator Especial sobre la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, y Relator Especial sobre el Derecho a toda persona al disfrute del más alto nivel de Salud Física y Mental, en los casos, 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, núm. 283; Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28

- el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias —en adelante Grupo de Trabajo sobre Desapariciones—;¹⁰
- la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer, sus Causas y Consecuencias (Relatora sobre la Mujer);¹¹
- Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Relator sobre Pueblos Indígenas);¹²

de agosto de 2014. Serie C, núm. 282; Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C, núm. 274; Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C, núm. 272; Corte IDH. *Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C, núm. 270; Corte IDH. *Caso Luna López vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de octubre de 2013. Serie C, núm. 269; Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C, núm. 253; 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, núm. 252; Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C, núm. 242; Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C, núm. 239, y Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 218.

¹⁰ Olivier de Frouville, La experiencia del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas en la lucha contra las Desapariciones Forzadas, con una mirada particular sobre la cuestión de los niños implicados en Ortega, Juan José López, “Las desapariciones forzadas en España a la luz de la Convención de las Naciones Unidas”, en *Desapariciones forzadas de niños en Europa y Latinoamérica. Del convenio de la ONU a las búsquedas a través del ADN*, Universitat de Barcelona, 2014.

¹¹ Ertürk, Yakın y Purkayastha, Bandana, “Linking research, policy and action: A look at the work of the special rapporteur on violence against women”, en *Current Sociology*, núm. 60.2, 2012, pp. 142-160. <http://csi.sagepub.com/content/60/2/142.short>

¹² Stavenhagen, Rodolfo, “The United Nations Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples (2012)”, en *Peasants, Culture and Indigenous Peoples*, Springer Berlin Heidelberg, 2013, pp. 81-93. http://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-642-34153-3_6

- Relator Especial sobre la Situación de los Defensores de los Derechos Humanos (Relator sobre Defensores);
- Relator Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias¹³ (Relator sobre Ejecuciones);
- Relator Especial sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión¹⁴ (Relator sobre Libertad de Expresión);
- Relator Especial sobre la Promoción y Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales en la Lucha contra el Terrorismo (Relator sobre Terrorismo);
- Relator Especial sobre la Independencia de los Magistrados y Abogados (Relator sobre Independencia Judicial), y
- el Relator Especial sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (Relator sobre la Tortura).¹⁵

Las relaciones entre la Corte y los procedimientos especiales pueden manifestarse de diferentes maneras. No es la intención de este trabajo analizar exhaustivamente todas las múltiples formas de interacción. Tampoco estudiar cuantitativamente las distintas expresiones de estas relaciones. De esta manera, no se pretende analizar otros tipos de relaciones que pueden existir, desde la participación en eventos académicos conjuntos, la lectura o consideración de las decisiones y publicaciones de unos y otros organismos que informan el procedimiento de decisión y razonamiento, pero que no se traducen en expresiones explícitas. Lo que en las próximas secciones se plantea, es simplemente procurar sistematizar ciertas expe-

¹³ Alston, Philip; Morgan-Foster, Jason, y Abresch, William, “The competence of the U.N. Human Rights Council and its special procedures in relation to armed conflicts: extrajudicial executions in the «War on Terror»”, en *European Journal of International Law*, núm. 19.1, 2008, pp. 183-209. <http://ejil.oxfordjournals.org/content/19/1/183.short>

¹⁴ Donders, Yvonne, *The United Nations and Freedom of Expression and Information*, Cambridge University Press, 2015.

¹⁵ Nowak, Manfred. “Torture: Perspective from U.N. Special, Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment”, en *NTU L. Rev.*, núm. 7, 2012, p. 465.

riencias con el objetivo de esbozar nuevas líneas de investigación en el futuro.

La finalidad de este apartado es analizar las referencias expresas y explícitas a dichos nueve procedimientos especiales en las sentencias de la Corte y viceversa. Nuestra intención es abrir nuevas áreas de investigación para interpretar estas interacciones, analizar su efectividad y visualizar a un sistema de derechos humanos complejo, cuya efectividad y funcionamiento podría beneficiarse de una aproximación holística al mismo. Considerando el carácter único de cada procedimiento especial, un análisis de solo un puñado de ellos, necesariamente puede correr el riesgo de arbitrariedad en la selección o al menos de no ser absolutamente representativo, por esto, no generaliza las conclusiones.¹⁶

2. LA CORTE INTERAMERICANA Y SUS REFERENCIAS A LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

Entre 2010 y 2014 la Corte Interamericana emitió 68 sentencias de fondo,¹⁷ 40 hacen referencia a procedimientos especiales. Este trabajo da cuenta de 28 sentencias, que fueron seleccionadas teniendo en cuenta que las mismas hacen mención expresa a los nueve mandatos temáticos escogidos para realizar este estudio y la relevancia de sus citas.

A continuación se realiza una síntesis de las menciones explícitas a los procedimientos especiales realizadas por la Corte Interamericana, para indicar:

- i. el reconocimiento de aportes de procedimientos especiales;
- ii. la utilización de estas para probar el contexto y/o hechos específicos;
- iii. para fundamentar sus consideraciones; así como,

¹⁶ Véase similarmente Hoehne, Oliver, “Special Procedures and the New Human Rights Council—a need for strategic positioning”, en *Essex Human Rights Review*, núm. 4.1, 2007, 2.2.

¹⁷ No se tomaron en cuenta las sentencias sobre excepciones preliminares y de interpretación.

- iv. las que sirvieron de base para adoptar criterios, y por último,
- v. el llamado a exrelatores como peritos ante la Corte.

2.1. Reconocimiento de aportes de procedimientos especiales

Tanto la Corte Interamericana como los procedimientos especiales han reconocido o destacado recíprocamente los desarrollos y contribuciones efectuadas por cada órgano. Así, la Corte Interamericana ha indicado el carácter pionero de la definición de desaparición forzada realizada por el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas.¹⁸

¹⁸ *Caso García y familiares vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012. Serie C, núm. 258, párr. 95; *Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala, supra*, párr. 191; *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, supra*, párr. 283; *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, núm. 250, párr. 112; *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012. Serie C, núm. 240, párr. 50; *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C, núm. 232, párr. 81; *Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C, núm. 229, párr. 92; *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, núm. 221, párrs. 65 y 66; *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, núm. 219, párr. 102; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C, núm. 217, párrs. 58 y 60, y *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2001. Serie C, núm. 212, párrs. 82 y 85, citando, el informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Comisión de Derechos Humanos, 37º periodo de sesiones, ONU Doc. E/CN.4/1435, de 22 de enero de 1981, párr. 4; informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Comisión de Derechos Humanos, 39º periodo de sesiones, ONU Doc. E/CN.4/1983/14, de 21 de enero de 1983, párrs. 130-132, e informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de Personas, Comisión de Derechos Humanos, informe a la visita realizada a Sri Lanka por tres miembros del Grupo de Trabajo, 7 a 18 de octubre de 1991, E/CN.4/1992/18/Add. 1 de 5 de enero de 1992.

La Corte en los casos *García y familiares*,¹⁹ *Gudiel Álvarez*,²⁰ *Masacre de El Mozote y lugares aledaños*,²¹ *Masacres de Río Negro*, *González Medina*, *Contreras y otros*,²² *Torres Millacura y otros*,²³ *Gelman*,²⁴ *Gomes Lund*,²⁵ *Ibsen Cárdenas*²⁶ y *Chitay Nech*,²⁷ afirmó que en “el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos se desarrolló desde la década de los ochenta una definición operativa del fenómeno por parte del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas. Los elementos conceptuales establecidos por dicho Grupo de Trabajo fueron retomados posteriormente en las definiciones de distintos instrumentos internacionales”.²⁸

¹⁹ Corte IDH. *Caso García y familiares vs. Guatemala*, *supra*, núm. 258.

²⁰ Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala*, *supra*, núm. 253.

²¹ Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, *supra*, núm. 252.

²² Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C, núm. 232.

²³ Corte IDH. *Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C, núm. 229.

²⁴ Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, núm. 221.

²⁵ Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 219.

²⁶ Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C, núm. 217.

²⁷ Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C, núm. 212.

²⁸ *Caso García y familiares vs. Guatemala*, *supra*, párr. 95; *Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala*, *supra*, párr. 191; *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, *supra*, párr. 283; *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, *supra*, párr. 112; *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*, *supra*, párr. 50; *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*, *supra*, párr. 81; *Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina*, *supra*, párr. 92; *Caso Gelman vs. Uruguay*, *supra*, párrs. 65 y 66; *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, *supra*, párr. 102; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, *supra*, párrs. 58 y 60, y *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, *supra*, párrs. 82 y 85, citando, el informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Comisión de Derechos Humanos, 37º periodo de sesiones; ONU Doc. E/CN.4/1435, de 22 de ene-

En el caso *Gelman*,²⁹ la Corte no solo hizo mención a la definición operativa realizada por el Grupo, antes indicada, sino que también explicó que en consideración a las definiciones contenidas en la declaración correspondiente, en la Convención Internacional, en el Estatuto de Roma y en la Convención Interamericana, el referido Grupo de Trabajo amplió el concepto de desaparición forzada.³⁰

2.2. Prueba de determinaciones fácticas

Tal como se verá en los párrafos siguientes, teniendo en cuenta la utilización de los informes sobre visitas de los procedimientos especiales por parte de la Corte Interamericana para probar determinaciones fácticas relativas al contexto del caso o a los hechos específicos, se puede concluir que la Corte ha entendido que al realizar las visitas a los países para recibir información, y al interactuar con agentes gubernamentales y no gubernamentales, dicha información es confiable para fundamentar las mismas, inclusive en algunos casos basándose solamente en dichos informes.

En el caso *Quintana Coello*³¹ y en *Tribunal Constitucional*,³² la Corte utilizó únicamente el informe del Relator sobre Indepen-

ro de 1981, párr. 4; informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Comisión de Derechos Humanos, 39º periodo de sesiones; ONU Doc. E/CN.4/1983/14, de 21 de enero de 1983, párrs. 130-132, e informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de Personas, Comisión de Derechos Humanos, informe a la visita realizada a Sri Lanka por tres miembros del Grupo de Trabajo, 7 a 18 de octubre de 1991, E/CN.4/1992/18/Add. 1 de 5 de enero de 1992.

²⁹ Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, núm. 221.

³⁰ Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*, *supra*, párrs. 67-68. Citando, Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas, General Comment on the definition of enforced disappearance.

³¹ Corte IDH. *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C, núm. 266.

³² Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C, núm. 268.

dencia Judicial en su visita a Ecuador en julio de 2005, que fue aportado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —en adelante Comisión Interamericana o CIDH—, para determinar los siguientes hechos:

- i. la crisis política y social como resultado del cese de los cargos del Tribunal Supremo Electoral, del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia;³³
- ii. movilizaciones desde enero de 2005 en contra del gobierno nacional por considerar que estaba violando la Constitución y el Estado de derecho;³⁴
- iii. las decisiones adoptadas al instalarse la nueva Corte Suprema de Justicia,³⁵ en especial, las relativas a la declaratoria de nulidad de las causas seguidas contra los expresidentes de la República Abdalá Bucaram y Gustavo Noboa, así como contra el exvicepresidente Alberto Dahik;³⁶
- iv. la decisión del Congreso de dejar sin efecto el nombramiento de la nueva Corte Suprema de Justicia,³⁷ que
- v. generó que el 20 de abril de 2005 el Congreso Nacional declarara el abandono del cargo del presidente de la República;³⁸

³³ *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C, núm 266, párr. 91, y *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C, núm. 268, párr. 109; cfr. informe Relator Especial sobre la Independencia de los Magistrados y Abogados, de 31 de agosto de 2005.

³⁴ *Idem*.

³⁵ *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*, *supra*, párr. 92, y *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, *supra*, párr. 110; cfr. informe Relator Especial sobre la Independencia de los Magistrados y Abogados, de 31 de agosto de 2005.

³⁶ *Idem*.

³⁷ *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*, *supra*, párr. 94, y *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, *supra*, párr. 114; cfr. informe Relator Especial sobre la Independencia de los Magistrados y Abogados, de 31 de agosto de 2005.

³⁸ *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, *supra*, párr. 115; cfr. informe Relator Especial sobre la Independencia de los Magistrados y Abogados, de 31 de agosto de 2005.

- vi. la aprobación por el Congreso de la reforma de la Ley Orgánica de la Función Judicial,³⁹ que estableció un mecanismo *ad hoc* para administrar el proceso de calificación y designación de los nuevos magistrados y conjueces de la Corte Suprema de Justicia,⁴⁰ y
- vii. la posterior resolución que deja sin efecto el nombramiento del nuevo Tribunal Constitucional, sin establecer la reincorporación de los vocales que habían sido destituidos.⁴¹

El informe conjunto de la visita a Colombia del Relator sobre Tortura y del Relator sobre Ejecuciones Extrajudiciales, en octubre de 1994, fue utilizado en el caso *Manuel Cepeda Vargas*⁴² al analizar los deberes del Estado de prevención y protección respecto del derecho a la vida del senador Cepeda Vargas; dicho informe fue aportado por los representantes. La Corte Interamericana constató la situación general de riesgo del senador al establecer que en 1995 los relatores anteriormente nombrados habían señalado que desde 1985 habían sido asesinados por motivos políticos miembros de la Unión Patriótica —UP—,⁴³ asimismo, este informe hizo notar que el senador se encontraban en

³⁹ *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*, *supra*, párr. 98, y *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*. Sentencia de 28 de agosto de 2013, párr. 116, cfr. informe Relator Especial sobre la Independencia de los Magistrados y Abogados, de 31 de agosto de 2005.

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*, *supra*, párr. 99, y *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, *supra*, párr. 118, informe Relator Especial sobre la Independencia de los Magistrados y Abogados, de 31 de agosto de 2005.

⁴² Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C, núm. 213.

⁴³ *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Sentencia, *supra*, párr. 77, citando, Naciones Unidas, informe conjunto de la visita a Colombia del Relator Especial encargado de la cuestión de la tortura, Sr. Nigel S. Rodley, y del Relator Especial encargado de la cuestión de las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Sr. Bacre Waly Ndiaye, E/CN.4/1995/111, 16 de enero de 1995.

una posición de mayor vulnerabilidad, debido a que “en una época [...] la UP y el PCC eran considerados como «enemigo interno» en virtud de la doctrina de seguridad nacional”.⁴⁴ Por último, la Corte afirmó que “podría explicarse” el rechazo del senador Cepeda a la protección del DAS, teniendo en cuenta que el informe mencionado estableció que “en varios casos las amenazas se originarían en las propias fuerzas de seguridad, [por lo que] no es sorprendente, [...] que las personas amenazadas no parezcan deseosas de recurrir a las escoltas proporcionadas por las instituciones estatales”.⁴⁵

En relación a la vulnerabilidad de los defensores y defensoras de derechos humanos en Guatemala para establecer el contexto pertinente en el caso *Defensor de Derechos Humanos y otros*,⁴⁶ la Corte utilizó el informe relativo a la misión a Guatemala en 2002, de la Relatora sobre Defensores, para constatar que:

- i. el aumento de los casos de ataques contra defensores de derechos humanos en los años 2000 a 2002;
- ii. el tipo de ataques que eran las “amenazas de muerte, actos de intimidación, violaciones de la integridad física —con inclusión de palizas y secuestros— y violaciones del derecho a la vida, actos que en algunos casos se relacionan con acontecimientos concretos de orden político o de otra índole”;
- iii. que los ataques eran cometidos por las fuerzas policiales y militares, así como por grupos clandestinos vinculados con las fuerzas de seguridad, y

⁴⁴ *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, *supra*, párr. 85; cfr. informe conjunto de la visita a Colombia del Relator Especial encargado de la cuestión de la tortura, Sr. Nigel S. Rodley, y del Relator Especial encargado de la cuestión de las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Sr. Bacre Waly Ndiaye, párr. 46.

⁴⁵ *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, *supra*, párr. 97, citando, informe conjunto de la visita a Colombia del Relator Especial encargado de la cuestión de la tortura, Sr. Nigel S. Rodley, y del Relator Especial encargado de la cuestión de las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Sr. Bacre Waly Ndiaye, párr. 47.

⁴⁶ 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, núm. 283.

- iv. estableció que existía “un nexo evidente entre [la] impunidad y la situación precaria de los defensores de los derechos humanos en el país”, y concluyó que había “un claro debilitamiento del gobierno de alcanzar los objetivos establecidos en el Acuerdo Global sobre Derechos Humanos y en los componentes de derechos humanos de los acuerdos de paz”.⁴⁷

Asimismo, se utilizó el informe sobre la misión a Guatemala en 2006⁴⁸ del Relator sobre Ejecuciones Extrajudiciales, en el mismo caso, para establecer que las amenazas de muerte y los asesinatos de defensores de derechos humanos eran de una “frecuencia alarmante”, y los defensores más frecuentemente asesinados eran los que promovían los derechos económicos, sociales o culturales y los que perseguían “la verdad y la justicia en relación con las violaciones de los derechos humanos cometidos durante el conflicto armado interno”. Asimismo, constató que eran pocos los ataques investigados y aún menos los que daban lugar a condenas, teniendo como resultado un aumento en los asesinatos “en gran parte debido a que no se ha investigado ni castigado a sus autores”.⁴⁹

En *Luna López*⁵⁰ para probar la situación de defensores del medio ambiente en Honduras, la Corte observó el informe presentado en 2006 sobre Defensores, en el cual expresó su preo-

⁴⁷ *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C, núm 283, párr. 76. b), citando: cfr. informe presentado por la Sra. Hina Jilani, representante especial del Secretario General sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, en virtud de la resolución 2000/61 de la Comisión de Derechos Humanos. Adición, misión a Guatemala. E/CN.4/2003/104/Add.2.

⁴⁸ *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala*, *supra*, párr. 76. e), citando: cfr. informe del Relator Especial, Philip Alston, sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias. Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y ejecuciones sumarias. misión a Guatemala, 21 a 25 de agosto de 2006. A/HRC/4/20/Add.2, 19 de febrero de 2007, párr. 35.

⁴⁹ *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala*, *supra*, párr. 76.

⁵⁰ Corte IDH. *Caso Luna López vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de octubre de 2013. Serie C, núm. 269.

cupación por “las violaciones al derecho a la vida, a la seguridad y a la integridad física y psíquica de los defensores de los derechos humanos en Honduras, en particular los activistas en la defensa del medio ambiente y los líderes indígenas que defienden los derechos de sus comunidades”.⁵¹ Asimismo, aunque fue un informe posterior a los hechos del caso, y no fue aportado por las partes o la Comisión Interamericana, se citó de oficio el informe de Margaret Sekaggya, Relatora Especial, de diciembre de 2012 sobre su misión a Honduras⁵² que confirma el grado de violencia al que están sometidos los defensores de derechos humanos en Honduras.

En el caso *Osorio Rivera y familiares*⁵³ la Corte para establecer el contexto del caso, dentro del conflicto entre grupos armados y agentes de las fuerzas policial y militar desde los ochenta hasta finales del 2000 en Perú, afirmó que “el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de Naciones Unidas concluyó que la mayoría de los 3 004 casos de denuncias sobre desapariciones ocurrieron entre 1983 y 1992. [Que en esta] época [...] los agentes estatales para la lucha contrasubversiva contaban con un gran margen de discreción y actuaban mayoritariamente en zonas que se encontraban bajo estado de emergencia, pero también en otras áreas del Perú”.⁵⁴

⁵¹ *Caso Luna López vs. Honduras*. Sentencia de 10 de octubre de 2013, párr. 22, citando: ONU, Consejo Económico y Social. Informe presentado por Hina Jilani, representante especial del Secretario General sobre la situación de los defensores de los derechos humanos. *Addendum*. Compilación de avances en el área de defensores de derechos humanos, E/CN.4/2006/95/Add.5, 6 de marzo de 2006, párr. 724.

⁵² *Caso Luna López vs. Honduras*. Sentencia de 10 de octubre de 2013, párr. 22, citando: ONU, Consejo de Derechos Humanos. Informe de la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, Margaret Sekaggya. Misión a Honduras, A/HRC/22/47Add.1, 13 de diciembre de 2012, párrs. 73 y 82.

⁵³ Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C, núm. 274.

⁵⁴ *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú*. Sentencia de 26 de noviembre de 2013, párr. 57, citando: cfr. Naciones Unidas, informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, E/CN.4/1998/43, 12 de enero de 1998, párr. 297.

En dos casos de El Salvador, *Masacre de El Mozote*,⁵⁵ y *Contreras y otros*⁵⁶ la Corte afirmó, basándose en su precedente y en un informe de la visita a El Salvador del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas, que el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional —FMLN— estaba conformado por cinco grupos de oposición política y armada,⁵⁷ que decidieron en 1981 conducir una ofensiva para promover un levantamiento popular y derrocar a la Junta de Gobierno; sin lograr el objetivo, el FMLN acabó controlando varios poblados, aseguró sus áreas de influencia política y logró el reconocimiento internacional como fuerza beligerante.⁵⁸

En el caso *Contreras y otros*⁵⁹ se pronunció la Corte Interamericana sobre el patrón sistemático de desapariciones forzadas de niños y niñas, afirmando que, como lo había establecido el Grupo de Trabajo de Desapariciones Forzadas, “[I]os niños y niñas eran sustraídos durante la ejecución de operativos militares después de que sus familiares fueran ejecutados u obligados a huir para proteger sus vidas y frecuentemente apropiados por parte de jefes militares, quienes los incluían en sus senos familiares como hijos”.⁶⁰ Asimismo, en otro caso relacionado con la sustracción

⁵⁵ 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, núm. 252.

⁵⁶ Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C, núm. 232.

⁵⁷ Fuerzas Populares de Liberación, Ejército Revolucionario del Pueblo, Fuerzas Armadas de Liberación, Fuerzas Armadas de Resistencia Nacional y el Partido Revolucionario de los Trabajadores de Centroamérica.

⁵⁸ *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, *supra*, párr. 64, y *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C, núm. 232, párr. 43, citando: cfr. informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, misión a El Salvador. ONU Doc. A/HRC/7/2/Add.2, 26 de octubre de 2007, párr. 12.

⁵⁹ Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C, núm. 232.

⁶⁰ *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*, *supra*, párr. 53; cfr. Naciones Unidas, informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, misión a El Salvador.

de niños y niñas, el caso *Gelman*,⁶¹ en especial sobre la dictadura militar y la Operación Cóndor se estableció que dichas “operaciones clandestinas incluyeron en muchos casos la sustracción y apropiación de niños y niñas, varios de ellos recién nacidos o nacidos en cautiverio”.⁶²

También la Corte ha utilizado informes de varios relatores conjuntamente para fundamentar sus determinaciones fácticas, como es el caso de *Norín Catrimán y otros*.⁶³ Así, la Corte en el contexto del caso utilizó los informes del Relator sobre Pueblos Indígenas⁶⁴ de 2003 y de 2009.⁶⁵ Dichos documentos fueron aportados como prueba documental por las partes y la Comisión Interamericana. Los informes permitieron definir la organización social del pueblo indígena Mapuche, la composición de sus comunidades, la ubicación geográfica, las condiciones socioeconómicas en la época de los hechos y la protesta social de dicho pueblo para la recuperación de sus territorios ancestrales, y el uso y goce de dichas tierras y sus recursos.⁶⁶ Se confirmó que aunque existían

⁶¹ Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, núm. 221.

⁶² *Caso Gelman vs. Uruguay*, *supra*, párr. 60, citando: cfr. Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, misión a la Argentina, A/HRC/10/9/Add.1, 5 de enero de 2009, informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, párr. 10.

⁶³ 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, núm. 279.

⁶⁴ *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*, *supra*, núm. 279, párr. 76; cfr. ONU Doc. E/CN.4/2004/80/Add.3, 17 de noviembre de 2003, informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2003/56 de la Comisión, Adición, misión a Chile.

⁶⁵ *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*, *supra*, párr. 76, ONU Doc. A/HRC/12/34/Add.6, 5 de octubre de 2009, informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Adición, La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior, párrs. 7-8.

⁶⁶ *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*, *supra*, párrs. 75-76.

avances en la situación socioeconómica de los pueblos indígenas, en Chile “aún persisten [...] severas brechas de desigualdad en el goce de los derechos económicos y de la salud y educación de [estos] pueblos”, así como una “marcada discriminación en los ingresos entre personas indígenas y no indígenas”.⁶⁷ Asimismo, se afirmó que “[1]a situación actual de los indígenas en Chile es el producto de una larga historia de marginación, discriminación y exclusión, vinculada principalmente a diversas formas opresivas de explotación y despojo de sus tierras y recursos que se remontan al siglo XVI y que llega hasta nuestros días”.⁶⁸

Asimismo,⁶⁹ se utilizó el informe del Relator sobre Terrorismo, al momento de identificar la aplicación de la ley antiterrorista a los mapuche en el contexto de la protesta social, que el mismo Relator consideró “insatisfactoria e inconsistente”.⁷⁰ Asimismo, el informe fue citado, junto con el informe del Relator sobre Pueblos Indígenas, para demostrar el uso excesivo de la fuerza por parte de algunos miembros de los carabineros, lo cual consideró como una “práctica habitual e incluso sistemática”, aunado a “la casi total ausencia de rendición de cuentas por los de-

⁶⁷ *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*, supra, párr. 76. ONU Doc. A/HRC/12/34/Add.6, 5 de octubre de 2009, informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Adición, La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior, párrs. 7-8.

⁶⁸ *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*, supra, párr. 77; cfr. ONU Doc. E/CN.4/2004/80/Add.3, 17 de noviembre de 2003, informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2003/56 de la Comisión, Adición, misión a Chile, párrs. 8 a 10.

⁶⁹ Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*, supra, núm. 279.

⁷⁰ *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*, supra, núm. 279, párr. 83, citando ONU Doc. A/HRC/6/17/Add.1, 28 de noviembre de 2007, Consejo de Derechos Humanos, informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Martin Scheinin, Adición, párr. 9.

litos supuestamente cometidos por los agentes del orden”.⁷¹ Por último, la Corte recordó la recomendación del informe final sobre la visita a Chile en julio de 2013, en relación con el deber del Estado de resolver las manifestaciones de violencia en la región de la Araucanía como sus causas.⁷²

En otros casos se utilizaron informes de los relatores conjuntamente con documentos emitidos por órganos de la ONU, la Comisión Interamericana y organizaciones no gubernamentales para fundamentar las determinaciones fácticas.

En el caso *Vélez Restrepo*,⁷³ la Corte utilizó prueba aportada por la Comisión Interamericana y por los representantes, que incluían informes de la primera y de órganos de la ONU, así como el informe del Relator sobre Libertad de Expresión, para cons-

⁷¹ *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*, *supra*, párr. 85; cfr. ONU Doc. A/HRC/12/34/Add.6, 5 de octubre de 2009, informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Adición, La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior, párrs. 42, 43 y 62, expediente de anexos al informe de Fondo 176/10, anexo 12, fols. 440 y 444; ONU Doc. CERD/C/CHL/C0/15-18, 7 de septiembre de 2009, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Chile, párr. 19, expediente de anexos al informe de Fondo 176/10, anexo 14, fol. 503; ONU Doc. A/HRC/25/59/Add.2, 14 de abril de 2014, Consejo de Derechos Humanos, informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Ben Emmerson, Adición, misión a Chile, párrs. 69 a 79, exp. de fondo, t. V, fols. 2566 a 2587.

⁷² *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*, *supra*, párr. 90; cfr. ONU Doc. A/HRC/25/59/Add.2, 14 de abril de 2014, Consejo de Derechos Humanos, informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Ben Emmerson, Adición, misión a Chile, párrs. 24-28, exp. de fondo, t. V, fols. 2566-2587).

⁷³ Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C, núm. 248.

tatar que “en Colombia [existía] un contexto de riesgo especial para los periodistas y comunicadores sociales en relación con el cumplimiento de sus labores, por motivo de actos de violencia, amenazas y hostigamientos por parte de actores del conflicto armado interno, entre ellos grupos armados disidentes, grupos paramilitares y algunos miembros de la fuerza pública, así como de grupos de delincuencia común”.⁷⁴

En el caso *Veliz Franco y otros*,⁷⁵ la Corte utilizó, entre otros documentos emitidos por distintos organismos de las Naciones Unidas, el informe de la Relatora sobre Violencia contra la Mujer sobre su misión a Guatemala para confirmar las “cifras oficiales” ofrecidas por el organismo judicial de Guatemala, de muertes violentas de mujeres a nivel nacional de 2001 hasta 2011.⁷⁶ Adi-

⁷⁴ Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012, párr. 84; cfr. informes de la Oficina en Colombia de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de 9 de marzo de 1998 E/CN.4/1998/16, y de 9 de marzo de 2000 E/CN.4/2000/11; informe del Relator Especial sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión. Doc. E/CN.4/2000/63, 18 de enero de 2000; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev., 1 de 26 de febrero de 1999; documento titulado: “Avances en casos relevantes por delitos cometidos contra periodistas” y nota de prensa publicada en <http://www.eltiempo.com/> sección: Información general, el 9 de febrero de 2011, titulada “Alfredo Abad, crimen sin castigo”, documentos presentados por el perito José Francisco Tulande el 12 de marzo de 2012.

⁷⁵ Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C, núm. 277.

⁷⁶ *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C, núm. 277, párr. 75, citando: cfr. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), “Si no se cuenta, no cuenta. Información sobre la violencia contra las mujeres”, Santiago de Chile, Chile, 2012, p. 246; informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Yakin Ertürk. Misión a Guatemala. ONU Doc. E/CN.4/2005/72/Add.3, 10 de febrero de 2005, párr. 28. Asimismo, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Grupo de Trabajo anterior al periodo de sesiones, 35º periodo de sesiones, 15 de mayo a 2 de junio de 2006, Respuestas a la lista de cuestiones y preguntas relativas al

cionalmente se utilizaron informes de relatores y de organizaciones no gubernamentales para indicar que en las zonas urbanas era donde ocurrían este tipo de hechos;⁷⁷ y que los homicidios cometidos contra las mujeres se caracterizaban por la “brutalidad de la violencia ejercida”, la presencia de “signos de violencia sexual” en los cadáveres, o la mutilación de los mismos.⁷⁸

En el caso *Hermanos Landaeta Mejías*,⁷⁹ la Corte identificó en los alegatos planteados por la Comisión Interamericana y los representantes en relación a la problemática de ejecuciones extrajudiciales principalmente por parte de funcionarios policiales, que se fundamentaron en documentos producidos por el Comité de Derechos Humanos, el Relator sobre Ejecuciones Extrajudiciales, la Comisión Interamericana, organizaciones no gubernamentales internacionales y nacionales, y organismos públicos venezolanos.⁸⁰ Sin embargo la Corte, para evaluar el contexto resal-

examen del sexto informe periódico. Guatemala. ONU Doc. CEDAW/C/GUA/Q/6/Add.1, 27 de marzo de 2006.

⁷⁷ *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de mayo de 2014, párr. 78, citando entre otros, Amnistía Internacional, “Guatemala. Ni protección ni justicia: Homicidios de mujeres en Guatemala”, p. 2. Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos 6º periodo de sesiones, informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Yakin Ertürk, párr. 28.

⁷⁸ Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Philip Alston. Misión a Guatemala, ONU Doc. A/HRC/4/20/Add.2, 19 de febrero de 2007, párrs. 22 y 26.

⁷⁹ 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, núm. 281.

⁸⁰ *Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*. Sentencia de 27 de agosto de 2014, párr. 47. Al respecto, además de las fuentes señaladas por la Comisión, los representantes añadieron las siguientes fuentes: informes del Relator Especial de Naciones Unidas sobre las Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias (1998, 1999, 2001 y 2003); informes de la Defensoría del Pueblo (2002 y 2006); informes Anuales del Fiscal General de la República (2000 y 2007); Estudios: Características de la Policía Venezolana de la Comisión Nacional para la Reforma Policial (2006); Revista del Ministerio Público (2009); informe de la ONG Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos, PROVEA (1994, 1995, 2002, 2008, 2009, 2010), e informes de la ONG Comité de Familiares de las Víctimas de los Sucesos de febrero y marzo de 1989, COFAVIC (2005).

tó dos informes adicionales que no fueron aportados: el informe del Relator sobre Ejecuciones Extrajudiciales de 7 de diciembre de 1993, donde manifestó haber recibido informes relativos a violaciones de los derechos humanos, incluidas ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, en el contexto de manifestaciones, causadas por el uso arbitrario y excesivo de la fuerza por miembros de las fuerzas de seguridad,⁸¹ y el informe de la Relatora Especial de 6 de enero de 1999, señalando haber recibido varias denuncias de violaciones de los derechos humanos en Venezuela relacionadas con muertes extrajudiciales de menores por miembros de las fuerzas policiales.⁸²

2.3. Fundamentaciones de sus consideraciones jurídicas

Otra manera en la cual la Corte utiliza lo señalado por los procedimientos especiales es en las fundamentaciones de las consideraciones para la declaración de violaciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención o la Convención Americana).⁸³ Así, en el caso *Cabrera García y Montiel Flores*,⁸⁴ en el capítulo que analiza la violación a la integridad personal, la Corte, para establecer el deber de inves-

⁸¹ *Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*. Sentencia de 27 de agosto de 2014, párr., 49; cfr. Organización de Naciones Unidas (ONU), Comisión de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial, Sr. Bacre Waly Ndiaye, presentado en cumplimiento de la resolución 1993/71 de la Comisión de Derechos Humanos, de 7 de diciembre de 1993, párr. 638.

⁸² *Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*. Sentencia de 27 de agosto de 2014, párr. 49; cfr. ONU, Consejo Económico y Social. Informe de la Relatora Especial, Sra. Asma Jahangir, presentado en cumplimiento de la resolución 1998/68 de la Comisión de Derechos Humanos, Adición, Situación por países, de 6 de enero de 1999. E/CN.4/1999/39/Add.1., párr. 258.

⁸³ Convención Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, OEA, núm. 36, 1144, Serie sobre Tratados de la ONU, 123, entrada en vigor 18 de julio de 1978.

⁸⁴ Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 220.

tigar alegados actos de tortura y teniendo en cuenta que existía un contexto respecto a la obtención de confesiones y declaraciones mediante coacción afirmó que “el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Tortura ha señalado que «por regla general, tanto los jueces como abogados, Ministerio Público y la propia policía judicial están abrumados de trabajo, con lo que puede existir la tendencia a recurrir a la confesión como manera rápida de resolver los casos»”.⁸⁵ Dicho informe sirvió adicionalmente para indicar el margen de discrecionalidad en la “aplicación de la ley y, por tanto, el gran riesgo de que las averiguaciones estén falseadas, elaboradas mediante coacción, integradas fuera de los términos legales, sin considerar elementos que pudieran ser determinantes o bien, la consideración para afectar o beneficiar a alguien, llegando incluso a desaparecer evidencias de manera intencionada”.⁸⁶

En ese mismo caso, la Corte al analizar las implicaciones de permitir que cuerpos militares realicen funciones de policía judicial, se señaló que el Relator sobre Tortura y sobre Ejecuciones Extrajudiciales y el Relator sobre Independencia Judicial indicaron que “[l]as funciones de la policía judicial deberían estar exclusivamente a cargo de una entidad civil. [...] De esta forma se respetaría la independencia de las investigaciones y se mejoraría mucho el acceso a la justicia por parte de las víctimas y testigos de violaciones de derechos humanos, cuyas denuncias suelen ser investigadas actualmente por las mismas instituciones a las que acusan de perpetrar esas violaciones”.⁸⁷

⁸⁵ *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, *supra*, párr. 132, citando: Naciones Unidas. Consejo Económico y Social; informe del Relator Especial sobre la Tortura, Sir Nigel Rodley. Visita a México, ONU Doc. (E/CNA/1998/38/Add.2), 14 de enero de 1998, párr. 43.

⁸⁶ *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 132, Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. Informe del Relator Especial sobre la Tortura, párr. 64.

⁸⁷ Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, *supra*, párr. 86; cfr. Relatores Especiales sobre Tortura y sobre Ejecuciones Extrajudiciales E/CN.4/1995/111, párr. 117.a, Ratificada por el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Independencia de Jueces y Abogados, E/CN.4/1998/39/Add.2, párr. 185.

En *Luna López*⁸⁸ la Corte Interamericana, para establecer el deber de prevención frente a situaciones de riesgo real e inmediato en el caso de los defensores, citando a la Relatora sobre Defensores indicó que “el Estado debió maximizar esfuerzos y utilizar todos los recursos disponibles y pertinentes para preservar su vida, entre otros, a través del otorgamiento de medidas de seguridad y protección personal para continuar desarrollando su trabajo, así como realizar las gestiones necesarias para investigar de manera inmediata y efectiva todas las amenazas recibidas”.⁸⁹

En relación con el derecho a la verdad, en el caso *Rodríguez Vera y otros*⁹⁰ y *Gudiel Álvarez*⁹¹ reforzó su jurisprudencia al considerar que, como lo ha establecido el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas “los familiares de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos y la sociedad tienen el derecho a conocer la verdad y, en particular, en casos de desaparición forzada o de presunta desaparición forzada, ello implica el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de esta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos”.⁹²

En el caso *Norín Catrimán y otros vs. Chile*⁹³ la Corte recurrió a varios procedimientos especiales en distintos puntos de su de-

⁸⁸ Corte IDH. *Caso Luna López vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de octubre de 2013. Serie C, núm. 269.

⁸⁹ *Caso Luna López vs. Honduras*, *supra*, párr. 137, citando: ONU, Asamblea General, informe de la Relatora especial sobre la situación de los defensores de derechos humanos, Sra. Margaret Sekaggya, ONU Doc. A/HRC/13/22/Add.3, 1 de marzo de 2012, párrs. 102, 111, 114 y 115, y declaración pericial del señor Luis Enrique Eguren Fernández.

⁹⁰ *Caso Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*, *supra*.

⁹¹ *Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C, núm. 253.

⁹² *Caso Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*, *supra*, párr. 481, y *Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala*, *supra*, párr. 301. En el mismo sentido se ha pronunciado el Grupo de Trabajo sobre desapariciones forzadas en, Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas, Comentario General sobre el Derecho a la Verdad en relación con las Desapariciones Forzadas.

⁹³ 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, núm. 279.

cisión. La Corte constató que varios órganos y expertos internacionales afirmaron que Chile no había resuelto la protesta social de los mapuches. En específico, el Relator sobre Terrorismo sostuvo que “cuando el Estado no cumple con las expectativas de solucionar las reivindicaciones territoriales indígenas mapuche permanece latente el riesgo de que las protestas sociales escalen de nivel”.⁹⁴ La Corte, tomando en cuenta lo anterior, indicó que el Estado debe garantizar “una atención y solución adecuada y efectiva a tales reclamaciones para proteger y garantizar tanto los derechos del pueblo indígena como los del resto de los miembros de la sociedad en dichas regiones”.⁹⁵

En el capítulo relativo a la violación del derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial, la Corte tomó en cuenta lo afirmado por el Relator Especial en relación a la formalización de denuncias sobre reivindicaciones de grupos mapuche, de acuerdo con la ley antiterrorista,⁹⁶

⁹⁴ *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo indígena Mapuche) vs. Chile*, *supra*, párr. 182; cfr. ONU Doc. A/HRC/25/59/Add.2, 14 de abril de 2014, Consejo de Derechos Humanos, informe del Relator Especial sobre la Promoción y Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales en la Lucha contra el Terrorismo, Ben Emmerson, Adición, misión a Chile, párr. 25, exp. de fondo, t. V, fols. 2566-2587.

⁹⁵ *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo indígena Mapuche) vs. Chile*, *supra*, párr. 182.

⁹⁶ *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo indígena Mapuche) vs. Chile*, *supra*, párr. 218; cfr. ONU Doc. CCPR/C/CHL/C0/5, 17 de abril de 2007, Comité de Derechos Humanos, Examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al artículo 40 del Pacto, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, Chile, párr. 7, exp. de anexos al informe de Fondo 176/10, anexo 8, fol. 312; ONU Doc. A/HRC/6/17/Add.1, 28 de noviembre de 2007, Consejo de Derechos Humanos, informe del Relator Especial sobre la Promoción y Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales en la Lucha contra el Terrorismo, Martin Scheinin, Adición, párr. 9, exp. de anexos al informe de Fondo 176/10, anexo 10, fol. 370; ONU Doc. A/HRC/12/34/Add.6, 5 de octubre de 2009, informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, James Anaya, Adición, La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior, párr. 46, exp. de anexos al informe de Fondo 176/10, anexo 12,

para considerar que “la mayor aplicación a miembros del pueblo indígena mapuche de esa ley penal que tipifica conductas terroristas por sí misma no permite concluir que se ha dado la alegada aplicación «selectiva» de carácter discriminatorio”.⁹⁷

Asimismo, la Corte además de reiterar su jurisprudencia, tomó en cuenta el informe del Relator para afirmar que “[I]as medidas eficaces de lucha contra el terrorismo deben ser complementarias y no contradictorias con la observancia de las normas de protección de los derechos humanos”,⁹⁸ así los Estados tienen el deber de garantizar el principio de no discriminación y observar las garantías judiciales en el funcionamiento de la justicia penal.⁹⁹ Los Estados deben asegurar que los fines y efectos de

fol. 441; ONU Doc. CERD/C/CHL/C0/15-18, 7 de septiembre de 2009, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el Artículo 9 de la Convención, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Chile, párr. 15, exp. de anexos al informe de Fondo 176/10, anexo 14, fol. 502, y ONU Doc. CERD/C/CHL/C0/19-21, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones finales sobre los informes periódicos 19º a 21º de Chile, aprobadas por el Comité en su 83º periodo de sesiones del 12 al 30 de agosto de 2013, párr. 14.

⁹⁷ *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo indígena Mapuche) vs. Chile, supra*, párr. 219.

⁹⁸ *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo indígena Mapuche) vs. Chile, supra*, párr. 210, cfr. ONU Doc. A/HRC/16/51, 21 de diciembre de 2010, Consejo de Derechos Humanos, informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Sr. Martin Scheinin, Diez esferas de mejores prácticas en la lucha contra el terrorismo, párrs. 12 y 13. En similar sentido: *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Fondo. 17 de septiembre de 1997. Serie C, núm. 33, párrs. 44 y 57; *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C, núm. 69, párr. 95; *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C, núm. 119, párr. 91, y *Caso Del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de agosto de 2008. Serie C, núm. 181, párrs. 76-80.

⁹⁹ *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo indígena Mapuche) vs. Chile, supra*, párr. 210, cfr. ONU Doc. A/57/18, 8 de marzo de 2001, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Declaración sobre la discriminación racial y las medidas para combatir el

las medidas que se tomen en la persecución penal de conductas terroristas no discriminen, permitiendo que las personas se vean sometidas a caracterizaciones o estereotipos étnicos.¹⁰⁰

La Corte, en sus consideraciones relativas a la tipificación del terrorismo, para hacer notar que el Estado tiene la obligación de respetar el principio de legalidad al adoptar las medidas necesarias para prevenir y sancionar el terrorismo tipificando como delitos las conductas de ese carácter afirmó que “[v]arios órganos y expertos internacionales de la Organización de Naciones Unidas han puesto de relieve la necesidad de que las tipificaciones y definiciones internas relativas al terrorismo no sean formuladas de manera imprecisa que facilite interpretaciones amplias con las cuales se sancionen conductas que no tendrían la gravedad y naturaleza de ese tipo de delitos”.¹⁰¹

2.4. Adopción de criterios

No solo la Corte ha fundamentado sus consideraciones con informes de procedimientos especiales, sino que también ha adoptado criterios por primera vez, teniendo en cuenta dichos pronunciamientos, entre ellos:

terrorismo, adoptada luego de los actos terroristas perpetrados en los Estados Unidos de América el 11 de septiembre de 2001, p. 102.

¹⁰⁰ Cfr. ONU Doc. HRI/GEN/1/Rev.9, vol. II, Instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, Compilación de Observaciones y Recomendaciones Generales adoptadas por los órganos de derechos humanos, Recomendación General no. XXX del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (2005), párr. 10.

¹⁰¹ *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo indígena Mapuche) vs. Chile*, supra, párr. 165, cfr. ONU Doc. CCPR/C/CHL/C0/5, 17 de abril de 2007, Comité de Derechos Humanos, Examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al artículo 40 del Pacto, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, Chile, párr. 7, exp. de anexos al informe de Fondo 176/10, anexo 8, fols. 310-315, y ONU Doc. A/HRC/6/17/Add.1, 28 de noviembre de 2007, Consejo de Derechos Humanos, informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Martin Scheinin, Adición, párr. 20, exp. de anexos al informe de Fondo 176/10, anexo 10, fols. 369-373).

- i. la determinación de cuáles son las actividades que realizan los defensores y defensoras de derechos humanos;
- ii. la violencia contra la mujer en conflicto armado como un medio de castigo y represión;
- iii. la intencionalidad cuando hay premeditación al generar una muerte;
- iv. la posibilidad que la desaparición sea inicialmente ilegal o legal;
- v. la amnistía como obstáculo en las investigaciones de violaciones de derechos humanos;
- vi. el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, y
- vii. el respeto a la reputación como motivo para responsabilidades ulteriores.

La Corte reconoció un consenso internacional respecto a que las actividades realizadas por las defensoras de derechos humanos son las de promoción y protección de los derechos humanos en el caso *Defensor de Derechos Humanos y otros*.¹⁰² Citó el peritaje de Hina Jilani y los informes elaborados por ella sobre Defensores, para determinar que dichas actividades pueden ejercerse de forma intermitente u ocasional, por lo que la calidad de defensora de derechos humanos no constituye necesariamente una condición permanente.¹⁰³ Asimismo, para reiterar el criterio relativo a la obligación de los Estados de disponer de medidas especiales de protección adecuadas y efectivas para defensores y defensoras, la Corte confirma que la modalidad de las medidas de protección debe ser acordada en consulta con las defensoras y los defensores para concretar una intervención oportuna, especializada y proporcional al riesgo que pudiera enfrentar el defensor o defensora, y que esta debe tener un enfoque de género.¹⁰⁴

¹⁰² 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, núm. 283.

¹⁰³ *Ibidem*, párr. 129.

¹⁰⁴ *Ibidem*, párr. 157; Cfr. Declaración pericial rendida por Hina Jilani ante la Corte Interamericana en la audiencia pública celebrada el 5 de febrero de 2014; Segundo Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas de la CIDH (2012), p. 229, párr. 512; informe presentado por la Sra. Margaret Sekaggya, Representante Especial del Secretario General sobre los defensores de los derechos

En los casos *Espinoza Gonzales*,¹⁰⁵ *Masacres de El Mozote y lugares aledaños*,¹⁰⁶ y *Contreras y otros*,¹⁰⁷ la Corte afirmó, basándose en el informe de la Relatora sobre Violencia contra la Mujer, que “ha sido reconocido por diversos órganos internacionales que durante los conflictos armados las mujeres y niñas enfrentan situaciones específicas de afectación a sus derechos humanos, como lo son los actos de violencia sexual, la cual en muchas ocasiones es utilizada como un medio simbólico para humillar a la parte contraria o como un medio de castigo y represión”.¹⁰⁸

humanos, 63° periodo de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos, 14 de agosto de 2008, Mensajes clave en relación con los defensores de los derechos humanos, párr. 9; informe presentado por la Sra. Margaret Sekaggya, Representante Especial del Secretario General sobre los defensores de los derechos humanos, 16° periodo de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos, 20 de diciembre de 2010, párr. 110; Naciones Unidas, Asamblea General, resolución aprobada el 18 de diciembre de 2013 (68/181). Promoción de la Declaración sobre el Derecho y el Deber de los Individuos, los Grupos y las Instituciones de Promover y Proteger los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales Universalmente Reconocidos: protección de las defensoras de los derechos humanos, pp. 4-8; Naciones Unidas, Asamblea General, resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos en el 68° periodo de sesiones, 30 de enero de 2014, párr. 19; Consejo Europeo, junio de 2004, Directrices de la Unión Europea sobre los defensores de los derechos humanos. Introducción, párr. 6, y Conclusión del Consejo Europeo sobre el primer examen de la aplicación de “Directrices de la Unión Europea sobre los defensores de los derechos humanos”, 7 de junio de 2006, Misiones de la UE, a iniciativa y/o bajo la coordinación de la residencia local, párr. 33.

¹⁰⁵ Corte IDH. *Caso Espinoza González vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C, núm. 289.

¹⁰⁶ 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, núm. 252.

¹⁰⁷ Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C, núm. 232.

¹⁰⁸ *Caso Espinoza González vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C, núm. 289, párr. 226; *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, *supra*, núm. 252, y *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C, núm. 232, párr.

En el caso *Nadege Dorzema y otros*¹⁰⁹ al analizar lo sucedido a las víctimas y antes de enmarcar los hechos en ejecuciones extrajudiciales, tomó en cuenta lo expresado por el Relator sobre Ejecuciones Extrajudiciales, en relación con que existe intencionalidad cuando hay cierto grado de premeditación al generar una muerte, “en la medida en que una decisión que se adopta por anticipado y que descarta la posibilidad de ofrecer o aceptar la oportunidad de rendirse, determina la ilegalidad de dichas operaciones”,¹¹⁰ concluyendo que “de la actuación del Estado [en el caso] frente a estas dos personas que corrían, se puede desprender la comisión de ejecuciones extrajudiciales, derivadas del empleo deliberado del uso de armas letales dirigidas a privarlas de la vida [...], sin que estas representaran en definitiva una amenaza”.¹¹¹

Para determinar la existencia de una desaparición forzada de personas, la Corte Interamericana evalúa la existencia de tres requisitos:

- i. la privación de la libertad;
- ii. la intervención directa de agentes estatales o la aquiescencia de estos, y

101, citando: *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, párrs. 223-224. Véase también, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general 19: La Violencia contra la Mujer, párr. 16, y Comisión de Derechos Humanos, informe de la Sra. Radica Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer de la ONU, con inclusión de sus causas y consecuencias, presentado de conformidad con la resolución 2000/45 de la Comisión de Derechos Humanos, “La violencia contra la mujer perpetrada y/o condonada por el Estado en tiempos de conflicto armado (1997-2000)”, ONU Doc. E/CN.4/2001/73, 23 de enero de 2001.

¹⁰⁹ Corte IDH: *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C, núm. 251.

¹¹⁰ *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C, núm. 251, párr. 95, citando el informe del Relator Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias. ONU Doc. A/66/330, 30 de agosto de 2011, párrs. 66-67.

¹¹¹ *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, *supra*, párr. 96.

- iii. la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o el paradero de la persona interesada.¹¹²

En relación al primer requisito, en los casos *Rodríguez Vera y otros*¹¹³ y *Osorio Rivera y familiares*,¹¹⁴ la Corte hizo suyo el criterio del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas en relación con que la privación de la libertad que da inicio a la desaparición puede ser inicialmente ilegal o legal. Por dicha razón afirmó que al analizar el supuesto de desaparición forzada, se debe tener en cuenta que “la desaparición forzada puede iniciarse con una detención ilegal o con un arresto o detención inicialmente legal. Es decir que la protección de la víctima contra la desaparición forzada debe resultar efectiva contra la privación de libertad, cualquiera que sea la forma que esta revista, y no limitarse a los casos de privación ilegal de libertad”.¹¹⁵

Adicionalmente, también se han adoptado criterios en relación a las amnistías como obstáculos alegados por algunos Estados para investigar y, en su caso, sancionar a los responsables de violaciones graves a los derechos humanos, por ejemplo, en el caso *Masacre de El Mozote y lugares aledaños*,¹¹⁶ *Gel-*

¹¹² Grupo de Trabajo sobre la Desaparición Forzada o Involuntaria de Personas, Observación General al artículo 4 de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 15 de enero de 1996. Informe a la Comisión de Derechos Humanos. ONU Doc. E/CN. 4/1996/38, párr. 55.

¹¹³ Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C, núm. 287.

¹¹⁴ *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú*. Sentencia de 26 de noviembre de 2013.

¹¹⁵ *Caso Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*, *supra*, párr. 232; *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú*, *supra*, párr. 125, citando: Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Comentario General sobre la definición de desapariciones forzadas, A/HRC/7/2, 10 de enero de 2008, párr. 7. Véase también, *Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C, núm. 138, párr. 105.

¹¹⁶ Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, *supra*, núm. 252.

man¹¹⁷ y *Gomes Lund y otros*,¹¹⁸ la Corte recordó lo manifestado por el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas en su observación general respecto del artículo 18 de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, al considerar que “una ley de amnistía es contraria a las disposiciones de la Declaración, incluso cuando haya sido aprobada en referendo o procedimiento de consulta similar, si, directa o indirectamente, a causa de su aplicación o implementación cesa la obligación de un Estado de investigar, procesar y castigar a los responsables de las desapariciones, si oculta el nombre de quienes las hayan perpetrado o si los exonera”.¹¹⁹ Asimismo, se afirmó en los referidos casos, que los órganos de la ONU,¹²⁰ otros organismos regionales de protección de los derechos humanos y otros tribunales del ámbito del derecho penal internacional se han pronunciado sobre la incompatibilidad de las leyes de amnistía relativas a graves

¹¹⁷ Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, núm. 221.

¹¹⁸ *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, núm. 219.

¹¹⁹ Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, *supra*, párr. 293; Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*, *supra*, párr. 203, y *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, párr. 154; cfr. Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de las Naciones Unidas. Observación General sobre el artículo 18 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Informe presentado dentro de 62º periodo de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos. ONU Doc. E/CN.4/2006/56, 27 de diciembre de 2005, párr. 2, incisos a, c y d.

¹²⁰ Entre otros cito Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de las Naciones Unidas. Observación General sobre el artículo 18 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Informe presentado dentro de 62º periodo de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos. ONU Doc. E/CN.4/2006/56, de 27 de diciembre de 2005, párrs. 2, incisos a, c, y d de las observaciones generales, 23 de la introducción y 599 de las conclusiones y recomendaciones. En el mismo sentido, cfr. Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de las Naciones Unidas. Informe al Consejo de Derechos Humanos, 4º periodo de sesiones. ONU Doc. A/HRC/4/41, de 25 de enero de 2007, párr. 500.

violaciones de derechos humanos con el derecho internacional y las obligaciones internacionales de los Estados.

En el caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*¹²¹ en relación a los derechos a la consulta y a la propiedad comunal en relación con el derecho a la identidad cultural, la Corte no solo reiteró su criterio expuesto en *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sino también agregó para sustentar dicho criterio un informe del Relator sobre Pueblos Indígenas, al reiterar que “[a]l desconocerse el derecho ancestral de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría[n] estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros”.¹²²

En relación con la consulta previa, la Corte señaló varios requisitos que se sustentaron en informes del Relator sobre Pueblos Indígenas, entre ellos:

- i. implica que debe llevarse a cabo antes de tomar la medida o realizar el proyecto que sea susceptible de afectar a las comunidades, incluyendo medidas legislativas y que las comunidades afectadas sean involucradas lo antes posible en el proceso;¹²³

¹²¹ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C, núm. 245.

¹²² Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C, núm. 245, párr. 212, citando: *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125, párr. 147. Véase asimismo, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. A/HRC/6/15, de 15 de noviembre de 2007, párr. 43.

¹²³ *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, *supra*, párr. 181; cfr. informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (Nº 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), GB.276/17/1; GB.282/14/3 (1999), párr. 90. Asimismo, OIT, Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), Observación Individual sobre el Convenio Nº 169 de la OIT, Argentina,

- ii. los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, y dichas consultas no deben ser restringidas a propuestas;¹²⁴
- iii. la consulta debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza mutua¹²⁵ y respeto mutuo, para alcanzar un consenso entre las mismas”.¹²⁶

En el caso *Mémoli*,¹²⁷ la Corte estableció que de acuerdo con el artículo 13.a de la Convención: “el respeto a los derechos o la reputación de los demás” puede ser motivo para fijar responsabilidades ulteriores en el ejercicio de la libertad de expresión¹²⁸ y

2005, párr. 8. Asimismo, informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, 5 de octubre de 2009, A/HRC/12/34/Add.6, apéndice A, párrs. 18-19.

¹²⁴ *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, *supra*, párr. 181; cfr. informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, 5 de octubre de 2009, A/HRC/12/34/Add.6, apéndice A, párr. 20.

¹²⁵ *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, *supra*, párr. 186, citando: informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, 5 de octubre de 2009, A/HRC/12/34/Add.6, apéndice A, párrs. 23-25, 49-50.

¹²⁶ *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 186, OIT, CEACR: Observación Individual sobre el Convenio núm. 169, Pueblos indígenas y tribales, 1989 Bolivia, 2005. Véase asimismo Naciones Unidas, Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, informe del Seminario Internacional sobre Metodologías relativas al Consentimiento Libre, Previo e Informado y los Pueblos Indígenas, E/C.19/2005/3, 17 de febrero de 2005; y el informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, 5 de octubre de 2009, A/HRC/12/34/Add.6, apéndice A, párrs. 21 y 23.

¹²⁷ Corte IDH: *Caso Mémoli vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C, núm. 265.

¹²⁸ *Caso Mémoli vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C. 265, párr. 126. En el mismo sentido se ha pronunciado el Relator Especial de Naciones

se fundamentó en varios informes del Relator sobre Libertad de Expresión.

2.5. Exrelatores como peritos ante la Corte

Las relaciones con la Corte continúan aun cuando los mandatos de estas relatorías especiales hayan terminado. En varios casos, la Comisión Interamericana y los representantes han ofrecido peritaje de exrelatores como parte fundamental en sus casos.

En el caso *Defensor de Derechos Humanos y otros*,¹²⁹ la Comisión Interamericana ofreció el peritaje de Hina Jilani, como exrelatora sobre la situación de las y los defensores de derechos humanos para declarar sobre “la conceptualización internacional y comparada del «derecho a defender los derechos humanos» y su protección bajo la Convención Americana”,¹³⁰ junto con su peritaje, presentó tres documentos.¹³¹

Unidas sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión. Véase, por ejemplo, informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, Sr. Frank La Rue, A/HRC/14/23, 4 de junio de 2012, párr. 80; informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, Sr. Ambeyi Ligabo, “promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo”, A/HRC/7/14, 28 de febrero de 2008, párr. 39, e informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, Sr. Ambeyi Ligabo, implementación de la Resolución de la Asamblea General 60/251 de 15 de marzo de 2006 titulada “Consejo de Derechos Humanos”, A/HRC/7/14, 2 de enero de 2007, párr. 46.

¹²⁹ 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, núm. 283.

¹³⁰ El objeto se encuentra establecido en la Resolución del presidente de 20 de diciembre de 2013.

¹³¹ Los documentos remitidos son los siguientes: (i) Declaration by Hina Jilani, Former Special Representative of the United Nations Secretary General on Human Rights Defenders, in the case of [*Human Rights Defender et al.*] vs. Guatemala; (ii) Promotion and Protection of Human Rights-Human Rights Defenders: Report by Ms. Hina Jilani, Special Representative of the Secretary-General on the situation of human rights

Asimismo, en *Quintana Coello*, la Comisión propuso a Param Cumaraswamy, exrelator de la ONU sobre la Independencia de Jueces y Abogados, para declarar sobre el principio de independencia judicial bajo el derecho internacional de los derechos humanos y las implicaciones del estricto cumplimiento de ese principio en las garantías de debido proceso y legalidad. Asimismo, sobre las exigencias para que un marco constitucional o legal que regule los procesos de remoción de jueces y juezas, resulte compatible con las garantías de debido proceso y legalidad, corolarios del principio de independencia judicial. Por último, sobre la aplicación de estos estándares en situaciones de modificación o reforma estructural al poder judicial.¹³²

En los casos *Fernández Ortega y Rosendo Cantú*, la Comisión propuso a Rodolfo Stavenhagen, exrelator Especial para los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Indígenas de la ONU, para declarar sobre:

- i. la situación de la población indígena en el estado de Guerrero;
- ii. la conducta de las fuerzas armadas mexicanas frente a la población indígena, y
- iii. los efectos para los indígenas mexicanos de las alegadas limitaciones al acceso a la justicia y la supuesta impunidad por violaciones a los derechos humanos.

La Corte en dichas sentencias, a excepción del caso *Defensor de Derechos Humanos y otros*, no hizo mención expresa en la utilización del peritaje para fundamentar hechos, contexto o consideraciones de Corte.

defenders, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 2000/61-Addendum-Mission to Guatemala, y (iii) "Promotion and Protection of all Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, including the Right to Development: Report of the Special Representative of the Secretary-General on the situation of human rights defenders Hina Jilani-Addendum-Mission to Guatemala, exp. de fondo, fols. 790-916).

¹³² Corte IDH. *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C, núm. 266, párr. 31 (A).1

3. LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES
Y SUS REFERENCIAS A LA CORTE INTERAMERICANA

**3.1. Reconocimiento de la
importancia/efectividad de la Corte**

Los procedimientos especiales han reconocido explícitamente la importancia del trabajo de la Corte Interamericana y su efectividad. Este reconocimiento se ha dado desde diferentes perspectivas. En primer lugar, han destacado los avances jurisprudenciales de la Corte, en particular se ha indicado cómo algunas de sus decisiones han abierto caminos o marcan desarrollos progresivos y precedentes esenciales en materia de derechos humanos. Así, la Relatora sobre la Mujer ha reconocido el trabajo pionero de la Corte en “la noción de reparaciones en función del sexo de la víctima”.¹³³ En el mismo informe agregó la Relatora, que la decisión de la Corte en el caso *Campo Algodonero*: “pasará a ser un hito en materia de reparaciones a las mujeres”, dado que la decisión es “fundamental” en cuanto “por vez primera la Corte hizo suya la noción de reparaciones en función del género con vocación transformadora”.¹³⁴ Todo ello gracias a la “sensibilidad de la Corte al comprender la naturaleza sistémica del problema de la violencia contra las mujeres”.¹³⁵ En materia de reparaciones también el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas ha reconocido que la jurisprudencia de la Corte “ha sido fundamental para la interpretación y el desarrollo del derecho a la reparación” y que la misma es la “más desarrollada y creativa”.¹³⁶

En segundo lugar, otra área donde se ha reconocido de manera expresa la importancia del trabajo de la Corte es en materia de medidas provisionales. El Relator sobre Ejecuciones Extra-

¹³³ Informe de la Relatora especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Rashida Manjoo, A/HRC/14/22, 23 de abril de 2010, párr. 27, citando el caso del *Campo Algodonero*.

¹³⁴ *Ibidem*, párr. 77.

¹³⁵ *Ibidem*, párr. 78.

¹³⁶ Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias A/HRC/22/45, párr. 15.

judiciales ha dicho, refiriéndose tanto a la Corte como a la Comisión Interamericana, que “el Sistema Interamericano está, a pesar de los retos con que se enfrenta, a la vanguardia en lo que respecta a las medidas cautelares, y convendría que los demás sistemas estudiaran su labor”.¹³⁷ En el mismo sentido, la Relatora sobre Defensores reconoció que las medidas tutelares de la Corte y de la Comisión son un recurso efectivo en tanto y en cuanto dan visibilidad y ayudan a obtener medidas de protección.¹³⁸

Por último, la jurisprudencia de la Corte también ha sido evaluada de manera extremadamente positiva por el Relator sobre Pueblos Indígenas, resaltando que en el caso *Saramaka*, la Corte indicó que el Estado debe realizar estudios de impacto social y ambiental para garantizar el derecho de la propiedad comunal indígena en relación con los proyectos llevados a cabo en sus territorios y que dichos estudios deben llevarse a cabo por expertos técnicos independientes bajo la supervisión del Estado.¹³⁹ Asimismo, el Relator sobre la Tortura ha reconocido la importancia que decisiones de la Corte traen en el cambio de jurisprudencia a nivel nacional, indicando que “a partir del caso *Hilaire vs. Trinidad y Tobago* (2002), hubo notables adelantos [...] Los tribunales nacionales han vuelto a examinar la constitucionalidad de la pena de muerte aplicada con carácter obligatorio y, a excepción de Trinidad y Tobago y de Barbados, consideraron que infringe la prohibición de trato inhumano”.¹⁴⁰

¹³⁷ Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions (Protection of the right to life of journalists), A/HRC/20/22, párr. 130.

¹³⁸ Women human rights defenders and those working on women’s rights or gender issues, A/HRC/16/44, párr. 97.

¹³⁹ Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people A/HRC/15/37, párr. 75, citando *Masacre de Plan de Sanchez y Pueblo Saramaka vs. Suriname*, y Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples A/HRC/21/47, párr. 49, citando nuevamente a *Saramaka*.

¹⁴⁰ Interim report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, A/67/279, párr. 59.

3.2. Utilización de la jurisprudencia de la Corte para fundamentar y estándares promovidos por los procedimientos especiales

Una de las maneras más evidentes en que se manifiesta la relación entre la Corte y los procedimientos especiales es a través de la influencia de la jurisprudencia de la Corte en la definición de estándares por parte de los procedimientos especiales.

Entre las áreas donde la jurisprudencia interamericana ha sido citada en múltiples ocasiones por los procedimientos especiales pueden mencionarse las cuestiones de impunidad¹⁴¹ y la inaplicabilidad de leyes de amnistía para violaciones graves a los derechos humanos,¹⁴² la obligación de investigar con una perspectiva de género,¹⁴³ obligaciones positivas para proteger el derecho a la vida,¹⁴⁴ a las personas contra violencia proveniente de terceros¹⁴⁵ y actuar con debida diligencia para prevenir y reaccionar ante tal violencia,¹⁴⁶ el contenido específico de las

¹⁴¹ Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, misión a Perú, párr. 18 citando a *Barrios Altos vs. Perú*, párrs. 41-44; Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions (Protection of the right to life of journalists), A/HRC/20/22, párr. 44, citando *Mack Chang vs. Guatemala*, y *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*.

¹⁴² Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Adición, misión a Chile A/HRC/22/45/Add.1, párr. 39, citando a *Almonacid Arellano vs. Chile*.

¹⁴³ Report of the Special Rapporteur on the Independence of judges and lawyers, Ms. Gabriela Knaul, A/HRC/17/30, párr. 63, citando *Campo Algodonero*.

¹⁴⁴ Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions (Protection of the right to life during law enforcement—the need for domestic law reform; Remotely piloted aircraft or armed drones and emerging autonomous weapons systems) A/HRC/26/36, párr. 49, citando *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*.

¹⁴⁵ Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, citando a *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, párr. 166.

¹⁴⁶ Informe de la Relatora especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Rashida Manjoo, informe Anual, 2013, A/HRC/23/49, párr. 15, citando *Velásquez Rodríguez*, párrs. 175 y 178.

reparaciones,¹⁴⁷ incluidas las reparaciones con perspectiva de género,¹⁴⁸ o sobre independencia judicial.¹⁴⁹ En materia de libertad de expresión, las sentencias de la Corte han sido utilizadas en múltiples ocasiones, desde la descripción genérica de su contenido,¹⁵⁰ así como para justificar la aplicabilidad de sus estándares para publicaciones en línea¹⁵¹ o la imposibilidad de la imposición de la censura previa,¹⁵² la impermisibilidad de restricciones de la expresión política durante el proceso electoral¹⁵³ o diversos aspectos sobre el acceso a la información.¹⁵⁴

¹⁴⁷ Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, citando Loayza-Tamayo, párr. 85, informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, A/HRC/22/45, párr. 28, citando *Contreras y otros vs. El Salvador*, *Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros vs. Guatemala)*, *Gelman vs. Uruguay*, *Barrios Altos vs. Perú*.

¹⁴⁸ Informe Relatora Mujeres, 2010, párr. 27.

¹⁴⁹ Informe de la Relatora especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Gabriela Knaul, A/HRC/26/32, párr. 82, citando *Chocrón vs. Venezuela*.

¹⁵⁰ Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue –Addendum–Mission to Mexico, A/HRC/17/27/Add.3, párr. 6, citando *caso Herrera Ulloa*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C, núm. 107, Corte IDH: párr. 121. Véase *caso Ricardo Panese (sic) vs. Paraguay*, Sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C, núm. 111.

¹⁵¹ Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, David Kayem, A/HRC/29/32, párr. 26, citando *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*.

¹⁵² Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, A/69/335, párr. 50, citando *La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*.

¹⁵³ Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue, A/HRC/26/30, párr. 24, citando a *Canese vs. Paraguay*.

¹⁵⁴ Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue, 2013, párrs. 39, 42, 52, 62, citando *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C, núm. 9, párrs. 76-77; *Carpio-Nicolle y otros. vs. Guatemala*. Sentencia de 22 de noviembre de 2004. Serie C, núm. 117, párr. 128; *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 219, párr. 200; *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, *supra*, párr. 320; *García y familia vs. Guatemala*. Sentencia de 29 de noviembre de 2012, Serie C, núm. 258, párr. 176; *Claude Reyes y*

Asimismo, en materia de pueblos indígenas la jurisprudencia también ha influido para determinar el derecho a participar de los beneficios de la explotación minera y recibir reparación por violaciones cometidas en dicho contexto,¹⁵⁵ el derecho a la consulta¹⁵⁶ y las posibilidades de limitar los derechos colectivos a la propiedad indígena.¹⁵⁷ El Relator sobre la Tortura ha utilizado la jurisprudencia interamericana en múltiples áreas tales como la situación de niños y niñas privadas de libertad¹⁵⁸ y la expulsión de niños y niñas,¹⁵⁹ exclusión de confesiones y otras pruebas obtenidas bajo tortura;¹⁶⁰ justificaciones de escasez de

otros. vs. Chile. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 151, párrs. 77 y 87, y Comité de Derechos Humanos, Observación general núm. 34, CCPR/C/GC/34, párrs. 18-19. *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, *supra*, párr. 242; *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C, núm. 91, párrs. 76-77; *Blake vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C, núm. 36, párr. 97; *Barrios Altos vs. Perú*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, núm. 75, párr. 43; *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154, párr. 126, y *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, *supra*, párr. 298. Corte IDH, *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 219, párr. 225, A/68/362 12/25 13-46479; *Ríos y otros vs. Venezuela*. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C, núm. 194, párrs. 148-149; *Perozo y otros vs. Venezuela*. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C, núm. 195, párr. 160, y *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Sentencia de 8 julio de 2004, párr. 182. *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C, núm. 101, párr. 180, y *Tiù Tojín vs. Guatemala*. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C, núm. 190, párr. 77.

¹⁵⁵ Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, A/HRC/15/37, párrs. 75 y 77, citando *Saramaka*.

¹⁵⁶ Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, A/HRC/21/47, párr. 49.

¹⁵⁷ Extractive Industries and Indigenous Peoples, A/HRC/24/41, párr. 34.

¹⁵⁸ Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Méndez, A/HRC/28/68, párr. 29, citando *Panchito López*, párr. 161.

¹⁵⁹ *Ibidem*, citando la Opinión Consultiva sobre niños migrantes, párrs. 222 y 231-233.

¹⁶⁰ Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Méndez, A/HRC/25/60, párr. 29, citando a *Cabrera y Montiel*, párr. 167.

recursos económicos para justificar condiciones inhumanas de detención,¹⁶¹ asistencia sanitaria en centros de privación de libertad,¹⁶² sobre condiciones de detención de personas condenadas a pena de muerte,¹⁶³ sobre el valor probatorio de los informes de las comisiones de la Verdad¹⁶⁴ y sobre el régimen de aislamiento.¹⁶⁵ El Relator sobre Terrorismo, citando a la Corte Interamericana y a su par europea ha entendido que se debe dar un sentido amplio al concepto de víctima de violaciones a los derechos humanos.¹⁶⁶

En otras oportunidades, los procedimientos especiales han utilizado la jurisprudencia de la Corte para apoyar las recomendaciones que le formulan a los Estados.¹⁶⁷ Por ejemplo, el Relator

¹⁶¹ Interim report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, A/68/295, párr. 35, citando *Vélez Loor vs. Panamá*, párr. 198.

¹⁶² Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Méndez, A/HRC/22/53, citando “Ximenes Lopes”, párrs. 103 y 150.

¹⁶³ Interim report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, A/67/279, párrs. 44 y 51, citando Hilaire, párrs. 167-169.

¹⁶⁴ Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Méndez, A/HRC/19/61, párr. 26, citando Corte IDH, *caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Sentencia de 29 de abril de 2004. Fondo. Serie C, núm. 105; Corte IDH, *Maritza Urrutia vs. Guatemala*. Sentencia de 27 de noviembre de 2003, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, núm. 103, y Corte IDH, *Myrna Mack-Chang vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, núm. 101.

¹⁶⁵ Interim report of the Special Rapporteur of the Human Rights Council on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, A/66/268, párrs. 37-39, citando Corte IDH. *Velázquez-Rodríguez vs. Honduras*, 1988, serie C, núm. 4, párr. 156; Corte IDH. *Loayza-Tamayo vs. Perú*. 1997. Serie C, núm. 33, párr. 58; Corte IDH. *Cantoral-Benavides vs. Perú*. 2000. Serie C, núm. 69, párrs. 62 y 104, y Corte IDH. *Suárez-Rosero vs. Ecuador*. 1997. Serie C, núm. 35, párrs. 51-56.

¹⁶⁶ Informe anual A/HRC/20/14, párr. 16, citando a *Velásquez Rodríguez y Aloeboetoe*.

¹⁶⁷ Informe de la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer, sus Causas y Consecuencias, Rashida Manjoo, informe Anual, 2013, A/HRC/23/49, párr. 73, citando, *González vs. México*, párrs. 293 y 455.

sobre la Tortura, específicamente utiliza la jurisprudencia interamericana para fundamentar sus recomendaciones sosteniendo de manera puntual que sigue una opinión consultiva de la Corte a la que cita textualmente.¹⁶⁸ También es posible encontrar que debido a los avances en la jurisprudencia interamericana, los procedimientos especiales decidan precisar sus propios estándares. Por ejemplo, el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas explicó que dado el desarrollo jurisprudencial interamericano, era necesario precisar su propia interpretación de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, en materia de afectación del reconocimiento de la personalidad jurídica.¹⁶⁹

3.3. Utilización de la jurisprudencia de la Corte para fundamentar determinaciones jurídicas o fácticas en el contexto de visitas a países

Las visitas de los procedimientos especiales a los países son esenciales para el desarrollo de sus mandatos.¹⁷⁰ No resulta llamativo que en varias ocasiones en dichos informes se hagan referencias a casos de la Corte para fundamentar las apreciaciones que contienen. Por ejemplo, el Relator sobre Terrorismo, al referirse en su informe sobre su misión a Perú, respecto al proceso penal contra el expresidente Fujimori entendió que el mismo constituía “un importante paso adelante en el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado de investigar, procesar y sancionar a los responsables de violaciones de los derechos humanos, así como de dar reparación a sus víctimas” para lo cual

¹⁶⁸ Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Méndez, A/HRC/28/68, párr. 82.

¹⁶⁹ Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Comentario General sobre el Derecho al Reconocimiento de la personalidad ante la ley en el contexto de las desapariciones forzadas citando el caso *Anzualdo Castro vs. Perú*, párrs. 90 y 101.

¹⁷⁰ Piccone, Theodore J., *Catalysts for change: how the U.N.'s independent experts promote human rights*, Washington, Brookings Institution Press, 2012.

mencionó a la Corte en sus decisiones de *Barrios Altos* y *La Cantuta*.¹⁷¹ También la Relatora sobre la Mujer citó una resolución de la Corte sobre medidas provisionales para fundamentar su pronunciamiento sobre la intimidación y represalias que sufrían los defensores de los derechos humanos.¹⁷²

Como ejemplos de apreciaciones jurídicas que se fundamentan en decisiones de la Corte, puede citarse al Grupo de Trabajo sobre Desapariciones, que en su informe sobre Chile se refiere al caso *Almonacid Arellano* para sostener que “los autores de desapariciones forzadas no se beneficiarán de ninguna amnistía”.¹⁷³ En el mismo sentido, el Relator sobre Ejecuciones Extrajudiciales utiliza a la Corte para sostener la profunda preocupación generada por la intervención de tribunales miliares para enjuiciar al personal militar acusado de homicidio de civiles en México.¹⁷⁴ Sobre exactamente el mismo punto, el Relator sobre la Tortura indicó que dicha utilización de la justicia militar “no atiende plenamente los estándares internacionales ni la jurisprudencia de la Corte”.¹⁷⁵

3.4. Seguimiento de casos ante la Corte Interamericana

Los procedimientos especiales no solo interactúan con la Corte a través de la utilización de la jurisprudencia del Tribunal, sino que

¹⁷¹ Informe del Relator Especial sobre la Promoción y Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales en la Lucha contra el Terrorismo, Martin Scheinin, Adición, misión al Perú, A/HRC/16/51/Add.3, párr. 14, citando a *Barrios Altos* y *La Cantuta*.

¹⁷² Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Rashida Manjoo, Adición, misión a Honduras, párr. 37, citando *López Álvarez vs. Honduras*, resolución de 13 de junio de 2005.

¹⁷³ Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Adición, misión a Chile, A/HRC/22/45/Add.1, párr. 39.

¹⁷⁴ Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Christof Heyns, Adición Misión a México, A/HRC/26/36/Add.1, párr. 27.

¹⁷⁵ Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Méndez –Addendum– Mission to Mexico, A/HRC/28/68/Add.3, párr. 19 (sin citar caso alguno).

también siguen con atención los casos pendientes que pueden tener un impacto en su trabajo.

Por ejemplo, el Relator sobre Ejecuciones Extrajudiciales indicó que la Corte estaba “examinando actualmente un caso relativo a amenazas de muerte como violación potencial del derecho a la vida”.¹⁷⁶ Ello debido a que la decisión en dicho caso podría tener influencia en el tema que el Relator estaba discutiendo en su informe. Del mismo modo, el Relator sobre Terrorismo se refirió en su informe de visita a Chile al caso *Norín Catrimán* que en ese momento estaba pendiente ante la Corte. Lo hizo porque planteaba alegadas violaciones por la aplicación de la legislación antiterrorista.¹⁷⁷ Esta atención a los casos pendientes ante el Tribunal demuestra la importancia que su trabajo tiene para los procedimientos especiales.

3.5. Apoyo/supervisión/promoción/asistencia para el cumplimiento de las sentencias de la Corte

El cumplimiento de las sentencias de la Corte es, sin lugar a dudas, uno de los factores fundamentales para determinar su efectividad.¹⁷⁸ Los procedimientos especiales están conscientes de la importancia de dicho acatamiento en una doble perspectiva. Por un lado, saben que la legitimidad del Tribunal depende en gran medida de la implementación de sus decisiones. Por otra parte, el cumplimiento de las sentencias en las áreas temáticas que cubren los procedimientos especiales necesariamente resultará en una mayor consonancia de las acciones tomadas por el Estado impli-

¹⁷⁶ Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions (Protection of the right to life of journalists), A/HRC/20/22, párr. 60, refiriéndose a *Vélez Restrepo y familia vs. Colombia*, caso núm. 12658.

¹⁷⁷ Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Ben Emmerson, Adición, misión a Chile, A/HRC/25/59/Add.2.

¹⁷⁸ Basch, Fernando *et al.*, “La efectividad del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: un enfoque cuantitativo sobre su funcionamiento y sobre el cumplimiento de sus decisiones”, en *Sur-Revista Internacional de Derechos Humanos*, núm. 7.12, 2010, Sao Paulo, pp. 9-35.

cado con las obligaciones internacionales que los procedimientos especiales monitorean. Por ello, en múltiples ocasiones dichos procedimientos hacen referencia al cumplimiento de las sentencias de la Corte. La manera en que lo hacen presenta diferentes características.

Por una parte, se indican como pasos positivos cuando los Estados cumplen con las decisiones interamericanas. Así, el Relator sobre Terrorismo informa que Chile “ha dado cumplimiento a las recomendaciones y sentencias de los órganos interamericanos de derechos humanos, que en un caso significó reform[ar] la Constitución (caso *Última Tentación de Cristo*); y en otro, la [aprobación] de una Ley de Transparencia y Acceso a Información Pública (caso *Claude Reyes y otros*) que estableció procedimientos, recursos y un organismo —Consejo para la Transparencia— que velará por la aplicación de la citada ley”.¹⁷⁹ El Relator sobre la Tortura expresó “su complacencia por la elaboración de informes de «Avances y Actuaciones» presentados ante la Corte”.¹⁸⁰ Y también destacó cómo una Corte Suprema Nacional que ha “tenido un rol activo y garantista con decisiones que [...] determinan la obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana”.¹⁸¹

En ocasiones los procedimientos también resaltan los mecanismos que existen en el país que facilitan el cumplimiento de las sentencias de la Corte. El Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas se refirió a sentencias de la Suprema Corte de Justicia de México en el caso *Rosendo Radilla*, pues “facilit[ó] la completa implementación de las sentencias de la Co[rte IDH], muchas de las cuales coinciden con las recomendaciones hechas por el Gru-

¹⁷⁹ Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Ben Emmerson, Adición, misión a Chile, A/HRC/25/59/Add.2, párr. 17.

¹⁸⁰ Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Méndez —Addendum— Observations on communications transmitted to Governments and replies received, A/HRC/25/60/Add.2, párr. 182.

¹⁸¹ Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Méndez —Addendum— Mission to Mexico, A/HRC/28/68/Add.3, párr. 78.

po de Trabajo”.¹⁸² Y luego “celebr[ó] que la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión incluyó en el presupuesto del año 2011, por primera vez, una partida destinada” a dar cumplimiento a sentencias de la Corte.¹⁸³

Adicionalmente, los procedimientos especiales incluyen recomendaciones puntuales para que se dé cumplimiento a las decisiones de la Corte. Por ejemplo, el Relator sobre Terrorismo recomienda superar los obstáculos para el juzgamiento y sanción de graves violaciones de los derechos humanos cometidas en el curso de operaciones antiterroristas “de conformidad con la jurisprudencia de la Corte”.¹⁸⁴ El Relator sobre Ejecuciones Extrajudiciales incluso hace una evaluación del estado de cumplimiento de las sentencias de la Corte, indicando que “[s]i bien se han adoptado ciertas medidas positivas para aplicar la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Campo Algodonero*, todavía queda mucho por hacer”,¹⁸⁵ y por eso recomienda “aplicar plenamente” esta sentencia.¹⁸⁶

Al mismo tiempo, los procedimientos especiales realizan sus propias apreciaciones sobre el estado de cumplimiento de las decisiones de la Corte. Así por ejemplo, el Relator de Tortura dijo, refiriéndose a una sentencia de la Corte Suprema de Uruguay que convalida la amnistía, que “[c]on esta decisión el Relator entiende que Uruguay vuelve a un estado de incumplimiento” de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Gelman*.¹⁸⁷

¹⁸² Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias Adición, misión a México A/HRC/19/58/Add.2, párr. 43.

¹⁸³ *Ibidem*, párr. 63.

¹⁸⁴ Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Martin Scheinin, Adición, misión al Perú, A/HRC/16/51/Add.3, párr. 43.c.

¹⁸⁵ Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Christof Heyns, Adición misión a México, A/HRC/26/36/Add.1, párr. 73.

¹⁸⁶ *Ibidem*, párr. 112.

¹⁸⁷ Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment of punishment, Juan E. Méndez –*Addendum*– Follow-up to the recommendations made by the Special Rapporteur to previous country visits, A/HRC/22/53/Add.3, párr. 74.

Quizás el reconocimiento más importante de la relevancia que los procedimientos especiales le otorgan al cumplimiento de las sentencias, es cuando ofrecen su asistencia técnica a los gobiernos para implementarlas. Así, el Relator sobre Pueblos Indígenas, a petición del gobierno de Surinam y de los pueblos indígenas y tribales en ese país, presentó sus observaciones y recomendaciones sobre un Proyecto de Ley sobre los Derechos al Territorio Tradicional de los Pueblos Indígenas y Tribales a “la luz de las sentencias dictadas al respecto por la Corte”.¹⁸⁸

3.6. Recomendaciones puntuales a la Corte

Los procedimientos especiales no son tan solo receptores pasivos de la jurisprudencia de la Corte. En ocasiones también han formulado recomendaciones a la Corte sobre distintos aspectos. En particular, el Relator sobre Ejecuciones Extrajudiciales ha utilizado la técnica de dirigirse a “mecanismos regionales de derechos humanos” para promover medidas puntuales sobre el funcionamiento de tales organismos regionales. Por ejemplo, ha dicho que se debe evaluar la “capacidad para recibir y utilizar material digital y para promover las mejores prácticas en materia de seguridad digital. De ser necesario, deben trabajar junto con el ACNUDH para ampliar esa capacidad”.¹⁸⁹

El mismo Relator Especial, luego de celebrar y destacar las iniciativas regionales para la Protección del Derecho a la Vida de los Periodistas, ha indicado en particular que “el Sistema Interamericano está, a pesar de los retos con que se enfrenta, a la vanguardia en lo que respecta a las medidas cautelares, y convendría

¹⁸⁸ Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples. Summary of activities. Extractive industries operating within or near indigenous territories, A/HRC/18/35, párr. 12.

¹⁸⁹ Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Christof Heyns —Use of information and communications technologies to secure the right to life, A/HRC/29/37, párr. 117.

que los demás sistemas estudiaran su labor a este respecto”.¹⁹⁰ Sin perjuicio de ello, alentó “a los demás órganos internacionales a tener en cuenta [la] jurisprudencia” del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.¹⁹¹ También estimuló “a poner en primer plano la cuestión de la seguridad de los periodistas [...] y a ocuparse de este tema en sus respectivos procedimientos, especialmente mediante medidas provisionales o cautelares”.¹⁹²

Debe notarse que estas recomendaciones fueron formuladas de manera genérica a organismos regionales, pero no a la Corte en particular. De todas maneras, un genuino diálogo entre la Corte y los procedimientos especiales debería llevar al Tribunal a considerarse aludido por tales llamados genéricos.

3.7. Apoyo específico a la Corte

Finalmente, es posible observar que en ciertas ocasiones los procedimientos especiales se han pronunciado en apoyo específico y puntual cuando el Tribunal se encontraba bajo cuestionamientos. Por ejemplo, el Relator sobre Ejecuciones Extrajudiciales expresó “preocupación por las observaciones públicas hechas en respuesta a la retractación de una persona de su testimonio en el caso de la *Masacre de Mapiripán*”. En particular señaló que “el hecho de que esa persona se haya retractado de su testimonio no afecta al conjunto de pruebas sustanciales en que se basó la Corte”.¹⁹³ Para este Relator no era necesario en absoluto pronunciarse sobre un caso decidido por la Corte. Sin embargo, el Relator lo hizo en el entendimiento de que un debilitamiento de la Corte afecta a todo el sistema de protección de los derechos humanos.

¹⁹⁰ Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions (Protection of the right to life of journalists), A/HRC/20/22, párr. 130.

¹⁹¹ *Ibidem*, párr. 131 (algo que parece innecesario recomendarle a la Corte Interamericana).

¹⁹² *Ibidem*, párr. 132.

¹⁹³ Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Christof Heyns—*Addendum*— Follow-up country recommendations: Colombia, A/HRC/20/22/Add.2, párr. 57.

4. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN TEÓRICA
A LAS RELACIONES DE LA CORTE CON LOS
PROCEDIMIENTOS ESPECIALES DE LA ONU

Este levantamiento de información hace evidente las claras indicaciones de las influencias mutuas e interacciones entre los procedimientos especiales y la Corte Interamericana.

Sin embargo, se desprende del mismo, que las citas recíprocas son esporádicas, intermitentes y no necesariamente siguen una lógica determinada, por lo que podríamos afirmar que los dos órganos carecerían de una teoría sobre estas relaciones. Un ejemplo de la mencionada falta de teoría es evidente en los resultados del estudio de las sentencias de la Corte Interamericana con relación a la “prueba de determinaciones fácticas”, “fundamentaciones de sus consideraciones jurídicas” y “adopción de criterios”. En el mismo periodo del estudio realizado 2010-2014, la Corte conoció otros casos sobre las temáticas arriba expuestas (*supra* B.ii, B.iii y B.iv), entre otros, sobre la violencia contra la mujer en conflictos armados, el caso *J*,¹⁹⁴ sobre defensores de derechos humanos, el caso *Castillo González y otros*,¹⁹⁵ y en materia de pueblos indígenas, *Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano*,¹⁹⁶ donde no existió ninguna referencia a los procedimientos especiales.

En los próximos párrafos se plantearán algunas ideas para incentivar la investigación y en particular, para invitar a la Corte Interamericana y a los procedimientos especiales a prestar mayor atención a la consistencia interna y a la lógica propia de este diálogo que mantienen.

Como se afirmó, no existen estudios ni una teoría sobre las relaciones entre procedimientos especiales y la Corte Interame-

¹⁹⁴ Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C, núm. 275.

¹⁹⁵ Corte IDH. *Caso Castillo González y otros vs. Venezuela*. Fondo. Sentencia de 27 de noviembre de 2012. Serie C, núm. 256.

¹⁹⁶ Corte IDH.: *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C, núm. 284.

ricana. Por ello, es posible analizar si algunas de las ideas esbozadas en torno al diálogo judicial, es decir, aquel diálogo entre tribunales nacionales e internacionales o entre cortes internacionales entre sí, podrían adaptarse como metodología analítica. Se ha entendido que el diálogo judicial puede darse de acuerdo con diferentes grados de relacionamiento o reciprocidad.¹⁹⁷ Puede haber diálogo directo, cuando existe comunicación entre dos cortes donde una inicia la conversación y la otra le responde.¹⁹⁸ Un monólogo, donde las ideas de una Corte son utilizadas por otras, a pesar de que la primera no es un participante de una conversación.¹⁹⁹ Y finalmente un diálogo intermediado, donde una Corte promueve o facilita el diálogo entre otras cortes.²⁰⁰ A partir del análisis desarrollado en este estudio, aparentemente la Corte Interamericana y los procedimientos especiales tienen un cierto grado de reciprocidad o diálogo directo, en cuanto se citan mutuamente. Se debe tener en cuenta que este estudio no pretendió determinar si las citas fueron esenciales o secundarias en las posiciones de los distintos mecanismos. Tampoco es posible de esta primera aproximación, saber la existencia de influencias mutuas que no aparecen reflejadas en citas explícitas. Todo ello debe ser objeto de mayor investigación. Pero es evidente que hay un diálogo directo entre dichos órganos.

Una vez establecida la existencia de este diálogo, cabe preguntarse cuáles son los requisitos y las condiciones en que se desarrolla el mismo. En materia de diálogo judicial se ha explicado que una de las precondiciones para la comunicación entre tribunales es una compartida concepción de identidad y metodología judicial.²⁰¹ Las cortes deben percibir a sus interlocutores como tribunales, instituciones encargadas de aplicar e interpretar el derecho. Es decir, que tienen la misma visión sobre la aplicación

¹⁹⁷ Slaughter, *supra*, p. 112.

¹⁹⁸ *Idem*.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 113.

²⁰⁰ *Idem*.

²⁰¹ Rodley, Nigel S., "United Nations Human Rights Treaty Bodies and Special Procedures of the Commission on Human Rights-Complementarity or Competition?", en *Human Rights Quarterly*, núm. 25.4, 2003, p. 890, disponible en <http://muse.jhu.edu/journals/hrq/summary/v025/25.4rodley.html>

de reglas y estándares de manera neutral y uniforme. Ahora bien, este estudio pareciera demostrar que la práctica de la Corte Interamericana cuestiona esta premisa. Como se explicó, los procedimientos especiales no son tribunales o mecanismos que operen judicial o cuasijudicialmente.²⁰²

La hipótesis de que la identidad judicial, cuasijudicial o promocional de los órganos facilita el diálogo entre los mismos debe ser profundizada. Llama la atención la escasa importancia que la Corte Interamericana le otorga a la interpretación de la Convención Americana desarrollada por la Comisión Interamericana. La Corte generalmente trata a la Comisión como una estructura jerárquicamente subordinada que simplemente propone argumentos para la consideración de la Corte, en lugar de considerarla como una fuente independiente de interpretación de las normas de derechos humanos.²⁰³ Por lo anterior, no es claro por qué la interpretación de un procedimiento especial de normas diferentes a la Convención Americana tiene relevancia para el Tribunal.

La Comisión tiene mandatos y métodos de trabajo similares a los de los procedimientos especiales.²⁰⁴ Pero la Comisión, a diferencia de los procedimientos especiales, también es un organismo cuasijudicial. Así coinciden dichos órganos en el sentido que realizan valoraciones, basadas en el derecho internacional, sobre la existencia de violaciones a los derechos humanos. Los procedimientos especiales, a diferencia de la Comisión, en su intervención en casos puntuales, lo hacen sin necesidad de exami-

²⁰² De hecho se ha afirmado que las resoluciones estableciendo los Procedimientos Especiales les otorgan considerable libertad de acción que les ha permitido desarrollar innovativos métodos de trabajo. Gutter, Jerroen, "Special procedures and the Human Rights Council: achievements and challenges ahead", en *Human Rights Law Review*, 2007, p. 7, disponible en <http://hrlr.oxfordjournals.org/content/early/2007/01/27/hrlr.ngl029>

²⁰³ Neuman, Gerald L., "Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights", en *The European Journal of International Law*, vol. 19, 2008, p. 108.

²⁰⁴ Particularmente en la capacidad de realizar visitas a los países, preparar estudios temáticos, entablar diálogos informales directos con los Estados y con las organizaciones de la sociedad civil. Rodley, *supra*, p. 890.

nar requisitos de admisibilidad ni actuando como mecanismos cuasijudiciales.²⁰⁵

En esta perspectiva parecería que la Corte Interamericana se siente más próxima en cuanto a su identidad a los procedimientos especiales que a la Comisión Interamericana. Sin embargo, es difícil desentrañar el motivo de esta perspectiva. Al igual que los procedimientos especiales, la Comisión está integrada por expertos independientes “de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos”.²⁰⁶ Pero a diferencia de estos, la Comisión es el único órgano especializado de derechos humanos reconocido por la Carta de la Organización de los Estados Americanos²⁰⁷ y encargado junto a la Corte de “conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados parte en esta Convención”.²⁰⁸

Podría preguntarse ¿por qué los expertos independientes de las Naciones Unidas tienen más legitimidad y credibilidad que la Comisión Interamericana en el desarrollo del contenido de los derechos humanos?²⁰⁹ O en los términos que se han planteado, ¿cuáles son los elementos identificatorios de los procedimientos especiales que los distinguen de la Comisión Interamericana, y que le permiten a la Corte citarlos más frecuentemente?

De todas maneras, se ha indicado también que los diferentes comités creados por tratados en el marco de las Naciones Unidas tienen poco contacto con los procedimientos especiales.²¹⁰

²⁰⁵ Redondo, *supra*, p. 261.

²⁰⁶ Convención Americana, art. 34.

²⁰⁷ Carta de la Organización de los Estados Americanos, art. 106.

²⁰⁸ Convención Americana, art. 33.

²⁰⁹ Particularmente llama la atención cuando algunos han sido tanto miembros de la Comisión como expertos de las Naciones Unidas, como es el caso de Robert Goldman o actualmente Juan Méndez.

²¹⁰ Rodley, Nigel S., “United Nations Human Rights Treaty Bodies and Special Procedures of the Commission on Human Rights—Complementarity or Competition?”, en *Human Rights Quarterly*, núm. 25.4, 2003, pp. 882-908, disponible en <http://muse.jhu.edu/journals/hrq/summary/v025/25.4rodley.html>

¿Será posible que resulte más sencillo para los órganos judiciales o cuasijudiciales referirse a mecanismos no judiciales fuera del sistema en el que operan?; ¿será que se debe a que dentro del mismo sistema —sea regional o universal— los distintos organismos, judiciales, cuasijudiciales o promocionales, en cierta medida se disputan la centralidad o importancia, mientras que frente a organismos fuera de su propio sistema no existe tal amenaza? También es posible especular, en el caso de la Corte, que teniendo en cuenta que la Comisión y los Estados son los únicos legitimados para presentar casos ante ella, que la Comisión debe comparecer en todos los casos ante el Tribunal²¹¹ y que tiene asignado un importante rol procesal en el procedimiento contencioso,²¹² la Corte ve a la Comisión como una parte más en el proceso,²¹³ y no como un órgano independiente de derechos humanos. Más investigación será necesaria para analizar esa paradoja.

Ahora bien, ¿por qué la Corte y los procedimientos especiales se citan mutuamente? Para la Corte Interamericana la importación de una interpretación dada por una fuente externa de la OEA puede estar justificada en tres perspectivas. En términos contractuales, los Estados pueden tener la intención de definir la obligación en virtud de la Convención Americana en relación con otros tratados. Desde la perspectiva consensual, la Corte ha señalado que “en la Convención se advierte una tendencia a integrar el sistema regional y el sistema universal de protección de los derechos humanos”.²¹⁴ En un carácter suprapositivo, la Corte puede utilizar fuentes externas si los argumentos utilizados son especialmente convincentes. Finalmente, desde el punto de vista

²¹¹ Convención Americana, arts. 57 y 61.1.

²¹² Véase Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros arts. 35, 43, 46, 51, 52, 56.2, 63 y 69.

²¹³ Desde el Reglamento aprobado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su XLIX Período Ordinario de Sesiones celebrado el 16 al 25 de noviembre de 2001 y reformado parcialmente por la Corte en su LXXXII Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 19 al 31 de enero de 2009 la Comisión Interamericana no es una parte.

²¹⁴ Corte IDH. “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-1/82, 24 de septiembre 1982, (Serie A) núm. 1 (1982), párr. 41.

institucional la Corte podría tener una serie de razones pragmáticas para utilizar interpretaciones de otras fuentes extrarregionales. Por ejemplo, la Corte podría llegar a la conclusión que la protección de los derechos humanos se beneficiaría al coordinar el contenido de las obligaciones a nivel regional y universal; la importación de una interpretación podría disminuir la carga de trabajo de la propia Corte; o bien esta podría creer que la invocación de interpretaciones de otros órganos podría ayudar a legitimar y fortalecer sus propias decisiones y disminuir potenciales resistencias.²¹⁵

También se ha especulado que la comunicación entre tribunales cumple distintas funciones. Por un lado, sirve para fortalecer la efectividad de los tribunales supranacionales.²¹⁶ Si estos logran que los otros tribunales, sean nacionales o internacionales, sigan su jurisprudencia, indudablemente su impacto es mayor y tienen más posibilidades de que sus decisiones sean conocidas y cumplidas.²¹⁷ No obstante, este estudio no permite observar si la Corte o los procedimientos especiales han sido más efectivos gracias a las citas recíprocas que formulan en sus decisiones e informes. En todo caso, la efectividad de un mecanismo internacional, no puede medirse tan solo por el nivel de cumplimiento de sus decisiones o recomendaciones.²¹⁸ Indudablemente aumentan la efectividad mutua al citarse recíprocamente, y/o al alcanzar audiencias diferentes a sus tradicionales receptores. Asimismo, esta interacción provee legitimidad mutua en el sentido que se demuestra que sus interpretaciones no son aisladas, sino parte de una comunidad internacional de derechos humanos.²¹⁹

²¹⁵ Neuman, Gerald L., "Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights", en *The European Journal of International Law*, vol. 19, 2008, pp. 111-112.

²¹⁶ Slaughter, pp. 114-115

²¹⁷ *Idem*.

²¹⁸ Véase la posición de uno de los autores de este artículo en Dulitzky, Ariel, "Too Little, Too Late: The Pace of Adjudication of The Inter-American Commission on Human Rights", en *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review*; 4/1/2013, vol. 35, pp. 131, 134.

²¹⁹ Quinn, *supra*, pp. 106 y 123. Rodley, *supra*, p. 898.

Se puede afirmar entonces que, en teoría, el “diálogo” fortalece la persuasividad, autoridad y legitimidad de las decisiones, en el sentido de demostrar que la interpretación es la misma a la de otros órganos de derechos humanos.²²⁰ En definitiva, la citación mutua es una demostración de un proceso de deliberación colectiva entre estos órganos internacionales de derechos humanos.²²¹ Es importante no exagerar esta función legitimadora. Hasta la fecha no hay estudios que demuestren que la mayor o menor legitimidad de la Corte Interamericana depende de la persuasividad de sus argumentaciones. Tampoco existen estudios que demuestren que la cita a los procedimientos especiales contribuye a dicha función en las decisiones de la Corte.

Se ha argumentado también que este diálogo sirve para el aseguramiento y promoción de la aceptación de obligaciones internacionales recíprocas.²²² En este caso, significa que reafirma la coexistencia o coincidencia sustantiva entre las obligaciones emergentes de instrumentos regionales e internacionales. Esto es claro en el caso de la Corte Interamericana y su utilización del concepto *corpus iuris*, concebido como el conjunto de normas fundamentales que se encuentran vinculadas con el fin de garantizar los derechos humanos.²²³ Este *corpus iuris* está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos distintos —tratados, convenios, resoluciones y declaraciones, incluida por supuesto la Convención Americana—, así como por las decisiones adoptadas por los órganos de derechos humanos.²²⁴ La Corte Interamericana ha entendido que el *corpus iuris* debe servir para fijar²²⁵ o precisar²²⁶

²²⁰ Slaughter, *supra*, p. 119.

²²¹ *Idem*.

²²² *Ibidem*, p. 116.

²²³ Nogueira Alcalá, Humberto, “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales”, en *Revista de Derecho Público*, núm. 76, 2014, p. 393.

²²⁴ Corte IDH: *Caso Forneron e hija vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012, Serie C, núm. 242, párr. 137.

²²⁵ *Idem*.

²²⁶ Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 134, párr. 153.

el contenido y los alcances de la disposición general de la Convención, y por esto, debe ser respetado por los Estados.²²⁷ Es decir, esta entiende que citar lo establecido en los procedimientos especiales demuestra y consolida este *corpus iuris* que debe ser respetado.

Lo cierto es que los tratados, entre ellos la Convención Americana y otros instrumentos de derechos humanos, generalmente se superponen y un mismo Estado puede asumir similares o idénticas obligaciones a través de todo este entramado de normas.²²⁸ Esto es lo que se ha descrito como una red altamente interconectada de normas tratando el mismo o similar tema.²²⁹ Así es como la Corte y los procedimientos especiales se superponen, ya sea en el análisis de normas generalmente similares en abstracto o con relación a un país concreto y a una situación o caso específico. Esta superposición crea condiciones para facilitar el diálogo entre la Corte y los procedimientos especiales. Pero no es suficiente para explicar los motivos por los cuales en algunos casos sí se citan mutuamente mientras que en otros no lo hacen. Si la coincidencia en cuanto a la materia o al país o al caso fuese la condición suficiente siempre se encontrarían citas recíprocas, algo que no sucede en la realidad.

Varios autores han argumentado que el diálogo judicial también fomenta la fertilización mutua. Es decir, la diseminación de ideas de un sistema a otro y de fuente de inspiración de las decisiones.²³⁰ Del resultado de este estudio, es evidente que los procedimientos especiales encuentran fundamentos y doctrinas en la jurisprudencia interamericana, que los llevan a interpretar de determinadas maneras las normas universales. Paralelamente, la Corte Interamericana utiliza dichas determinaciones para interpretar las normas regionales. Es decir que se está indudablemente frente a un proceso de fertilización mutua. Pero es imposible

²²⁷ *Idem*.

²²⁸ Saunders, Pamela Quinn, *The Integrated Enforcement of Human Rights*, en *Journal of International Law and Politics*, vol. 45, núm. 1, University-School of Law, Nueva York, 2012, pp. 97, 100.

²²⁹ *Ibidem*, p. 105.

²³⁰ Slaughter, *supra*, p. 117.

determinar del estudio, cuáles son los casos o situaciones que permiten que esta fertilización mutua se produzca.

En adición a estos procesos de acrecentamiento de la persuasividad, legitimidad y calidad de la argumentación, se ha indicado que las interacciones entre organismos de derechos humanos también cumplen otras funciones importantes. Para la Corte, la utilización de informes de países de los procedimientos especiales le provee con información que no necesariamente podría obtener a través de los métodos probatorios normales del Tribunal. Por ejemplo, el análisis fáctico de una situación determinada y relevante para el caso realizado por un experto independiente en derechos humanos, proveyendo el contexto y marco analítico, le permite a la Corte entender mejor el caso individual.²³¹ Por esto, se puede afirmar que los procedimientos especiales sirven de puente entre el trabajo normativo y los aspectos operacionales concretos relativos a la implementación de derechos humanos en el terreno,²³² función que no está dentro de la competencia de la Corte.

Anteriormente se indicaron las diferentes características de la naturaleza de los órganos judiciales, la Corte y órganos promocionales, los procedimientos especiales. Por ello, al analizar las relaciones entre ambos se debe resaltar cómo las competencias que tienen asignadas les ofrecen algunas ventajas comparativas que pueden llamar a un relacionamiento más estratégico.

En relación con los procedimientos especiales pueden señalarse las siguientes características que los distinguen y les otorgan una fortaleza diferenciada a la Corte: pueden basarse en cualquier instrumento normativo, sea este un tratado o una mera declaración, por lo que no están restringidos al texto de un solo tratado; pueden intervenir en cualquier Estado de las Naciones Unidas y no solo ante aquellos que hayan ratificado un tratado

²³¹ Saunders, *supra*, pp. 106, 107, 120 y 122.

²³² Golay, Christophe; Biglino, Irene y Truscan, Ivona, "Contribution of the U.N. Special Procedures to the Human Rights and Development Dialogue", en *Sur International Journal on Human Rights*, vol. 9, núm. 17, dic. 2012b, p. 15, disponible en <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/surij17&div=5&id=&page=>

en particular y aceptado su competencia; pueden realizar visitas a países y actuar en peticiones individuales sin necesidad de que se agoten los recursos internos.²³³ Por su parte, la Corte Interamericana tiene sus propias ventajas, entre las cuales se debe mencionar principalmente que basa su jurisdicción en un tratado voluntariamente ratificado por el Estado, sus decisiones son finales y obligatorias para los Estados involucrados, en sus procesos el Estado participa plenamente en todas sus etapas, sus conclusiones fácticas están basadas en las reglas de evidencia propias de un tribunal judicial.²³⁴

Así por ejemplo, en materia de evidencia una relación estratégica entre los procedimientos especiales y la Corte podría verse de esta manera. Las visitas a los países y los informes subsiguientes le pueden otorgar a la Corte una mejor contextualización de los hechos del caso concreto. Dado este aspecto, los procedimientos especiales deberían ajustar sus métodos de trabajo para considerar que sus determinaciones en informes podrían luego ser utilizadas por un Tribunal Judicial Internacional.²³⁵ Por supuesto, esto no significa que los procedimientos especiales deben adoptar un método de investigación y régimen probatorio tan rígido y alto como el de la Corte Interamericana.

Asimismo, los procedimientos especiales gozan de una capacidad de coleccionar información de la que carece la Corte, esta es precisamente la fortaleza de dichos procedimientos. Tiene la posibilidad de reunirse libremente con autoridades nacionales y locales de todos los niveles y poderes del Estado, con organizaciones no gubernamentales, con otras instituciones privadas, y con medios de comunicación. En especial, pueden tener entrevistas confidenciales y sin presencia del Estado con víctimas,

²³³ Piccone, Ted, "The contribution of the U.N.'s special procedures to national level implementation of human rights norms", en *The International Journal of Human Rights*, núm. 15.2, 2011, p. 209.

²³⁴ Convención Americana, arts. 66-68.

²³⁵ Para una propuesta similar, con relación a la Corte Penal Internacional y los Procedimientos Especiales, véase Sunga, Lyal S., "How can U.N. human rights special procedures sharpen ICC fact-finding?", en *The International Journal of Human Rights*, 1núm. 5.2, 2011, pp. 187-205.

testigos, familiares, organizaciones privadas.²³⁶ Todo esto otorga una flexibilidad esencial para sus mandatos, que lo diferencian de la Corte. Adicionalmente, para los procedimientos especiales sus análisis versan sobre la situación general del país y los casos sirven tan solo para ilustrar determinada situación o el contexto. A la inversa, la Corte Interamericana tiene que dar por probado los extremos necesarios para establecer la responsabilidad internacional del Estado en un caso concreto y la situación general le sirve para contextualizar dicho caso específico. En definitiva, la Corte y los procedimientos especiales pueden establecer una alianza estratégica que preserve las fortalezas de cada uno.

5. CONCLUSIÓN

Surge de nuestro análisis que la Corte es un actor importante a nivel internacional, que marca tendencias jurisprudenciales que son seguidas por organismos de derechos humanos, como los procedimientos especiales. Acertadamente se ha observado que la Corte Interamericana es una de las principales, aunque selectiva, importadora de interpretaciones sobre derechos humanos emergentes de otros organismos internacionales.²³⁷ Y paralelamente, que la Corte desea también ser una exportadora de sus propias interpretaciones.²³⁸ Este estudio permite confirmar ambos presupuestos de la Corte como importadora y exportadora.

Este estudio demuestra la existencia de una incipiente conversación entre la Corte y los procedimientos especiales en los últimos años. La Corte no tiene dificultades en citar a los procedimientos especiales y estos utilizan frecuentemente lo establecido por el Tribunal Interamericano. Sin embargo, del análisis expuesto no parece claro que este diálogo opere de manera articulada, coordinada o estratégicamente complementaria. No se puede demostrar si la práctica de citarse mutuamente en la

²³⁶ Mukherjee, Amrita, “The fact-finding missions of the special rapporteur on torture”, en *The International Journal of Human Rights*, núm. 15.2, 2011, pp. 267 y 268.

²³⁷ Neuman, *supra*, p. 109.

²³⁸ *Ibidem*, p. 116.

realidad incrementa la efectividad de cada mecanismo de manera aislada.

De las citas en una y otra dirección que se analizaron, no se demuestra si las mismas fueron determinantes o no para el resultado concreto del caso o informe en el que fueron incluidas. No toda cita es determinante para una decisión y no siempre la utilización de ideas de otros organismos es citada por la Corte o por el procedimiento especial.²³⁹ Tampoco se analizó si la cita mutua que realizan la Corte y los procedimientos especiales contribuye o restringe la fortaleza de la interpretación original que es citada. Es decir, la cita mutua que se procuró identificar no dice nada sobre si quien cita lo hace de una manera similar o diferente a los objetivos del órgano citado.²⁴⁰

En el caso particular de la Corte, se identificó la falta de una práctica consistente sobre el momento para utilizar lo establecido por dichos procedimientos especiales, así como la razón para considerarlos prueba fundamental en la determinación de hechos o contextos, fundamentar sus consideraciones jurídicas y/o adoptar criterios por primera vez, con base en los pronunciamientos de los procedimientos especiales. Por lo anterior, este estudio permite comprobar que no es posible saber por qué la Corte y los procedimientos especiales se citan mutuamente. Tampoco cuál es el valor interpretativo de tales referencias.

Surge desde este primer análisis preliminar que el sistema internacional de protección y promoción de los derechos humanos es un sistema complejo en el que múltiples actores actúan e interactúan de manera constante.²⁴¹ En esta perspectiva de analizar un sistema con tales características puede argumentarse que, en realidad no es la función de la Corte o de los procedimientos especiales mejorar por sí solos las condiciones de un país determinado. Por el contrario, para lograr cambios en la situación de derechos humanos se requiere de una multiplicidad de actores.

²³⁹ Voeten, *supra*, p. 550.

²⁴⁰ Véase similarmente McCall-Smith, Kasey L., "Interpreting International Human Rights Standards-Treaty Body General Comments in Domestic Courts", en *Edinburgh School of Law Research Paper*, 2015/03.

²⁴¹ Saunders, *supra*, pp. 115 y ss.

Cada uno de ellos es parte de un cuadro más complejo en el que desempeñan un papel importante. La cooperación mutua entre la Corte Interamericana y los procedimientos especiales tiene como resultado la ampliación de un mensaje común de derechos humanos dirigido hacia otros actores.²⁴² Futuros trabajos deberían explorar si la efectividad de este sistema de derechos humanos —integrado, entre otros, por la Corte y los procedimientos especiales— debe analizarse de manera holística, en lugar de analizar cada organismo de manera independiente.²⁴³

²⁴² Hoehne, *op. cit.*

²⁴³ Saunders, *supra*, p. 100.

II. Desapariciones forzadas: Las contribuciones de América Latina y de José Zalaquett*

En esta hora de estudio y de reflexión,... la presencia invisible de miles y miles de desaparecidos antecede y rebasa y continúa todo el trabajo intelectual que podemos cumplir... Aquí, en esta sala donde ellos no están, donde se los evoca como una razón de trabajo, aquí hay que sentirlos presentes y próximos, sentados entre nosotros, mirándonos, hablándonos. El hecho mismo de que entre los participantes y el público haya tantos parientes y amigos de desaparecidos vuelve todavía más perceptible esa innumerable muchedumbre congregada en un silencioso testimonio, en una implacable acusación.¹

Las desapariciones forzadas no pueden ser entendidas sin asociarlas a América Latina. Para mejor o para peor, la región ha estado siempre en la vanguardia de la utilización o combate de

* Agradezco los comentarios y sugerencias de Federico Andreu, Gabriella Citroni, Cath Collins, Lucrecia Molina Theissen y Wilder Tyler, también la ayuda de Héctor Olásolo y como siempre el inestimable apoyo de Jonathan Pratter en la investigación (y sus observaciones) y de Theodore Magee en la edición de este trabajo.

¹ Cortázar, Julio, "Negación del Olvido", discurso pronunciado en el Coloquio de París sobre la Política de Desaparición Forzada de Personas, Senado de la República Francesa, enero de 1981, reproducido en Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Proyecto de Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, p. 26, disponible en http://www.jus.gob.ar/media/1129106/15-dhpt-proyecto_convencion_espanol.pdf

esta política y técnica del terror.² Podemos ver a América Latina como un espacio donde el uso de las desapariciones forzadas fue —o lamentablemente aún es en algún país— generalizada, pero también un lugar en donde las respuestas más eficaces para superarlas y donde nuevos tipos de resistencia y esperanza van de la mano con las exigencias de la verdad, la justicia, la reparación y la memoria. Los países latinoamericanos aprendieron unos de otros³ y sirvieron de modelo para otras regiones.⁴ En su resistencia a nivel nacional o internacional, en su conceptualización y en la respuesta a este fenómeno, José “Pepe” Zalaquett es una destacada y principal figura.

En este apartado haremos un somero recorrido de la relación entre desapariciones forzadas y América Latina de la mano de Pepe Zalaquett. No haremos un trabajo histórico, político,⁵ sociológico,⁶ antropológico,⁷ o jurídico.⁸ Simplemente presenta-

² Molina Theissen, Ana Lucrecia, “La desaparición forzada de personas en América Latina”, en *Ko’aga Roñe’eta*, Serie VII, 1998.

³ Zalaquett, José, “Introducción a la edición en inglés del Informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación de Chile”, p. 9, disponible en <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/18/61.pdf> Título original “Introduction to the English Edition of the Report of the Chilean National Commission on Truth and Reconciliation”, Notre Dame y Londres, publicado por el Center for Civil and Human Rights-Notre Dame Law School-Notre Dame University Press, 1993, 2 vols.

⁴ Sheinin, Martin *et al.*, “Estudio conjunto preparado por el Sr. Martin Scheinin, Relator Especial sobre la Promoción y Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales en la Lucha contra el Terrorismo, el Sr. Manfred Nowak, Relator Especial sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, representado por su vicepresidente, el Sr. Shaheen Sardar Ali; y el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, representado por su presidente, el Sr. Jeremy Sarkin”, A/HRC/13/42, párr. 59.

⁵ Véase por ejemplo, Calveiro, Pilar, *Poder y desaparición. Los campos de concentración en Argentina*, Buenos Aires, Ediciones Colihue, 1995.

⁶ Véase por ejemplo Schindel, Estela, *La desaparición a diario: sociedad prensa y dictadura (1975-1978)*, Villa María, Chile, Edivim, 2012.

⁷ *Death Squad: the Anthropology of State Terror*, ed. por Jeffrey A. Sluka, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2000.

⁸ Para un trabajo pionero, puede verse “La desaparición, crimen contra la humanidad: Jornadas sobre el Tratamiento Jurídico de la Desaparición

remos temas centrales a las desapariciones forzadas, siguiendo cuando corresponda la voz de Zalaquett. Pero tampoco queremos confundir al lector. Este no es un trabajo biográfico de Pepe. Sino simplemente una somera reflexión sobre las relaciones entre las desapariciones forzadas y América Latina.

Un punto importante que será evidente para el lector al avanzar en esta lectura. Si bien el objetivo es presentar someramente la relación entre desapariciones forzadas y América Latina, la mayor parte de nuestras referencias serán sobre Chile y Argentina. La explicación más obvia es que al utilizar la figura de Pepe Zalaquett como parte de nuestro hilo conductor, necesariamente la experiencia chilena ocupa un lugar prominente. Otra explicación, también obvia, es la nacionalidad argentina del autor de esta pieza. Pero en realidad, la razón principal es que Chile y Argentina han liderado, experimentado, exportado, compartido, tanto el desarrollo de las desapariciones forzadas como práctica sistemática, así como las respuestas a las mismas.

1. LA PRÁCTICA DE LA DESAPARICIÓN FORZADA EN AMÉRICA LATINA

Se suele situar el origen de las desapariciones forzadas en el decreto Noche y Niebla del 7 de diciembre de 1941 de Hitler, que ordena la detención y eliminación en secreto de personas que supuestamente atacaban al Reich o a las fuerzas de ocupación.⁹ Esta práctica fue objeto de uno de los juicios del Tribunal Militar Internacional de Núremberg donde se condenó al mariscal Keitel y en el caso *Justice* donde se juzgó a los principales abogados del régimen nazi por el Tribunal Militar Americano de Núremberg.¹⁰ Sin embargo, y hasta

Forzada de Personas”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires, 24 y 25 de marzo de 1987/Grupo de Iniciativa por una Convención Internacional sobre la Desaparición Forzada de Personas.

⁹ Véase entre otros Scovazzi, Tullio y Citroni, Gabriella, *The Struggle against enforced disappearance and the 2007 United Nations convention*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 4.

¹⁰ Véase *The Trial of German Major War Criminals, Proceedings of the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg*, vol. 3, Londres, 1950

los hechos trágicos de América Latina en los setentas el tema de la desaparición forzada de personas no sería objeto de preocupación, de conceptualización, de desarrollos normativos ni de respuestas judiciales nacionales o internacionales.¹¹ La práctica sistemática de las desapariciones forzadas, de hecho “es el máximo aporte a la historia de la crueldad humana” que hiciera Argentina, aunque podría decirse América Latina.¹² Zalaquett sostiene que el término desapariciones fue una invención del Comité por la Paz, el precursor de la Vicaría de la Solidaridad.¹³

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte) en su primera sentencia sobre un caso de desaparición forzada diría:

En la historia de la violación de los derechos humanos, las desapariciones no son una novedad. Pero su carácter sistemático y reiterado, su utilización como una técnica destinada a producir no solo la desaparición misma, momentánea o permanente, de determinadas personas, sino también un estado generalizado de angustia, inseguridad y temor, ha sido relativamente reciente. Aunque esta práctica posee carácter más o menos universal, en América Latina ha presentado en los últimos años una excepcional intensidad.¹⁴

Aun cuando no existe una cifra exacta de la dimensión del problema de las desapariciones en la región,¹⁵ la Federación La-

y Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law, núm. 10, citados y explicados por Finucane, Brian, “Enforced Disappearance as a Crime under International Law: A Neglected Origin in the Laws of War”, en *Yale J. Int'l L.*, núm. 35, 2010, pp. 171, 175.

¹¹ Zalaquett, José, “The Emergence of «Disappearances» as a Normative Issue en Walling, Carrie Boothy Susan Waltz, “Human Rights: From Practice to Policy”, Ann Arbor: Univ. Mich., 2011, p. 9. <http://deepblue.lib.umich.edu/handle/2027.42/89426>

¹² Mignone, Emilio Fermín *et al.*, *Estrategia represiva de la dictadura militar: la doctrina del “paralelismo global”*, Buenos Aires, Ediciones Colihue, 2006, pp. 3-39.

¹³ Zalaquett, José, *op. cit.*

¹⁴ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4, párr. 149.

¹⁵ Para Perú y la incertidumbre de las cifras véase Ball, Patrick *et al.*, “How many peruvians have died? an estimate of the total number of victims killed or disappeared in the armed internal conflict between 1980 and 2000”,

tinoamericana de Asociaciones de Familiares de Detenidos-Desaparecidos (*FEDEFAM*) sostenía en 1983 que en América Latina había más de 90 000 desaparecidos.¹⁶ Veamos algunos datos posteriores. El Registro Único de Víctimas del Perú, tiene registrados 8 661 casos de desapariciones aunque se cree que la cifra es mucho mayor.¹⁷ En el 2010 se indicaba que en Colombia había unos 51 000 desaparecidos.¹⁸ En México, si bien no existe una cifra oficial de personas desaparecidas forzosamente en la última década, al 31 de diciembre de 2014, el total de personas desaparecidas o no localizadas del fuero común fue de 24 812. Obviamente no todas ellas son desapariciones forzadas.¹⁹

El desconocimiento del número exacto de desaparecidos dificulta conocer la dimensión real del problema, diseñar, adoptar y evaluar políticas públicas²⁰ y también genera

en Washington, DC: *Report to the Peruvian Commission for Truth and Justice (CVR)*, 2003.

- ¹⁶ “Más de 90 000 desaparecidos, en Latinoamérica en los últimos años”, *El País*, 11 feb 1983, disponible en http://elpais.com/diario/1983/02/11/internacional/413766003_850215.html
- ¹⁷ Observaciones preliminares del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la ONU al concluir su visita a Perú, 10 jun 2015, disponible en <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16062&LangID=S>
- ¹⁸ “Rompiendo el silencio en la búsqueda de los desaparecidos de Colombia”, escrito por Lisa Haugaard y Kelly Nicholls Grupo de Trabajo sobre Asuntos Latinoamericanos y la Oficina en los Estados Unidos sobre Colombia disponible en <http://lawg.org/storage/documents/Colombia/RompiendoElSilencio.pdf>
- ¹⁹ *Aristegui Noticias*, 25 mil desaparecidos en México, reconoce Segob; la mayoría, en Tamaulipas, 3 sep 2015, disponible en <http://aristeginoticias.com/0309/mexico/25-mil-desaparecidos-en-mexico-reconoce-segob-la-mayoria-en-tamaulipas/>
- ²⁰ Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias, observaciones preliminares del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la ONU al concluir su visita a Perú, 10 jun 2015, disponible en <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16062&LangID=S#sthash.yAL4Vsja.dpuf> y Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias. El Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas e Involuntarias concluye su visita a México, 31 mar 2011, disponible en <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=10907&LangID=S>

debates políticos.²¹ De nuevo citamos a Zalaquett: “Tenemos que examinar la fiabilidad de los datos... [C]uando las sociedades abiertas se rompen y asumen los gobiernos autoritarios, el problema de la fiabilidad de los datos solo se agrava: los gobiernos niegan todo y la oposición a estos regímenes puede inflar las cifras de victimización”.²² Sea como sea, hay dos elementos claros. Una sola desaparición forzada es demasiado. Y en América Latina miles de personas desaparecieron fundamentalmente como parte de una práctica sistemática de violaciones a los derechos humanos,²³ como muy tempranamente lo describiera la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).²⁴

Entre quienes desaparecieron forzosamente se encuentran campesinos, dirigentes sociales, estudiantes, catedráticos, dirigentes políticos, miembros de comunidades religiosas y sacerdotes e, inclusive, militares o paramilitares que cayeron bajo sos-

²¹ Para un debate actual acerca del número de desaparecidos en Argentina, puede verse la reacción generada cuando el secretario de Cultura de la ciudad de Buenos Aires cuestionó la cifra de 30 000 desaparecidos. Véase de Vedia, Mariano, Loperfido habló de los desaparecidos y avivó una fuerte polémica, *La Nación*, 27 ene 2016, disponible en <http://www.lanacion.com.ar/1865657-loperfido-hablo-de-los-desaparecidos-y-avivo-una-fuerte-polemica> Un discurso que atrasa treinta años, p. 12, 27 ene 2016, <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-291218-2016-01-27.html> y Jorge Lanata, el número de desaparecidos: la verdad no aumenta la grieta, *Clarín*, 29 ene 2016, disponible en http://www.clarin.com/politica/Desaparecidos-Derechos_Humanos-Estela_de_Carlotto-Dario_Loperfido_0_1513048707.html

²² Para luego criticar la cifra de 30 000 desaparecidos en Argentina que llamaba “chantaje moral” —calificativo que categóricamente no compartimos— de los grupos de derechos humanos. Zalaquett, José, “The Emergence of «Disappearances»”, *cit.*, p. 78. Para una somera explicación de la cifra de 30 000 desaparecidos en Argentina, véase Mignone, Emilio Fermín, *Derechos humanos y sociedad: el caso argentino*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, 1991, pp. 70-71.

²³ Cardenas, Sonia, *Human Rights in Latin America: A Politics of Terror and Hope*, University of Pennsylvania Press, 2011. Véase Zalaquett, José, “The Emergence of «Disappearances»...”, *cit.*, p. 9 para la explicación de la lógica de las dictaduras para utilizar las desapariciones forzadas.

²⁴ Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1977, sección II.

pecha de colaborar con el enemigo.²⁵ En muchos países, miembros de grupos guerrilleros o de grupos armados de la oposición fueron desaparecidos.²⁶ La desaparición forzada y apropiación de niños también es otro fenómeno particularmente grave que se desarrolló en América Latina.²⁷ Aun cuando la mayoría de las personas desaparecidas son hombres, no puede desconocerse el alto número de mujeres desaparecidas, los especiales sufrimientos que las mujeres desaparecidas sufren, las violaciones particulares de las que son víctimas y que lamentablemente muchas veces quedan invisibilizadas.²⁸

La experiencia latinoamericana nos muestra que la desaparición forzada de personas es una técnica de terror.²⁹ Las víctimas no desaparecen voluntariamente o por accidente. Son víctimas de un delito y un crimen internacional. En América Latina las desapariciones forzadas “se realizaron de acuerdo a un método

²⁵ Como fuese descrito para Guatemala, Informe de la Comisión para el esclarecimiento Histórico, Memoria del Silencio, Conclusiones y Recomendaciones, párr. 89. (Memorias del Silencio)

²⁶ Para mantenerse en Guatemala basta mencionar, Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C, núm. 70.

²⁷ Como lo documentaron las Comisiones de la Verdad de Argentina, Guatemala y El Salvador Informe CONADEP Nunca Más (1984), cap. II.A; Memoria del Silencio, cap. II, vol. 2, párrs. 451 y ss., y Comisión de la Verdad, *De la locura a la esperanza: La guerra de 12 años en El Salvador*, San Salvador, Editorial Arcoíris, 1993, p. 118. Véase Casado, María y López Ortega, Juan José (coords.), *Desapariciones forzadas de niños en Europa y Latinoamérica*, Barcelona, Universitat de Barcelona, 2014.

²⁸ Comité contra la Desaparición Forzada, Observaciones finales sobre el informe presentado por el Paraguay en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención, CED/C/PRY(CO/1, párr. 34; Observación general sobre las mujeres afectadas por las desapariciones forzadas, aprobada por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su 98º periodo de sesiones, 31 de octubre a 9 de noviembre de 2012, disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G13/112/60/PDF/G1311260.pdf?OpenElement> y Centro Internacional para la Justicia Transicional, *Las desaparecidas y las invisibles repercusiones de la desaparición forzada en las mujeres*, 2015, p. 12.

²⁹ Comisión Internacional de Juristas, *Desaparición forzada y ejecución extrajudicial: investigación y sanción, Guía para profesionales*, núm. 9, Ginebra, 2015, p. 51.

cuidadosamente organizado con el que se buscaba exterminar oponentes considerados peligrosos y, además, evitar responder por tales hechos”.³⁰ A menudo la práctica se desarrolló como un esfuerzo coordinado entre varios Estados, siendo el ejemplo arquetípico la Operación Cóndor.³¹

Hoy, todavía continúan produciéndose desapariciones en altos números en un par de países³² y de manera aislada en otros.³³ En algunos países de la región, las desapariciones ocurren en otros contextos que requieren un replanteamiento de sus contornos. Solo tenemos que pensar en las desapariciones llevadas a cabo por los grupos de delincuencia organizada y los cárteles de la droga en México, en muchos casos con la colaboración de los

³⁰ Zalaquett, José, “The Emergence of «Disappearances»...”, *cit.*, p. 3.

³¹ La operación Cóndor fue un plan diseñado en Chile que consistió en la coordinación de las fuerzas de seguridad e inteligencia fundamentalmente de Chile, Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay, con el objetivo común de reprimir, asesinar y hacer desaparecer a las personas designadas como “elementos subversivos” más allá de las fronteras de los propios Estados. Dicha Operación sistematizó e hizo más efectiva la coordinación clandestina entre “fuerzas de seguridad y militares y servicios de inteligencia” de la región, que había sido apoyada por la CIA. Corte IDH; *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 153, párr. 61.5 y 6.

³² Véase por ejemplo, Human Rights Watch, “La crisis en Buenaventura: Desapariciones, desmembramientos y desplazamiento en el principal puerto de Colombia en el Pacífico”, 2014, o Amnistía Internacional, “*Un trato de indolencia*”, *La respuesta del Estado frente a la desaparición de personas en México*, 2016.

³³ Véase por ejemplo en Chile, Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2009, pp. 130 y ss., y 325 y ss., refiriéndose al primer desaparecido en democracia, con relación al joven mapuche Jose Huenante desaparecido en 2009; o en Perú, la desaparición de Bruno Carlos Schell en 2013, disponible en <http://docplayer.es/6643944-Presentacion-al-grupo-de-trabajo-sobre-desapariciones-forzadas-o-involuntarias.html> o en Argentina, véase Comité contra la Desaparición Forzada, Observaciones finales sobre el informe presentado por la Argentina en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención, CED/C/ARG/1, párr. 14, indicando preocupación por la existencia en la actualidad de nuevos casos de desaparición forzada de los cuales son víctimas, particularmente, personas jóvenes en situación de extrema pobreza y marginación social.

funcionarios del Estado.³⁴ Entre otras temáticas, se nos plantea el tema de la necesidad o no de la participación estatal para calificar a una desaparición como desaparición forzada.³⁵ El artículo 3 de la Convención Internacional y el artículo 7 del Estatuto de Roma que se refieren a actores no estatales, son los primeros tímidos esfuerzos para responder a estos nuevos desafíos.³⁶

Por desgracia, las desapariciones forzadas se siguen utilizando y el fenómeno se ha globalizado.³⁷ Pero el uso sistemático de dicha desaparición practicada por las dictaduras militares de los

³⁴ Comité contra la Desaparición Forzada Observaciones finales sobre el informe presentado por México en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención, CED/C/MEX/CO/1, párr. 10, refiriéndose a un contexto de desapariciones generalizadas en gran parte del territorio del Estado parte, muchas de las cuales podrían calificarse como desapariciones forzadas, y Robledo Silvestre, Carolina, “El laberinto de las sombras: desaparecer en el marco de la guerra contra las drogas”, en *Estud. polit.*, Medellín [online], 2015, núm. 47, pp. 89-108, consulta 5 ene 2016, disponible en <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-51672015000200006&lng=en&nrm=iso>. ISSN 0121-5167. <http://dx.doi.org/10.17533/udea.espo.n47a06>

³⁵ En el contexto del derecho penal internacional véase, Irena Giorgou State Involvement in the Perpetration of Enforced Disappearance and the Rome Statute, en *J. Int Criminal Justice*, vol. 11, 2013, pp. 1001-1021. Para las obligaciones del Estado en caso de desapariciones perpetradas por particulares sin participación estatal en el ámbito de la Convención Internacional véase por ejemplo Scovazzi, Tullio y Citroni, Gabriella, *op. cit.*, pp. 272-282.

³⁶ Zalaquett, José, *op. cit.* p. 50 y Huhle, Rainer, “Non-state actors of enforced disappearance and the UN Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance”, en *HumanitäresVölkerrecht: Informationsschriften/Journal of International Law of Peace and Armed Conflict*, vol. 26, núm. 1, 2013, pp. 21-26.

³⁷ Por ejemplo, para Europa véase Council of Europe, Parliamentary Assembly, Enforced Disappearance, Report to the Committee on Legal Affairs and Human Rights, Rapporteur Christos Pourgourides, Doc 10679, 19 sep 2005, y Council of Europe, Commissioner for Human Rights, *Missing Persons and Victims of Enforced Disappearance in Europe*; para Asia, Asian Federation Against Involuntary Disappearances, *Beyond Tears and Borders: Tracking Enforced Disappearances: A Compilation of Country Situation Reports in Nine Countries in Asia*, 2014, y para Africa: Sarkin, Jeremy, “The Role of the International Criminal Court (ICC) in Reducing Massive Human Rights Violations Such as Enforced Disappearances in Africa: Towards Developing Transitional Justice Strategies”. *Studies in Ethnicity and Nationalism* 11.1, 2011, pp. 130-142.

años sesenta y setenta del siglo xx en América Latina ha quedado impreso en la memoria colectiva de todo el mundo.³⁸ Sin embargo, hay algunos indicios alentadores en nuestra región. Por ejemplo, las desapariciones forzadas fueron utilizadas en el contexto de la guerra contra el terrorismo después del 11 de septiembre de 2001 a través del programa de la CIA *Extraordinary rendition* o “entregas extraordinarias”.³⁹ Pero, de acuerdo con la información disponible al momento, América Latina ha sido la única región del mundo en la que ningún país ha cooperado o asistido a la CIA en desaparecer personas a través de las entregas extraordinarias.⁴⁰ Ello a pesar de que se ha considerado que la Operación Cóndor fue una forma primitiva de los métodos utilizados y promovidos por Estados Unidos luego del 11 de septiembre de 2001.⁴¹

2. LA RESPUESTA INTERNACIONAL A LAS DESAPARICIONES FORZADAS EN AMÉRICA LATINA

Frente a este fenómeno generalizado de desapariciones forzadas en América Latina, las primeras reacciones internacionales datan de mediados de los años setenta, como resultado en gran parte del trabajo de los exiliados latinoamericanos en Europa y en Norteamérica, entre los que se contaba a Pepe Zalaquett.⁴²

³⁸ Elsemann, Nina, “Nuevos espacios del saber en la justicia transicional: Argentina y la lucha global contra la desaparición forzada”, en *Iberoamericana*, núm. 48, 2012, p. 103.

³⁹ Véase por ejemplo, “The United States «Disappeared»: The CIA’s Long-Term ‘Ghost Detainees’”, Human Rights Watch Briefing Paper, octubre 2004, comprando las rendiciones extraordinarias con la práctica de desapariciones y la desarrollada en América Latina en los setentas y ochentas, y Galella, Patricio y Espósito, Carlos, “Las entregas extraordinarias en la lucha contra el terrorismo. ¿Desapariciones forzadas?”, en *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 2012, p. 7.

⁴⁰ Estudio conjunto.

⁴¹ Pervou, Ioanna, “The Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance: Moving Human Rights Protection Ahead”, en *European Journal of Legal Studies*, vol. 5, núm. 1, 2012, pp. 145-171.

⁴² Tyler, Wilder, “Antecedentes del proceso de elaboración del proyecto de Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas”, en *ICJ Rev.*, núm. 62, 2001, p. 65.

2.1. Las primeras respuestas de la OEA y la ONU

La CIDH comenzó a denunciar las desapariciones desde 1974, en sus informes a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), tanto en general como en relación a casos ocurridos en Chile. Y en 1983 la Asamblea General de la OEA declararí­a por primera vez que la práctica de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad.⁴³ En las Naciones Unidas (ONU) las primeras reacciones surgen en 1978 con una declaración de la Asamblea General, propuesta por Colombia, que insta a los gobiernos a dedicar recursos para la búsqueda de los desaparecidos.⁴⁴ En 1979 la Asamblea General encomendó a la Comisión de Derechos Humanos que estudie el tema y formule las recomendaciones pertinentes.⁴⁵ También en 1979 la entonces Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías sugirió que se establezca un grupo de expertos para recabar información sobre casos de “desapariciones” y mantener contactos con los familiares y gobiernos.⁴⁶ Más importante aún, la Subcomisión también propuso el diseño de algún tipo de recurso internacional fundado en la idea del *habeas corpus*.⁴⁷ Estos esfuerzos estuvieron precedidos por un Grupo de Trabajo sobre Chile que realizó una misión de investigación sin precedentes a ese país en 1978, centrándose especialmente en los casos de desapariciones forzadas. En 1979,

⁴³ OEA, Asamblea General, AG/RES. 666 (XIII-0/83) del 18 de noviembre de 1983.

⁴⁴ ONU, Asamblea General, resolución 33/173 de 20 de diciembre de 1978. Existían algunas referencias de la Asamblea General ya desde 1975, resolución 3450 (XXX), sobre Chipre y resolución 3448 (XXX) ambas de 9 de diciembre de 1975 sobre Chile. Sin embargo, en la versión en inglés, se habla de “persons unaccounted for”. El término *disappeared* aparece por primera vez en la resolución 32/118 del 16 de diciembre de 1977.

⁴⁵ Pelayo Moller, Carlos María, “El proceso de creación e incorporación de los estándares internacionales en materia de desaparición forzada de personas en México y su revisión por parte de Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Rosendo Radilla*”, Anuario mexicano de derecho internacional 12 (2012): 959-1021.

⁴⁶ ONU, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, resolución 5 B (XXXII) de 5 de septiembre de 1979.

⁴⁷ Tyler, Wilder, *op. cit.*

después de que el Grupo de Trabajo sobre Chile fue disuelto, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU nombró a dos expertos para estudiar la cuestión de la suerte de personas desaparecidas en Chile.⁴⁸

El proceso continúa con la creación en 1980 del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias (Grupo de Trabajo), primer mecanismo especializado en materia de derechos humanos dentro de la ONU.⁴⁹ Fue creado en gran parte como respuesta a las desapariciones en Argentina y Chile, gracias a la labor de las víctimas, fundamentalmente latinoamericanas, y a pesar de una intensa y feroz resistencia de la dictadura argentina.⁵⁰ De hecho, se ha indicado que la creación del Grupo de Trabajo durante la sesión de la entonces Comisión de Derechos Humanos de la ONU, se debió a la presencia de las Madres de Plaza de Mayo en el recinto.⁵¹ Y por eso no sorprende que su primer visita, en 1982, haya sido a un país latinoamericano, México.⁵² La creación del Grupo de Trabajo fue perfectamente oportuna para apoyar y alentar a los familiares en América Latina, al pedir información sobre sus seres queridos a los gobiernos respectivos,

⁴⁸ Brody, Reed y González, Felipe, *Nunca Más: An Analysis of International Instruments on Disappearances*, en *Human Rights Quarterly*, vol. 19, núm. 2, 1997, pp. 365-405.

⁴⁹ Andreu-Guzmán, Federico, “Le Groupe de travail sur les disparitions forcées des Nations Unies”, en *International Review of the Red Cross*, vol. 84, núm. 848, pp. 803-822.

⁵⁰ Guest, Iain, *Behind the disappearances: Argentina's dirty war against human rights and the United Nations*, University of Pennsylvania Press, 1990. Véase también Comisión de Derechos Humanos 62^o periodo de sesiones, tema 11, b, del Programa Provisional los Derechos Civiles y Políticos, en Particular las Cuestiones Relacionadas con las Desapariciones y las Ejecuciones Sumarias, informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias E/CN.4/2006/56, 27 de diciembre de 2005, párr. 4.

⁵¹ Weissbrodt, David y Bartolomei, María Luisa, “The Effectiveness of International Human Rights Pressures: The Case of Argentina, 1976-1983”, *Minn. L. Rev.*, vol. 75, núm. 3, 1991, p. 1009.

⁵² Human Rights Commission, “Question of the Human Rights of all Persons Subjected to any form of Detention or Imprisonment, in Particulars Question of Missing and Disappeared Persons”, en Report of the Working on Enforced or Involuntary Disappearances, Addendum E/CN.4/1492/Add.1, 22 de febrero de 1982, párrs. 2-9

al dar cuenta de sus sufrimientos, al recibirlos y escucharlos, al hacerse eco de sus peticiones a través de las recomendaciones que formulaba.⁵³

Este proceso de la ONU venía acompañado por los trabajos que continuaba realizando la CIDH, cuyo punto más importante sería su histórica visita a Argentina en 1979. Esta visita y su posterior informe⁵⁴ constituyen un hito en la historia del movimiento de derechos humanos al desenmascarar el plan sistemático de uso de las desapariciones forzadas, sensibilizar a la comunidad internacional acerca de la práctica, conceptualizarla y documentarla, así como para legitimar y proteger a familiares y sus organizaciones. Sin duda, la visita de la Comisión a Argentina fue quizás la más exitosa en términos de resultados. Como Robert Goldman ha descrito al llegar a Buenos Aires en plena dictadura, la CIDH recibió los testimonios de miles de personas, entre ellos los familiares de los desaparecidos y las víctimas de los abusos del régimen.⁵⁵ El informe de 1980 de la Comisión fue el primero en exponer el carácter sistemático de las violaciones de los derechos humanos perpetradas por la dictadura, incluida la práctica de las desapariciones forzadas. La visita y la publicación del informe han sido ampliamente reconocidas en Argentina como factores fundamentales que contribuyeron a disminuir el número de desapariciones.⁵⁶ Fuera de la región el informe permitió a gobiernos europeos y organizaciones intergubernamentales fundamentar sus políticas críticas hacia Argentina.⁵⁷

⁵³ Guest, Iain, *op. cit.*

⁵⁴ CIDH, informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Argentina, OEA/Ser.L/V/II.49, doc. 19, 11 abr 1980, original: español.

⁵⁵ Goldman, Robert K., "History and Action: the Inter-American Human Rights System and the Role of the Inter-American Commission on Human Rights", en *Human Rights Quarterly*, núm. 31, 2009, p. 873. Véase también Farer, Tom, "The Rise of the Inter-American Human Rights Regime: No Longer a Unicorn, Not Yet an Ox", *Hum. Rts. Q.*, núm. 19, 1997, pp. 510 y 512.

⁵⁶ Goldman, Robert K., *op. cit.*, p. 873.

⁵⁷ *Idem.* Para los cambios de la respuesta del gobierno argentino ante la CIDH sobre las desapariciones forzadas véase Sancinetti, Marcelo y Ferrante, Marcelo, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, pp. 132-134.

2.2. La contribución latinoamericana a la conceptualización internacional de las desapariciones forzadas

En los años setenta y principios de los ochenta, si bien la comunidad internacional entendió que existía una práctica de desapariciones forzadas en América Latina, se carecía de un concepto aceptado universalmente que permitiese definir y distinguir a las desapariciones forzadas de otras violaciones a los derechos humanos.⁵⁸ Amnistía Internacional, con el impulso de José Zalaquett, fue pionera en promover una concepción clara de las desapariciones forzadas, a través de un seminario realizado en Wingspread en 1980 y un libro publicado en 1981.⁵⁹ Paralelamente, el Grupo de Trabajo⁶⁰ y la CIDH⁶¹ realizaron trabajos pioneros centrados en la definición del fenómeno y en establecer principios jurídicos para definir, sobre todo a fin de prevenir, investigar, sancionar y erradicar este delito.

En este proceso América Latina también ha influido en el desarrollo de la jurisprudencia internacional sobre desapariciones forzadas. El primer caso sobre desaparición forzada en 1982, del Comité de Derechos Humanos (el Comité) es sobre la desaparición de una persona y sus familiares en Uruguay.⁶² La jurisprudencia y práctica internacional sobre la desaparición y apropiación de niños se desarrolló prácticamente de manera exclusiva

⁵⁸ Zalaquett, José, *op. cit.*

⁵⁹ *Idem*, y Amnesty International USA, *Disappearances: A Workbook* (1980). Véase también, Zalaquett, José, *International Human Rights Research: Needs and Priorities*, Center for the Study of Human Rights-Columbia University, 1983, pp. 31, y 33, donde llamaba como una necesidad urgente y prioritaria al examen de “nuevas formas de violaciones a los derechos humanos como... las desapariciones”.

⁶⁰ Kleinman, Howard M., “Disappearances in Latin America: A Human Rights Perspective”, *NYUJ Int'l L. & Pol.*, núm. 19, 1986, p. 1033.

⁶¹ Los primeros casos individuales resueltos por la CIDH sobre desapariciones forzadas datan de 1975: caso 1790 —*Enrique París Roa* (Chile)— y casos 1748 —muertes o desaparición de 296 personas entre noviembre de 1971 y primeros meses de 1972 y caso 1755— detención arbitraria de varias personas de Guatemala.

⁶² *Eduardo Bleier vs. Uruguay*, Communication, núm. R.7/30, U.N. Doc. Supp., núm. 40, A/37/40, at 130, 1982.

en torno a casos latinoamericanos, como lo reflejan la CIDH,⁶³ la Corte⁶⁴ y el Comité de Derechos Humanos.⁶⁵ Tampoco llama la atención que el Comité contra las Desapariciones Forzadas haya emitido sus primeras decisiones sobre el procedimiento urgente (art. 30 de la Convención Internacional)⁶⁶ sobre un país latinoamericano y que su primer solicitud de visita en virtud del artículo 33 también haya sido a un país de la región⁶⁷ —en ambos casos México—.

Pero indudablemente, la identificación jurisprudencial de las desapariciones forzadas como una forma compleja y múltiple de violación de los derechos humanos,⁶⁸ su conceptualización y las obligaciones estatales son debidas en gran parte a la Corte. Los tres primeros casos decididos por la Corte fueron sobre desaparición forzada.⁶⁹ Desde entonces, el Tribunal ha desarrollado una muy amplia y progresiva doctrina sobre las desapariciones forzadas, con toda su complejidad.⁷⁰ Su jurisprudencia en cuan-

⁶³ Véase por ejemplo, CIDH Informe Anual 1986-1987, Estudio sobre la situación de los hijos menores de personas desaparecidas que fueron separados de sus padres y son reclamados por miembros de sus legítimas familias.

⁶⁴ Corte IDH. *Caso Molina Theissen*. Fondo. Sentencia de 4 de mayo de 2004. Serie C, núm. 106.

⁶⁵ Comité de Derechos Humanos, *Darwinia Rosa Mónaco de Gallicchio vs. Argentina*, Comunicación 400/1990, U.N. Doc. CCPR/C/53/D/400/1990, 1995.

⁶⁶ Informe del Comité contra la Desaparición Forzada, tercer periodo de sesiones, 29 de octubre a 9 de noviembre de 2012, y cuarto periodo de sesiones, 8 a 19 de abril de 2013, A/68/56, párrs. 43 y ss.

⁶⁷ Informe del Comité contra la Desaparición Forzada, quinto periodo de sesiones, 4 a 15 de noviembre de 2013, sexto periodo de sesiones, 17 a 28 de marzo de 2014; Asamblea General, Documentos Oficiales, sexagésimo noveno periodo de sesiones, Suplemento núm. 56, A/69/56, párrs. 68 y ss.

⁶⁸ Véase por ejemplo, *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989, párr. 158.

⁶⁹ Grossman, Claudio, “Disappearances in Honduras: the need for direct victim representation in human rights litigation”, en *Hastings International and Comparative Law Review*, 1992, p. 363, y Méndez, Juan E. y Vivanco, José Miguel, “Disappearances and the Inter-American Court: reflections on a litigation experience”, en *Hamline L. Rev.*, núm. 13, 1990, p. 507.

⁷⁰ Citroni, Gabriella, “«Desaparición forzada de personas»: Desarrollo del fenómeno y respuestas de la Corte Interamericana de Derechos

to a la naturaleza continua del delito de desaparición,⁷¹ el derecho a saber la verdad sobre la suerte o el paradero de la persona desaparecida,⁷² el derecho, contenido y beneficiarios de la reparación,⁷³ el derecho a la justicia,⁷⁴ la inaplicabilidad de las leyes de amnistía⁷⁵ y la prescripción,⁷⁶ la gravedad del fenómeno,⁷⁷ el concepto de víctima abarcando a la persona desaparecida y sus familiares,⁷⁸ las presunciones de violaciones,⁷⁹ los estándares probatorios,⁸⁰ la inversión de la carga probatoria⁸¹ en los casos de

Humanos”, en *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XIX, Panplona, Universidad de Navarra, 2003, pp. 373-408, y Medina, Cecilia, “Los 40 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte Interamericana”, en *Anuario de Derechos Humanos*, 2009, Santiago, Universidad de Chile-Facultad de Derecho, p. 18.

⁷¹ Véase por ejemplo, *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C, núm. 217, párr. 60.

⁷² Véase por ejemplo, *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 219, párr. 201.

⁷³ *Idem*.

⁷⁴ Véase por ejemplo, *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C, núm. 202, párr. 129.

⁷⁵ Véase por ejemplo, *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C, núm. 212, párr. 154.

⁷⁶ Véase por ejemplo, *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C, núm. 186, párr. 207.

⁷⁷ Véase por ejemplo, *Caso La Cantuta vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 162, párr. 115.

⁷⁸ Véase por ejemplo, caso *Chitay*, *supra*.

⁷⁹ Véase por ejemplo, *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C, núm. 287, párr. 232.

⁸⁰ Véase por ejemplo, *Caso Blake vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C, núm. 36, párr. 49 (caso *Blake*).

⁸¹ Véase por ejemplo, *Caso Gómez Palomino vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, núm. 136, párr. 106.

desapariciones forzadas, son esenciales contribuciones realizadas por el Sistema Interamericano para América Latina y para el mundo entero.⁸² También fue el primer tribunal internacional en sostener que la prohibición de las desapariciones forzadas constituye una norma *erga omnes*.⁸³ La Corte ha sido el órgano que más contribuciones ha realizado al desarrollo sustantivo y procedimental en materia de desapariciones forzadas,⁸⁴ respondiendo a la realidad e influencia latinoamericana.⁸⁵

Sin embargo, y como Zalaquett ha indicado, la fundamentación de la Corte para llegar a tales conclusiones, aunque generalmente correcta, es muchas veces limitada e imprecisa. El Tribunal no considera cabalmente el derecho internacional humanitario ni el derecho penal internacional ni del pensamiento ético y jurídico desarrollado en el marco de la justicia transicional.⁸⁶

⁸² Citroni, Gabriella, "The Contribution of the Inter-American Court of Human Rights and Other International Human Rights Bodies to the Struggle against Enforced Disappearance", en Haecck, Yves; Ruiz-Chiriboga, Oswaldo y Burbano Herrera, Clara (eds.), *The Inter-American Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future*, Cambridge, Intersentia, 2015, pp. 379-403.

⁸³ Para un apoyo a dicha jurisprudencia véase Cançado Trindade, Augusto Antônio, "Enforced caso *Goiburú*, *supra*, párr. 84. "Disappearances of Persons as a Violation of Jus Cogens: The Contribution of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights", en *Nordic Journal of International Law* vol. 81, núm. 4, 2012, pp. 507-536. Para una crítica del uso de la figura del *jus cogens* por la Corte véase Neuman, Gerald L., "Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights", *Eur J Int Law*, vol. 19, 2008, pp. 101-123.

⁸⁴ Scovazzi, Tullio y Citroni, Gabriella, *op. cit.*, p. 132.

⁸⁵ Claude, Ophelia, "Comparative Approach to Enforced Disappearances in the Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights Jurisprudence, A", *Intercultural Hum. Rts. L. Rev.*, núm. 5, 2010, p. 407.

⁸⁶ Zalaquett, José, "El caso *Almonacid*. La Noción de una Obligación Imperativa de Derecho Internacional de Enjuiciar Ciertos Crímenes y la Jurisprudencia Interamericana sobre Leyes de Impunidad", en *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2007. Para críticas a la Corte desde distintas perspectivas sobre estos mismos debates, Malarino, Ezequiel, "Activismo judicial, punitivización y nacionalización: Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Pastor, Daniel (ed.), *El sistema penal en las*

2.3. La contribución latinoamericana a la normativización internacional de las desapariciones forzadas

En paralelo, las organizaciones latinoamericanas y un número importante de países de América Latina han impulsado el desarrollo progresivo del derecho internacional en la lucha contra las desapariciones forzadas. La Asamblea General de la ONU adoptó en 1992, la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas⁸⁷ que resultó de la sistematización y contribución de las organizaciones latinoamericanas.⁸⁸ En 1994, la OEA adoptó la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas⁸⁹ sobre la base de un proyec-

sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos, Buenos Aires, Ad-hoc, 2009, pp. 21-61; Gargarella, Roberto, “Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso *Gelman*. (2012)”); Gargarella, Roberto, “Justicia Penal Internacional y Violaciones Masivas de Derechos Humanos”, en *De la injusticia penal a la justicia social*, Bogotá, Siglo del Hombre-Universidad de los Andes, 2008; Basch, Fernando Felipe, “*The Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights Regarding States’ Duty to Punish Human Rights Violations and Its Dangers*”, *AM. U. INT’L L. REV.*, núm. 23 2007, p. 195; Pastor, Daniel, “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, en *Nueva Doctrina Penal*, núm. 1, 2005, pp. 73-114, y Engle, Karen, “Anti-Impunity and the Turn to Criminal Law in Human Rights”, en *Cornell Law Review*, vol. 100, 21 jul 2015, p. 1069. Para algunas respuestas a estas críticas véase Parra Vera, Óscar, “*La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: Algunos avances y debates*”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*; Abramovich, Víctor, “«Transplante» y «neopunitivismo»: Debates sobre la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en la Argentina”, en Tiscornia Sofia (ed.), *Activismo de los derechos humanos y burocracias estatales: el caso Walter Bulacio*, Buenos Aires, Editores del Puerto-Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), 2008; Filippini, Leonardo, “El prestigio de los derechos humanos. Respuesta a Daniel Pastor”, en Gargarella, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, t. II: Derechos, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 1207-1235.

⁸⁷ Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 47/133 de 18 de diciembre de 1992 (Declaración).

⁸⁸ Brody, Reed y González, Felipe, *op. cit.*, pp. 365-405.

⁸⁹ Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada el 9 de junio de 1994 (Convención Interamericana).

to elaborado por la CIDH y por la presión de las organizaciones de familiares para mantener altos estándares.⁹⁰ América Latina también estuvo a la vanguardia, junto particularmente a Francia,⁹¹ en los debates que llevaron a la adopción de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas⁹² aprobada por la ONU en 2006.⁹³ Todos estos procesos son depositarios de los esfuerzos iniciados por las ONG latinoamericanas en los años ochenta proponiendo la adopción de una convención internacional contra las desapariciones.⁹⁴ Obviamente no todas estas normas internacionales coinciden en cuanto a la definición de la desaparición forzada, los derechos de las víctimas ni las responsabilidades individuales o del Estado.⁹⁵

⁹⁰ Brody, Reed y González, Felipe, *op. cit.*, pp. 365-405.

⁹¹ Frouville, Olivier de, “The Committee on Enforced Disappearances”; Alston, Philip y Megret, Frederic (eds), *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal*, 2ª ed., Oxford University Press, p. 3, disponible en http://www.frouville.org/Publications_files/FROUVILLE-CED-ALSTON.pdf sosteniendo que el proceso fue liderado por Francia y algunos importantes países del GRULAC y Frouville, Olivier de, *La Convention des Nations Unies pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées: les enjeux juridiques d'une négociation exemplaire*, *Droits Fondamentaux*, núm. 6, ene-dic, 2006, pp. 5 y ss.

⁹² Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas Resolución A/RES/61/177, de 20 de diciembre de 2006 (Convención Internacional).

⁹³ United Nations. Economic and Social Council. Commission on Human Rights. “Civil and political rights, including questions of: disappearances and summary executions”, Report submitted by Mr. Manfred Nowak, independent expert charged with examining the existing international criminal and human rights framework for the protection of persons from enforced or involuntary disappearances, pursuant to paragraph 11 of Commission resolution 2001/46, E/CN.4/2002/71, párr. 43. Véase como uno de los principales antecedentes, Los desaparecidos: propuesta para un proyecto de convención internacional contra las desapariciones forzadas, Taller Jurídico del II Congreso Latinoamericano de Familiares de Detenidos Desaparecidos, 24-28 nov 1981, FUNDALATIN, 1982, disponible en <http://www.ruinasdigitales.com/revistas/ddhh/1982%20-%20FEDAFAM%20-%20Los%20Desaparecidos.pdf>

⁹⁴ Véase un recuento de los distintos proyectos en Tyler, pp. 67-69.

⁹⁵ Véase por ejemplo Gómez Camacho, Juan José, “La desaparición forzada de personas: avances del derecho internacional”, en *Revista Mexicana de Política Exterior*, Participación de México en la codificación del derecho

También la iniciativa latinoamericana llevó a la inclusión de normas específicas sobre desaparición de niños y el derecho a la identidad en la Declaración,⁹⁶ la Convención Interamericana,⁹⁷ la Convención Internacional⁹⁸ y en la Convención de los Derechos de los Niños.⁹⁹

América Latina contribuyó a la creación de la Corte Penal Internacional¹⁰⁰ en 1998 y la inclusión de la desaparición forzada como uno de los crímenes internacionales sobre los cuales la Corte Penal Internacional tiene jurisdicción,¹⁰¹ así como al contenido específico de los elementos del crimen de desaparición forzada.¹⁰² Y no sorprende que la Corte Penal Internacional tenga

internacional, núms. 76-77, pp. 29 y 40, y Pérez Solla, María Fernanda, *Enforced disappearances in international human rights*, Carolina del Norte, McFarland, 2006 (anterior a la Convención Internacional).

⁹⁶ Declaración, artículo 20.

⁹⁷ Convención Interamericana, art. 12.

⁹⁸ Convención Internacional, art. 25.

⁹⁹ Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, 1989, art. 8.

¹⁰⁰ Pueden verse los distintos trabajos publicados en Guevara, José A. y Dal Maso, Tarciso, *La Corte Penal Internacional: una visión iberoamericana*, México, Porrúa, 2005; Bassiouni, M. Cherif, *The legislative history of the International Criminal Court: Introduction, Analysis, Integrated Text*, Transnational Publishers, 2005, vol. 1, p. 74. Véase también, González Cueva, Eduardo, “¿Por qué es aceptable el Estatuto de Roma para los Gobiernos Latinoamericanos?”, en Guevara, José y Valdés Riveroll, Mariana (comps.), *La Corte Penal Internacional (Ensayos para la ratificación e implementación de su Estatuto)*, 2002, p. 167.

¹⁰¹ Lee, Roy S. K. (ed.), *The International Criminal Court: the making of the Rome Statute: issues, negotiations and results*, Martinus Nijhoff Publishers, 1999. De hecho había rumores antes de la Conferencia de Roma, que la desaparición forzada sería eliminada del Estatuto. Human Rights Watch, Summary of the Key Provisions of the ICC Statute, 1998, disponible en <https://www.hrw.org/news/1998/12/01/summary-key-provisions-icc-statute> Suhr, Brigitte, “La desaparición forzada de personas en el Estatuto de Roma y los Elementos de los Crímenes”, en Guevara, José y Valdés Riveroll, Mariana (comps.), *La Corte Penal Internacional, Ensayos para la Ratificación e Implementación de su Estatuto*, 2002, p. 61.

¹⁰² Pace, William R. y Schense, Jennifer, “Coalition for the International Criminal Court at the Preparatory Commission”, Lee, Roy S. (ed.), *The International Criminal Court: Elements of Crime and Rules of Procedure and Evidence*, Nueva York, Transnational Publishers, 2001, p. 716.

abierta una investigación sobre Colombia en la que se incluyen casos de desapariciones forzadas.¹⁰³

3. LAS RESPUESTAS NACIONALES LATINOAMERICANAS A LAS DESAPARICIONES FORZADAS

Estas respuestas internacionales se acompañan también, por los esfuerzos desiguales sostenidos en toda la región, por desarrollar políticas para lidiar con los legados de las desapariciones forzadas. Como Zalaquett indica, las políticas adoptadas en 1983 con el retorno a la democracia en Argentina, marcaron el comienzo de una tendencia global, particularmente en América Latina, en materia de verdad, justicia y reparaciones, simplificada en el término justicia transicional.¹⁰⁴ Concordamos con Zalaquett que el balance de las políticas de justicia transicional en América Latina en el año 2008, con la excepción de Argentina y Chile, no es sumamente positiva y las medidas adoptadas han fracasado o han sido manifiestamente insuficientes.¹⁰⁵ Sin embargo, aunque con este tono pesimista es indudable que América Latina ha liderado los esfuerzos y ha sentado las bases en casi todas las principales áreas legislativas y en materia de verdad, justicia, reparación y memoria en esta área a nivel mundial.¹⁰⁶

¹⁰³ Guevara Bermúdez, José Antonio, “La Corte Penal Internacional y América Latina y el Caribe”, en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 10, 2014, pp. 29 y 30, y Courtney, Jocelyn, “Enforced Disappearances in Colombia: A Plea for Synergy Between the Courts”, en *International Criminal Law Review*, vol. 10, núm. 5, 2010, pp. 679-711.

¹⁰⁴ Zalaquett, José, “Victims Unsilenced: The Inter-American Human Rights System and Transitional Justice in Latin America”, *IJTI*, Book review, núm. 2, 2008, pp. 426-427. Véase a la Red Latinoamericana de Justicia Transicional, disponible en <http://www.rljt.com/home?lang=es>

¹⁰⁵ *Idem*. Sobre la transición y los principios que pueden guiarla, Zalaquett sucintamente lo explica en “Procesos de Transición a la Democracia y Políticas de Derechos Humanos en América Latina”, en IIDH, *Presente y Futuro de los Derechos Humanos*, 1998, resumiendo los casos de Argentina, Chile, Uruguay y El Salvador.

¹⁰⁶ Véase Sikkink, Kathryn, “From pariah state to global protagonist: Argentina and the struggle for international human rights”, en *Latin American Politics and Society*, vol. 50, núm. 1, 2008, pp. 1-29, y Sikkink, Kathryn y

3.1. La respuesta legislativa latinoamericana

La línea de legislar sobre la desaparición forzada se refleja a nivel nacional, donde América Latina también lidera este proceso.¹⁰⁷ Varias constituciones latinoamericanas se refieren expresamente a la desaparición forzada.¹⁰⁸ Un gran número de los códigos penales latinoamericanos incluyen un delito autónomo de desaparición forzada o como un crimen de lesa humanidad.¹⁰⁹ Por supuesto que ello no significa que las tipificaciones sean adecuadas a los requisitos internacionales o que sean indispensables o hayan contribuido a la sanción de responsables de desapariciones forzadas.¹¹⁰

Dada la incertidumbre jurídica en que queda la persona desaparecida y sus familiares,¹¹¹ los países latinoamericanos también

Booth Walling, Carrie, *Argentina's Contribution to Global Trends in Transitional Justice*, *Transitional Justice in the Twenty-first Century: Beyond truth versus Justice*, 2006, pp. 301-324.

¹⁰⁷ Andreu-Guzmán, Federico, *op. cit.*, pp. 803-822.

¹⁰⁸ *Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia* (arts. 15 IV y 114.1); *Constitución Política de Colombia* (art. 12); *Constitución de la República del Ecuador* (arts. 66.3.c., 80, 120.3 y 129.3); *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (arts. 29 y 73.XXI.a); *Constitución Nacional de Paraguay* (art. 5) y *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela* (art. 45 y disposición transitoria tercera). Por Ley 24.820 Argentina otorgó jerarquía constitucional a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

¹⁰⁹ “Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias”, Adición, Mejores prácticas de la legislación penal nacional en materia de desapariciones forzadas, A/HRC/16/48/Add.3. Véase Ambos, Kai *et al.*, “Desaparición forzada de personas”, en *Análisis comparado e internacional*, Bogotá, Temis, 2009.

¹¹⁰ Véase por ejemplo, “Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias”, Adición misión a México, A/HRC/19/58/Add.2, parr. 13, y Comité contra la Desaparición Forzada Observaciones finales sobre el informe presentado por Uruguay en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención, aprobadas por el Comité en su cuarto periodo de sesiones, 8 a 19 de abril de 2013, párr. 11; Comité contra la Desaparición Forzada, Observaciones finales sobre el informe presentado por el Paraguay en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención, párrs. 13 y 17, y Corte IDH. *Caso Gómez Palomino*, *supra*, párrs. 92 y ss.

¹¹¹ Comentario general sobre el derecho al reconocimiento como persona ante la ley en el contexto de las desapariciones forzadas”, párr. 2, en In-

han adoptado una figura y procedimientos específicos para los casos de desaparición forzada: la declaración de ausencia por desaparición forzada.¹¹²

3.2. La respuesta latinoamericana en materia de justicia

En materia de justicia, mientras que países como Argentina¹¹³ y Chile¹¹⁴ están a la vanguardia con cientos de personas procesadas y condenadas por desapariciones forzadas, podemos ver algunos impresionantes avances en muchos otros países. Exjefes de Estado, como Fujimori en Perú, están en la cárcel en parte por su responsabilidad de mando en las desapariciones forzadas.¹¹⁵ En Guatemala, Ríos Montt fue juzgado y condenado por genocidio —incluidos los actos de desapariciones forzadas— a pesar de que su condena fue posteriormente anulada parcialmente.¹¹⁶ En Colombia, con importantes bolsones de impunidad y a veces con

forme Anual del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas, A/HRC/19/58, 2011

¹¹² Perú, Ley No. 28.413; Argentina, Ley No. 24.321; Brasil, Ley No. 9.140/95; Chile, Ley No. 20377; Colombia, Ley No. 1531; México, artículo 21 de la Ley General de Víctimas y Uruguay Ley No. 17.894. Véase también en México, las leyes respectivas de los estados de Coahuila, Chihuahua y Querétaro. Citroni, Gabriella, “The Pitfalls of Regulating the Legal Status of Disappeared Persons Through Declaration of Death”, en *Journal of International Criminal Justice*, 2014, vol. 12, núm. 4, pp. 787-803.

¹¹³ Por ejemplo, Smulovitz, Catalina, “The Past is Never Dead: Accountability and Justice for Past Human Rights Violations in Argentina”, en Serrano, Mónica y Vesselin Popovski (eds.), *After Oppression: Transitional Justice in Latin America and Eastern Europe*, Tokio-Nueva York-París, United Nations University Press, 2012.

¹¹⁴ Collins, Cath, “Chile a más de dos décadas de justicia de transición. Política”, en *Revista de Ciencia Política*, vol. 51, núm. 2, 2013, p. 79.

¹¹⁵ Gamarra, Ronald, *Juzgar a un jefe de Estado: lecciones del proceso al expresidente Alberto Fujimori por delitos contra los derechos humanos*, Lima, Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 2010.

¹¹⁶ Open Society Justice Initiative, “Judging A Dictator: The Trial Of Guatemala’s Ríos Montt”, nov, 2013, disponible en <http://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/judging-dictator-trial-guatemalarios-montt-11072013.pdf>

graves retrocesos, se han dado algunos avances.¹¹⁷ Los mencionados juicios han creado una rica y única jurisprudencia en América Latina en materia de desapariciones forzadas.¹¹⁸

Estos avances no han sido simples. Desde el mismo momento en que América Latina se confrontó con los graves abusos del pasado, hubo enormes discusiones políticas, morales, éticas y jurídicas sobre la viabilidad de la justicia frente a las graves violaciones, sobre el balance entre la verdad y la justicia y sobre los límites e imperativos en torno a la justicia. En todos estos debates, América Latina realizó enormes contribuciones con Zalaquett al frente de los mismos.¹¹⁹ Y la Corte IDH influyó en este proceso a partir de la articulación del deber de investigar, juzgar y sancionar las desapariciones forzadas,¹²⁰ aunque a veces generando ciertas tensiones por sus decisiones.¹²¹ Pero aun así, hay un largo camino por recorrer en otros países como El Salvador, Guatemala, México, Brasil, Uruguay, Honduras y Paraguay.¹²²

¹¹⁷ Salazar, Hernando, Primer general condenado por desaparición forzada en Colombia, en *BBC Mundo*, Bogotá, viernes 29 de abril de 2011, disponible en http://www.bbc.com/mundo/noticias/2011/04/110429_colombia_condena_general_corte_suprema_fp

¹¹⁸ Véase una compilación en Fundación, Para El Debido Proceso Legal, “Digesto de Jurisprudencia Latinoamérica sobre crímenes de Derecho Internacional”, Institute for Peace, Washington, 2000.

¹¹⁹ Para las primeras sistematizaciones de estas tensiones y dilemas véase Zalaquett, José, “Confronting Human Rights Violations Committed by Former Governments: Applicable Principles and Political Constraints”, *Hamline Law Review*, núm. 13, 1990, pp. 623, 628. Pero también véanse las importantes contribuciones en esos años de Méndez, Juan E., “Accountability for Past Abuses”, *HUM. RTS. Q.*, núm. 19, pp. 255-256, 1997; Nino, Carlos S., “The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put into Context: The Case of Argentina”, *YALE L.J.*, vol. 100, pp. 2619-2625; Malamud-Goti, Jaime, “Transitional Governments in the Breach: Why Punish State Criminals?”, *HUM. RTS. Q.*, vol. 12, núm. 1, pp. 1-6, 1990.

¹²⁰ Parra Vera, *op.cit.*, y Micus, Annelen, “The Inter-American Human Rights System as a Safeguard for Justice in National Transitions: From Amnesty Laws to Accountability in Argentina, Chile and Peru”, Brill, 2015.

¹²¹ Véase nota 100, *supra*.

¹²² Véase por ejemplo, Barahona, Elena Martínez; Gutiérrez Salazar, Martha Lilibiana y Rincón Fonseca, Lilibiana, “Impunidad en El Salvador y Guatemala: «de la locura a la esperanza: ¿nunca más?»”, en *América Latina Hoy*, vol. 61,

Sea con anterioridad y sin ninguna conexión con potenciales transiciones, como condición para el inicio de procesos de transición o como reacción a las medidas de justicia adoptadas por muchos países, se desarrolló una tendencia paralela constituida por la adopción de leyes de amnistía o con similares efectos que entre otros aspectos buscaban sustraer la sanción penal para casos de desapariciones forzadas.¹²³ Así, Chile, Argentina, Uruguay, Brasil, Perú, El Salvador, Guatemala, entre otros, adoptaron leyes de amnistía.¹²⁴ Ello también forzó a una nueva estrategia de trabajo de las organizaciones y de familiares latinoamericanas para atacar la constitucionalidad de las leyes de amnistía que en la primera etapa culminaría con la ratificación judicial de su constitucionalidad.¹²⁵ Ante ello, las organizaciones nuevamente acudieron a las instancias internacionales y el Sistema Interamericano encabezaría otra vez el desarrollo jurisprudencial en esta área respondiendo en parte a la no aplicabilidad de las amnistías en casos de desapariciones forzadas, primero la CIDH en casos de Argentina, Uruguay y El Salvador en 1992¹²⁶ y varios años

-
- 2012, pp. 100-135; Errandonea, Jorge, “Justicia transicional en Uruguay”, *Revista del IIDH*, 47 (2008) y Comité contra la Desaparición Forzada, “Observaciones finales sobre el informe presentado por el Paraguay en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención”, CED/C/PRY(CO/1, párr. 17.
- ¹²³ Norris, Robert E., “Leyes de Impunidad y los Derechos Humanos en las Américas: una respuesta legal”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 15, 1992, p. 30.
- ¹²⁴ Vermeulen, Marthe Lot, *Enforced disappearance: determining state responsibility under the international convention for the protection of all persons from enforced disappearance*, vol. 51, Intersentia, 2012, p. 16.
- ¹²⁵ Véase Corte Suprema de Chile, sobre recurso de inaplicabilidad del decreto ley 2191”, 24 de agosto de 1996; Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, Causa incoada en virtud del decreto 280/84 del Poder Ejecutivo Nacional. Campus, Ramón Juan Alberto y otros, 22 de junio de 1987, fallos 310:1162; sentencia-97/21-98, Sala de lo Constitucional de, 2 de mayo de 1988. “D., J.; M., N.; M., F.; M., O.; B., J. Denuncia. Inconstitucionalidad Ley 15.848. Arts. 1, 2, 3 y 4”. (F. N° 112/ 87) y Decisión del 14 de julio de 1995 de la Undécima Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima, Perú. La muestra más reciente de esta tendencia es la decisión del Supremo Tribunal Federal de Brasil del 28 de abril de 2010, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, núm. 153.
- ¹²⁶ CIDH, Informe 26/92. *Caso 10.287. Masacre Las Hojas*. El Salvador, 24 de septiembre de 1992; Informe 28/92. Casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262,

después, la Corte con el caso *Barrios Altos*.¹²⁷ Las organizaciones buscaron que los tribunales nacionales siguieran la jurisprudencia interamericana y en muchos casos fueron exitosas. Cuando no lo lograron, nuevamente buscaron al Sistema Interamericano.¹²⁸

Los tribunales nacionales fueron escenarios de los esfuerzos por mantener abiertos los procesos judiciales a pesar de las leyes de amnistía.¹²⁹ Así, Latinoamérica, esta vez a través de sus jueces,¹³⁰ desarrollaría teorías jurisprudenciales muy importantes tales como la naturaleza continuada del delito de desaparición forzada,¹³¹ que entre otros efectos impediría el inicio del cómputo de la prescripción o limitaría el efecto de las leyes de amnistía en casos de desapariciones.¹³² Junto a ello, los esfuerzos

10.309 y 10.311. Argentina. 2 de octubre de 1992; Informe 29/92. Casos 10.029, 10.036, 10.145, 10.305, 10.372, 10.373 y 10.375, Uruguay, 2 de octubre de 1992.

¹²⁷ Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, núm. 75, párrs. 41 y ss. Véase por ejemplo, Guariglia, Fabricio, “Los límites de la impunidad: la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Barrios Altos*”, Nueva Doctrina Penal, 2001, pp. 209-230.

¹²⁸ Laplante, Lisa J., “Outlawing amnesty: the return of criminal justice in transitional justice schemes”, en *Virginia Journal of International Law*, vol. 49, 2009, pp. 8-26.

¹²⁹ Collins, Cath, *Post-transitional Justice: Human Rights Trials in Chile and El Salvador*, Penn State University Press, 2010.

¹³⁰ Véase por ejemplo, Guzmán Tapia, Juan, *En el borde del mundo: memorias del juez que procesó a Pinochet*, Editorial Anagrama, vol. 70, 2005.

¹³¹ Para la práctica internacional al respecto véase, “Comentario general sobre la desaparición forzada como delito continuado” en Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, A/HRC/16/48, de 26 de enero de 2011; Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C, núm. 274, párr. 31; CIDH, Informe No. 34/06, de 14 de marzo de 2006, petición núm. 875-03, *Caso Rita Irene Wald Jaramillo y otros c. Panamá y Comité de Derechos Humanos*, decisión de 2 de noviembre de 2005, Comunicación núm. 1078/2002, *Caso Norma Yurich c. Chile*, párr. 6.4.

¹³² Véase Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia de 9 de diciembre de 2004, exp. núm. 2798-04-HC/TC, *Caso Gabriel Orlando Vera Navarrete*; Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Sentencia de 24 de agos-

de los latinoamericanos para romper los patrones de impunidad se expresaron a través de la búsqueda de justicia en tribunales extranjeros a través de distintos mecanismos, desde la utilización del *Alien Torts Claim Act* en Estados Unidos¹³³ hasta el más conocido caso *Pinochet* y su detención en Londres, como la condena al exmilitar argentino Scilingo¹³⁴ con el impulso, en algunos casos, de abogados latinoamericanos,¹³⁵ pasando por casos en Italia, Suecia, Francia, Suiza, Bélgica y Alemania.¹³⁶ Indudablemente, estos esfuerzos generaron o consolidaron lo que algunos denominaron el efecto cascada¹³⁷ o efecto Pinochet,¹³⁸ es decir, la apertura, reapertura o impulso de juicios de derechos humanos, incluidos por desapariciones forzadas en otros países.¹³⁹ Pero

to de 2004, causa A.533.XXXVIII, *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro y otros s/ homicidio calificado y asociación ilícita*, Causa núm. 259; Tribunal Constitucional de Bolivia, Sentencia de 12 de noviembre del 2001, *Caso José Carlos Trujillo*; Corte Suprema de Chile, Pleno, Sentencia de 8 de agosto del 2000, *Caso de desafuero de Pinochet*; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-580/02, de 3 de julio de 2002; Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Tesis: P./J. 87/2004; Suprema Corte de Justicia de Uruguay, Sentencia de 17 de abril del 2002, *Caso Gavasso* y Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sentencia de 10 de agosto de 2007, exp. núm. 06-1656, *Caso Recurso de revisión-Marco Antonio*.

¹³³ Iniciado con casos sobre *Paraguay, Filartiga vs. Pena-Irala*, 630 F.2d 876, United States Court of Appeals for the Second Circuit January 10, 1984, y *Argentina Forti vs. Suárez-Mason*, 672 F. Supp 1531, US Circuit Court for the Northern District of California 1987.

¹³⁴ Marraco, Manuel, "La Audiencia Nacional condena a Scilingo a 640 años de cárcel por delitos de lesa humanidad", en *El Mundo*, 20 abr 2005.

¹³⁵ Por ejemplo Carlos Slepoy, abogado argentino residente en Madrid, y otros latinoamericanos o con muchas conexiones con latinoamerica como Manuel Olle, Joan Garcés, Ana Maria Chávez de Seropaj o Gregorio Dionis. Véase Elsemann, *op. cit.*, y Roht'Arriaza, pp. 8 y ss., y 208 y ss.

¹³⁶ Véase Redress, *Universal Jurisdiction in Europe*, 1999 y roht'Arriaza, pp. 118 y ss.

¹³⁷ Lutz, Ellen y Sikkink, Kathryn, "The Justice Cascade: The Evolution and Impact of Foreign Human Rights Trials in Latin America", *Chicago Journal of International Law*, vol. 2, núm. 1, 2001, artículo 3.

¹³⁸ Roht-Arriaza, Naomi, *The Pinochet effect: transnational justice in the age of human rights*, University of Pennsylvania Press, 2005.

¹³⁹ También se ha alegado que en Chile los abogados de derechos humanos fueron escépticos o de bajo perfil. Véase Brett, Sebastián, "El Efecto Pino-

también multiplicaron dudas sobre el balance apropiado entre los esfuerzos nacionales y las presiones internacionales en marcos de transición o postransición.¹⁴⁰ No puede perderse de vista que el llamado efecto Pinochet¹⁴¹ tiende a oscurecer otros procesos que ya existían en América Latina.¹⁴² Es posible que los procesos nacionales se hayan ampliado o agilizado gracias a la detención de Pinochet en Londres, pero fueron iniciados con anterioridad.¹⁴³

También debe destacarse la reacción positiva de algunos jueces latinoamericanos a los esfuerzos por obtener justicia en casos en terceros países.¹⁴⁴ De particular importancia son las decisiones de la Corte Suprema mexicana autorizando la extradición de un exmilitar argentino a España por desapariciones forzadas en Argentina¹⁴⁵ y la de la Corte Suprema chilena autorizando la ex-

chet. A 10 años de Londres 1998”, Informe seminario internacional, Santiago, Universidad Diego Portales, 2009. Pero en el caso del genocidio de Guatemala, la participación de actores guatemaltecos fue mucho más activa y central desde el comienzo. Véase Benítez Jiménez, Maira Ixchel, “Frente al genocidio: justicia transicional y movilización en Guatemala”, *URVIO-Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, núm. 16, 2015.

¹⁴⁰ Zalaquett expresó su opinión en múltiples lugares, entre ellos en “The Pinochet Case: International and Domestic Repercussions”, en Henkin, A., *The Legacy of Abuse, Confronting the Past, Facing the Future*, Nueva York, The Aspen Institute-New York University School of Law, 2002.

¹⁴¹ Brett.

¹⁴² Pion-Berlin, David, “The Pinochet Case and Human Rights Progress in Chile: Was Europe a Catalyst, Cause or Inconsequential?”, en *Journal of Latin American Studies*, vol. 36, 2004, pp. 479-505.

¹⁴³ Zalaquett, José, “La Mesa de Diálogo sobre Derechos Humanos y el proceso de transición política”, en *Estudios Públicos*, núm. 79, Chile, 2000, p. 7.

¹⁴⁴ Pero ver la decisión de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala rechazando la solicitud de detención y extradición de militares guatemaltecos acusados de genocidio ante tribunales españoles, Sentencia del 12 de diciembre de 2007, Corte de Constitucionalidad (Guatemala), exp. 3380-2007.

¹⁴⁵ Rosales Herrera, Eduardo Alfonso, *El juicio del siglo. Augusto Pinochet frente al derecho y la política internacional*, México, Plaza y Valdés, 2007, y Donde Matute, Javier, “International criminal law before the Supreme Court of Mexico”, en *International Criminal Law Review*, vol. 10, núm. 4, 2010, pp. 572-575.

tradición del expresidente Fujimori a Perú.¹⁴⁶ Un efecto no previsto inicialmente, es que ahora algunos jueces latinoamericanos están ejerciendo la jurisdicción universal por graves violaciones a los derechos humanos, incluidas las desapariciones forzadas en España.¹⁴⁷

Todos los esfuerzos por la justicia a nivel nacional, trasnacional e internacional transformaron la visión que muchos latinoamericanos tenían de los jueces.¹⁴⁸ Mientras en las dictaduras los jueces eran quienes rechazaban sistemáticamente los *habeas corpus* a favor de los desaparecidos, ahora, como diría Zalaquett, “esperamos todo de jueces y magistrados, que una vez fueron considerados malos. [S]e han convertido en superhéroes”.¹⁴⁹ Otro efecto que produjo este giro a la justicia y el nuevo rol de los jueces es que muchas de las decisiones políticas que habían sido adoptadas por el consenso de los poderes ejecutivos y legislativos con los partidos políticos y muchas veces desoyendo la demanda de las víctimas de desapariciones forzadas, ahora pasaron a ser desarticuladas judicialmente con un rol protagónico de los jueces, abogados y víctimas.¹⁵⁰ Todo ello genera nuevas dudas y tensiones.¹⁵¹

¹⁴⁶ Salmón, Elizabeth, *La condena de Alberto Fujimori y el derecho internacional de los derechos humanos. Un capítulo fundamental de la lucha contra la impunidad en Perú*, Universidad Externado de Colombia, 2014.

¹⁴⁷ Chinchón, Javier, *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España: una visión de conjunto desde el derecho internacional*, núm. 67, Universidad de Deusto, 2012. p. 91. Véase *Publico.Es*, Presentada en Argentina una querrela contra el franquismo, 14 abr 2010, disponible en <http://www.publico.es/internacional/presentada-argentina-querrela-franquismo.html> y *El País Internacional*, Una familia se ampara en la justicia mexicana para buscar a un represaliado del franquismo, 27 ene 2016, disponible en http://internacional.elpais.com/internacional/2016/01/28/mexico/1453994312_149860.html

¹⁴⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Los aportes y desarrollos del poder judicial en la lucha contra la impunidad Verdad y Justicia: Homenaje a Emilio F. Mignone*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2001, pp. 47 y ss.

¹⁴⁹ Zalaquett, José, “The Emergence of «Disappearances»...”, *cit.*, p. 79.

¹⁵⁰ Collins, Cath, *Post-transitional Justice: Human Rights Trials...*, *cit.*

¹⁵¹ *Idem*. Véase también, Couso, Javier; Huneus, Alexandra y Sieder Rachel, *Cultures of legality: Judicialization and political activism in Latin America*, Cambridge University Press, 2010.

3.3. La respuesta latinoamericana en materia de verdad

La experiencia de América Latina ha contribuido a entender a los familiares como víctimas de las desapariciones forzadas¹⁵² y como depositarias de un derecho a la verdad.¹⁵³ Sin perjuicio de incurrir en generalizaciones e invisibilizar distintas reacciones ante la desaparición forzada, la familia de cada una de las personas que desaparecieron ha buscado, busca y continuará con la búsqueda de su ser querido hasta que se conozca su paradero o suerte final.¹⁵⁴ “Los familiares de los desaparecidos han sufrido durante años la cruel incertidumbre sobre el destino de sus seres queridos, experimentando un duelo permanente así como alimentando esperanzas cuando ya nada cabe esperar. Ellos necesitan desesperadamente conocer la verdad”.¹⁵⁵

En América Latina se articuló el concepto del derecho a la verdad, proceso en el que Zalaquett fue una de las voces líderes articulando las razones jurídicas, éticas, morales y políticas para buscar la verdad¹⁵⁶ y donde la Corte y la CIDH contribuirían a darle un contenido jurídico particular.¹⁵⁷

Para responder a los derechos y necesidades de los familiares y de la sociedad en su conjunto, América Latina recurrió particu-

¹⁵² Rojas, Paz, *La interminable ausencia: Estudio médico, psicológico y político de la desaparición forzada de personas*, Lom Ediciones, 2009, o Castaño Suárez, Gloria Nelcy, *La Elaboración del duelo en familiares de desaparecidos por la violencia política en la comuna trece de la ciudad de Medellín-Colombia*, Diss, 2009.

¹⁵³ La Corte lo establecería por ejemplo en el *Caso Blake*.

¹⁵⁴ Véase por ejemplo, Bucheli, Gabriel *et al.*, *Vivos los llevaron: historia de la lucha de Madres y Familiares de Uruguayos Detenidos Desaparecidos (1976-2005)*, Ediciones Trilce, 2005.

¹⁵⁵ Zalaquett, José, “The Emergence of «Disappearances»...”, *cit.*, pp. 3 y 10.

¹⁵⁶ La gran mayoría de sus escritos son relevantes. Solo por mencionar uno que no hemos citado aún, Zalaquett, José. “La reconstrucción de la unidad nacional y el legado de violaciones de los derechos humanos”, en *Revista Perspectivas*, Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas, Universidad de Chile, núm. 2, 1999, pp. 391 y ss.

¹⁵⁷ CIDH, Informe Derecho a la verdad en las Américas, OEA/Ser.L/V/II.152 Doc.2, 2014.

larmente a las comisiones de la verdad¹⁵⁸ —cuyos ejemplos de Argentina, Chile, El Salvador, Guatemala y Perú son los más serios experimentos según Zalaquett—. ¹⁵⁹ También se crearon equipos de antropología forense como los de Argentina, Perú o Guatemala¹⁶⁰ o servicios especializados de medicina forense como en Chile, o el establecimiento de comisiones nacionales para la búsqueda¹⁶¹ y/o de identidad¹⁶² con el objetivo de realizar la búsqueda e identificación de personas desaparecidas, para mencionar unos pocos. Estos esfuerzos, particularmente los de las comisiones de la verdad han sido esenciales por lo menos para evitar teorías negacionistas o revisionistas o para desestimar tales teorías.¹⁶³

3.4. La respuesta latinoamericana en materia de reparaciones y memoria

América Latina aportó también enormes contribuciones en materia de reparaciones para las víctimas de desapariciones forza-

¹⁵⁸ Hayner, Priscilla B., *Unspeakable truths: Facing the challenge of truth commissions*, vol. 21, Nueva York, Routledge, 2002.

¹⁵⁹ Book Review, *op. cit.* Este artículo de Zalaquett fue escrito con anterioridad a otras Comisiones de la Verdad como las que funcionaron en Paraguay o Brasil.

¹⁶⁰ Vease Groen, W. J. Mike; Márquez-Grant, Nicholas, y Janaway, Rob, *Forensic Archaeology: A Global Perspective*, John Wiley & Sons, 2015, y Dutrénit Bielous, Silvia, *Los equipos de Antropología Forense en América Latina: Coadyuvantes en el Camino de la Verdad y la Justicia*, 1 Publicación de la Red Universitaria sobre Derechos Humanos y Democratización para América Latina, año 2, núm. 3, abril de Buenos Aires, Argentina, 2012, disponible en <http://www.unsam.edu.ar/ciep/wp-content/uploads/pdf/02-%20S%C3%ADlvia%20Dutr%C3%A9nit%20Bielous-%20Los%20equipos%20de%20antropolog%C3%ADa%20forense%20en%20Am%C3%A9rica%20Latina,%20coadyuvantes%20en%20el%20camino%20de%20la%20verdad%20y%20la%20justicia.pdf>

¹⁶¹ Véase por ejemplo, Colombia, Comisión de Búsqueda de Personas Desaparecidas creada por la Ley 589 de 2000 o la Comisión Nacional de Búsqueda de Niñas y Niños desaparecidos durante el Conflicto Armado Interno en El Salvador.

¹⁶² Argentina, Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad.

¹⁶³ La Necesidad de la Reconstrucción Moral tras Violaciones de Derechos Humanos Cometidas en el Pasado: Una Entrevista con José Zalaquett, Naomi Roht-Arriaza, disponible en <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/18/58.pdf>

das. Por un lado, la Corte ha avanzado con una impresionante e innovativa jurisprudencia sobre reparaciones.¹⁶⁴ Sin embargo, no siempre las reparaciones ordenadas por la Corte produjeron los resultados esperados y no han estado exentas de problemas de implementación.¹⁶⁵ Varios países latinoamericanos, en mayor o menor medida también han otorgado reparaciones y diseñado planes de reparaciones con distintos niveles de ejecución y éxito.¹⁶⁶ En este proceso de reparación también se destacan los debates iniciados en América Latina y luego expandidos a otras regiones, sobre la importancia de una perspectiva más amplia de las reparaciones más allá de los aspectos económicos, la inclusión de la perspectiva de género, las posibilidades de programas administrativos de reparaciones, la respuesta judicial y la posibilidad o no de la prescripción de las acciones de reparaciones, la memoria como elemento de las reparaciones, la distinción entre reparaciones y políticas públicas universales de gasto social, las reparaciones individuales y colectivas o las reparaciones desde una perspectiva cultural por desapariciones de líderes o miembros de pueblos indígenas, por solo mencionar algunos temas.¹⁶⁷

¹⁶⁴ Nash Rojas, Claudio y Valeska, David, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho-Centro de Derechos Humanos, 2009, y Antkowiak, Thomas M., “Remedial approaches to human rights violations: The Inter-American Court of Human Rights and beyond”, en *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 46, núm. 2, 2008.

¹⁶⁵ Beristaín, Carlos Martín y Urquilla Bonilla, Carlos Rafael, *Diálogos sobre la reparación: Experiencias en el sistema interamericano de derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, vols. 1 y 2, 2008.

¹⁶⁶ Guembe, María José, “La experiencia argentina de reparación económica de graves violaciones a los derechos humanos”, 2004; Lira, Elizabeth y Loveman, Brian, *Políticas de reparación: Chile 1990-2004*, Lom Ediciones, 2005; Laplante, Lisa, “Después de la verdad: demandas para reparaciones en el Perú postcomisión de la verdad y reconciliación”, *Antípoda. Revista de Antropología y Arqueología*, núm. 4, 2007, pp. 119-146.

¹⁶⁷ Véase entre otros el volumen Greiff, Pablo de, *The handbook of reparations*, Oxford University Press, 2006. Véase también Rubio-Marín, Ruth (ed.), *The Gender of Reparations: Unsettling sexual hierarchies while redressing human rights violations*, Cambridge University Press, 2009; Laplante, Lisa J. y Theidon, Kimberly Susan, “Truth with consequences: Justice and reparations in post-Truth Commission Peru”, en *Human Rights Quarterly*, vol. 29, núm. 1, 2007, pp. 228-250; Lira, Elizabeth, “Trauma, duelo, reparación y

Como consecuencia del sufrimiento y angustia de los familiares, también la región ha sido pionera en el desarrollo de importantes programas de atención a la salud mental para los familiares de los familiares de los desaparecidos así como importantes estándares al respecto.¹⁶⁸

En materia de memoria, también nuestra región ha estado dando avances importantes y abriendo caminos.¹⁶⁹ Por un lado, hay trabajos importantísimos en materia de museos y espacios de memoria,¹⁷⁰ en recuperación de lugares simbólicos para las desapariciones, construcción de memoriales. La sistematización, desclasificación, acceso, digitalización, reconstrucción de archivos con documentos sobre desapariciones, también

memoria”, en *Revista de Estudios Sociales*, núm. 36, 2010, pp. 14-28; Viaene, Lieselotte, “Life is priceless: Mayan Q’eqchi’ voices on the Guatemalan national reparations program”, en *International Journal of Transitional Justice*, 2009, vol. 24.

¹⁶⁸ Lykes, M. Brinton y Liem, Ramsay, “*Human Rights and Mental Health in the United States: Lessons from Latin America*”, *Journal Social Issues*, vol. 46, 1990, pp. 151 y 159; Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la nación Argentina, 2006 http://www.jus.gob.ar/media/1129094/10-dhpt-consecuencias_salud_mental.pdf Consecuencias actuales del terrorismo de Estado en la salud mental, “Salud mental y Derechos Humanos”, Cuadernillo orientativo dirigido a profesionales de la salud mental; EATIP, GTNM/RJ, CINTRAS, SERSOC, *Paisajes del dolor, senderos de esperanza. Salud mental y derechos humanos en el Cono Sur*, 2002, disponible en <http://www.cintras.org/textos/libros/libropaisajes.pdf> Pérez-Sales, Pau y Navarro García, Susana, Resistencia contra el Olvido; Trabajo psicosocial en procesos de exhumaciones en América Latina disponible en <http://www.ecapguatemala.org.gt/sites/default/files/DOSSIER%20noviembre%2007%20PDF.pdf> El Consenso mundial de principios y normas mínimas sobre trabajo psicosocial en procesos de búsqueda e investigaciones forenses para casos de desapariciones forzadas, ejecuciones arbitrarias o extrajudiciales es un proceso que surgió y desarrollo fundamentalmente por una iniciativa latinoamericana, disponible en http://cooperaciocatalana.gencat.cat/web/.content/continguts/02serveis/05publicacions/04informes_estudis_guies/consens_mundial/normas_minimas.pdf

¹⁶⁹ Stern, Steve J., *Remembering Pinochet's Chile*, Durham, NC, Duke University Press, 2004. Jelin, Elizabeth, *Los trabajos de la memoria*, Siglo XXI Editores, Madrid, España, 2002.

¹⁷⁰ Véase Sirios de la Memoria en América Latina, nible en <http://www.sitios-dememoria.org>

está dando pasos importantes en la región.¹⁷¹ También ha habido una producción masiva en materia de memoria en áreas tan disímiles como el cine,¹⁷² la literatura¹⁷³ y la fotografía,¹⁷⁴ por mencionar algunas. Y por último, América Latina también está avanzando en la construcción jurídica de un derecho a la

¹⁷¹ Por ejemplo, Boccia Paz, Alfredo; Palau, Rosa y Salerno, Osvaldo, “Paraguay: Los Archivos del Terror, Los Papeles que Resignificaron la Memoria del Stronismo”, 2007, o Weld, Kirsten, “Paper cadavers: the archives of dictatorship in Guatemala”, Duke University Press, 2014.

¹⁷² Véase por ejemplo, el poema *Desaparecidos* de Mario Benedetti o *Los escogidos* de Patricia Nieto (Colombia). Véase también, Bayona, Jorge y Gaitán, Ladino, “El arte de la desaparición forzada en dos novelas colombianas”, *Espéculo Revista de Estudios Literarios*, núm. 46, 2010, p. 62; Cowie, Lance-lot, “Los desaparecidos y la represión de estado en la narrativa argentina actual”, *Revista del CESLA*, núm. 16, 2013, pp. 195-205.

¹⁷³ Se pueden citar para mencionar países en los que no nos hemos detenido demasiado, En Ecuador el documental *Con mi corazón en Yambo*, sobre la desaparición de los hermanos Restrepo durante el periodo de León Febres Cordero de María Fernanda Restrepo Arismendi o NN: Sin identidad de Héctor Gálvez en Perú. Véase también por ejemplo, Berger, Verena, “La búsqueda del pasado desde la ausencia: Argentina y la reconstrucción de la memoria de los desaparecidos en el cine de los hijos”, Edición digital a partir de *Quaderns de Cine: Cine i memòria històrica*, núm. 3, 2008, pp. 23-36; Ibáñez, María Noelia, “El ojo que espía por las grietas del pasado. Una aproximación al estudio sobre el tratamiento de la memoria y la historia recientes en el cine argentino (1983-2009)”, *Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, vol. 4, núm. 3, 2012, pp. 384-400.

¹⁷⁴ Véase por ejemplo, los trabajos de Gustavo Germano, Ausencias sobre Argentina y Brasil, disponible en <http://www.gustavogermano.com/> o en Perú la obra fotográfica Ricardo Wiesse sobre la ejecución y desaparición de los estudiantes de la Universidad de La Cantuta, disponible en <http://www.micromuseo.org.pe/publicaciones/itinerarios/itinerarios6.html> Véase entre otros, Longoni, Ana, “Fotos y siluetas: dos estrategias en la representación de los desaparecidos”, en Crenzel, Emilio (comp.), *Los desaparecidos en la Argentina. Memorias, representaciones e ideas (1983-2008)*, 2010, pp. 35-57; Rodríguez Sánchez, María Elena, “La fotografía y la representación de la memoria de las víctimas de desaparición en Colombia”, *Revista Sans Soleil*, núm. 4, 2012, pp. 216-223; Mazorra C., A. Diego, “Fotografía y Memoria: Imágenes y Lugares en la Fotografía de los Desaparecidos en Colombia (Photography and Memory: Images and Places in the Photography of the Missing People in Colombia)”, *Comunicación y Ciudadanía*, núm. 4, 2010.

memoria.¹⁷⁵ En este campo, con muchos vacíos conceptuales, la Corte, aunque con muchos vacíos teóricos, también está contribuyendo jurisprudencialmente.¹⁷⁶

4. LA CONTRIBUCIÓN LATINOAMERICANA AL MOVIMIENTO DE DERECHOS HUMANOS

América Latina también fue pionera en el trabajo de derechos humanos a nivel nacional, regional e internacional a partir de sus reacciones a las desapariciones forzadas.¹⁷⁷ Las Madres y Abuelas de Plaza de Mayo y el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) en Argentina, la Vicaría de la Solidaridad de Chile, FEDEFAM y muchas organizaciones en todos y cada uno de los países¹⁷⁸ han iniciado y demostrado nuevas estrategias de resis-

¹⁷⁵ Véase por ejemplo, Uprimmy Salazar, Catalina, “La memoria en la Ley de Víctimas de Colombia: derecho y deber”, en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 8, 2012.

¹⁷⁶ Dulitzky, Ariel, “La memoria en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Libro en Homenaje a Cecilia Medina Quiroga*, en prensa.

¹⁷⁷ Véase por ejemplo, Introducción, pp. 5 y 6, y Elizabeth Jelin, “La política de la memoria: El movimiento de derechos humanos y la construcción democrática en la Argentina”, en *Juicio, castigos y memoria: Derechos humanos y justicia en la política argentina*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1995. Sobre la trayectoria e influencia de Pepe Zalaquett en la internacionalización del movimiento de derechos humanos puede verse Dezalay, Yves, y Garth, Bryant G., *The internationalization of palace wars: lawyers, economists, and the contest to transform Latin American states*, University of Chicago Press, 2002, p. 145. Sobre las dificultades, desafíos y voluntad de trabajo en los años más difíciles, véase el capítulo sobre Zalaquett en Kennedy, Kerry et al., *Speak truth to power: Human rights defenders who are changing our world*, Umbrage Editions, 2000, especialmente pp. 138 y 141.

¹⁷⁸ Sabiendo que dejamos a importantes organizaciones sin mencionar, podemos citar AFADEM (Asociación de Familiares de Detenidos Desaparecidos y Víctimas de Violaciones a los Derechos Humanos), México; Familiares de Desaparecidos y Detenidos por Razones Políticas, Argentina; AFDD (Agrupación de Familiares de detenidos Desaparecidos), Chile; ASOFAM, Bolivia; ASFADDES (Asociación de familiares de Detenidos Desaparecidos), Colombia; COFADEH (Comité de familiares de Detenidos- Desaparecidos de Honduras); CODEFAM, El Salvador; GAM (Grupo de Apoyo

tencia contra las dictaduras y las injusticias cometidas durante las guerras civiles e incluso en los sistemas democráticos. Sus alianzas estratégicas con actores internacionales sirvieron de modelo en otras partes del mundo.¹⁷⁹ No es posible estudiar y concebir el movimiento de derechos humanos hoy sin analizar sus orígenes y consolidación durante los años setenta, ochenta y noventa en América Latina,¹⁸⁰ principalmente en reacción a las desapariciones forzadas. FEDEFAM fue la primera federación internacional de familiares de personas desaparecidas al ser creada en 1981. Este modelo luego sería seguido por lo menos dos décadas después en otras regiones, como la Fédération Euro-Méditerranéenne Contre Les Disparitions Forcées (FEMED)¹⁸¹ u otras federaciones que luchan contra las desapariciones forzadas, como la Federación Asiática contra las Desapariciones¹⁸² o la Coalición Internacional contra las Desapariciones Forzadas,¹⁸³ a pesar que las desapariciones existían desde mucho tiempo antes en esos países o regiones.

El movimiento de derechos humanos en América Latina constituido y originado en gran parte como respuesta a las desapariciones forzadas, no puede entenderse sin reconocer el papel protagónico, central y crucial de las mujeres en esta lucha. En México, Honduras, Guatemala, El Salvador, Colombia, Ecuador,

Mutuo), Guatemala; Madres y Familiares de Detenidos Desaparecidos, Uruguay; Tortura Nunca Mais, Brazil; Asociación Nacional de Familiares de Secuestrados, Detenidos y Desaparecidos del Perú (Anfasep).

¹⁷⁹ Zalaquett, José, “The Emergence of «Disappearances»...”, *cit.*, p. 22, y Americas Watch, “The Vicaria de la Solidaridad in Chile. An Americas Watch Report, diciembre 1987, pp. 3 y 7, y Bastías Saavedra, Manuel, *Sociedad civil en dictadura: relaciones transnacionales, organizaciones y socialización política en Chile (1973-1993)*, Ediciones Universidad Alberto Hurtado, 2013.

¹⁸⁰ Véase por ejemplo, Keck, Margaret y Sikkink, Kathryn, *Activists beyond borders: Advocacy networks in international politics*, Cornell University Press, 2014.

¹⁸¹ Recién establecida en el año 2000, véase Historie de la FEMED, disponible en <http://www.disparitions-euromed.org/>

¹⁸² Creada en 1998 en Manila, Filipinas, véase What is AFAD, disponible en <https://afadsecretariat.wordpress.com/about/>

¹⁸³ Constituida en el 2006, véase History of ICAED, disponible en <http://www.icaed.org/the-coalition/history-of-icaed/>

Perú, Chile, Paraguay, Uruguay, Brasil, Argentina, como en tantos otros lugares, encontramos mujeres a la cabeza de la lucha por la verdad, la justicia, la reparación y la memoria de las víctimas de desapariciones forzadas.¹⁸⁴ De hecho, el modelo de activismo de las mujeres en América Latina ha influido en muchos otros países del mundo.¹⁸⁵

¹⁸⁴ Por ejemplo, en México puede citarse a Rosario Ibarra de Piedra, cuyo hijo desapareció en 1975 y es directora del Comité Eureka, véase a modo de ejemplo, el documental “Rosario: Memoria indómita de Shula Erembergó”; en Perú a Mamá Angélica, cuyo hijo desapareció en 1983, y a las mujeres de la Agrupación Nacional de Familiares de Secuestrados, Detenidos y Desaparecidos del Perú (ANFASEP), en Ayacucho, véase por ejemplo, Ronald Gamarra, A las madres de ANFASEP, disponible en <http://derechoshumanos.pe/2008/09/a-las-madres-de-anfasep/> en Colombia a Yanette Bautista, cuya hermana desapareció en 1987 directora de la Fundación Nydia Erika Bautista, véase a modo de ejemplo, Yanette Bautista: 27 años de lucha, disponible en <http://www.pazconmujeres.org/pg.php?pa=3&id=1bd45f2925d82a0143d123b59fcafa9c&t=Yanette%20Bautista:%2027%20a%F1os%20de%20lucha> en Chile a Sola Sierra Henríquez, cuyo esposo desapareció en 1976, primera presidente de la Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos (AFDD), disponible en <http://www.educarchile.cl/ech/pro/app/detalle?GUID=04dd8ea8-d673-474e-bd7c-2da8584102ac&ID=137092&FMT=519> en Argentina a Azucena Villaflor de cuyo hijo desapareció en 1976 y fue una de las fundadoras de las Madres de Plaza de Mayo y ella misma desapareció en 1977, disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/subnotas/60225-19937-2005-12-09.html> en Honduras a Berta Oliva de Nativi, cuyo esposo desapareció en 1981, fundadora de Comité de Familiares de Desaparecidos de Honduras, disponible en http://www.1325mujerestejiendolapaz.org/otrsem_bertha.html en Guatemala a Aura Elena Farfam cuyo hermano desapareció en 1984, directora de Asociación de Familiares de Detenidos y Desaparecidos de Guatemala (FAMDEGUA), véase por ejemplo, *The Time*, disponible en <http://time.com/3822942/aura-elena-farfan-2015-time-100/> Para mujeres en otros países latinoamericanos véase por ejemplo, Salerno, Raquel Andrea Vera y Palau Aguilar, Rosa M., *Luchadoras de Ayer en la Dictadura. Luchadoras de Hoy en Democracia*, y en Brasil, Rago, Margareth, *A coragem feminina da verdade: mulheres na ditadura militar no Brasil*, pp. 523 y ss., ambos en Assy, Bethania; Melo, Carolina de Campos; Dornelles, João Ricardo; Gomez, José María (Org.), *Direitos Humanos, justiça, verdade e memória*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2012.

¹⁸⁵ Centro Internacional para la Justicia Transicional, *Las desaparecidas y las invisibles Repercusiones de la desaparición forzada en las mujeres*, 2015, p. 12.

5. CONCLUSIÓN

A pesar de las similitudes y generalizaciones que hemos presentado, existen profundas diferencias temporales; es decir, los momentos históricos en los que las desapariciones ocurrieron u ocurren, entre países —la metodología utilizada, quiénes fueron las víctimas o los perpetradores, por mencionar algunas— o entre subregiones —con marcadas diferencias entre las desapariciones en el Cono Sur y en América Central—.¹⁸⁶ Un aspecto que no podemos dejar de señalar, como lo hicimos al principio, muchos de estos avances, desarrollos, “triumfos”, no se han dado de manera uniforme. Por el contrario, y tal como Zalaquett lo ha explicado en muchos de sus escritos, Chile y Argentina¹⁸⁷ están en el extremo más positivo, claro que con distintas velocidades y altibajos, mientras que otros países, como Honduras o El Salvador han quedado como los países con menores avances. Otros han tenido avances y retrocesos, como Guatemala o Perú. En otros, los avances conviven con la permanencia de las desapariciones forzadas, como en Colombia. Y finalmente otros países donde no solo los avances sobre desapariciones del pasado han sido extremadamente limitados, sino que también la situación en materia de desaparición se ha agravado en los últimos tiempos, como es el caso de México.

A modo de conclusión, y como dice Zalaquett, en materia de desapariciones “ha habido una especie de victoria en términos normativos, en términos de campaña, en términos conceptuales, y en términos de reconocimiento”.¹⁸⁸ Quizás lo más importante en materia de avances, es que de las prácticas sistemáticas que predominaron en décadas anteriores en toda la región, hoy el fe-

¹⁸⁶ Cárdenas, pp. 27-29.

¹⁸⁷ Sobre las ideas y vueltas de Argentina y algunos recuentos antiguos: Méndez, Juan E., “Truth and partial justice in Argentina: An update”, Human Rights Watch, 1991; Garro, Alejandro M., “Nine years of transition to democracy in Argentina: partial failure or qualified success”, *Colum. J. Transnat'l L.*, núm. 31, 1993, p. 1, y Zuppi, Alberto L., “Swinging back and forth between impunity and impeachment: the struggle for justice in Latin America and the international criminal court”, en *Pace Int'l L. Rev.* núm. 19, 2007, p. 195.

¹⁸⁸ Zalaquett, José, “The Emergence of «Disappearances»...”, *cit.*, p. 11.

nómeno está circunscrito a solo uno o dos países o desapariciones aisladas en otros. Pero obviamente, una sola desaparición es mucho. Y además, hasta tanto no sepamos la suerte o paradero de los miles de personas desaparecidas, ellas no constituirán una cuestión del pasado.

Zalaquett nos dice: “Si usted está pensando en establecer un vínculo entre las acciones que desarrollamos y los cambios concretos, está en el negocio equivocado. En derechos humanos se tira una flecha y no se sabe dónde cae. El éxito se mide por el número de flechas que se tiran. Es muy raro que los gobiernos reconozcan que están deteniendo una práctica represiva o liberando a una persona a causa de la presión de los grupos de derechos humanos. El éxito se mide por la cantidad de presión o movilización que se genera, no tanto por la medición de los resultados. Los resultados acaecerán, pero en la mayoría de los casos no se puede establecer una línea directa entre el trabajo en derechos humanos y los resultados obtenidos”.¹⁸⁹ Y en América Latina, como presentamos someramente, se han lanzado muchas flechas y muchas de ellas han dado en el blanco gracias a las orientaciones de José Zalaquett. Con el liderazgo de Pepe hemos recorrido un largo camino, pero todavía queda mucho que andar. América Latina ha contribuido a este desarrollo y sociedades que hoy confrontan los mismos desafíos disponen de recursos intelectuales y de modelos de políticas a los que pueden recurrir sin tener que crearlos de la nada, tal como tuvo que hacer América Latina.¹⁹⁰

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 32.

¹⁹⁰ Sikkink, Kathryn y Booth Walling, Carrie, *op. cit.*, pp. 301 y ss.

III. La memoria en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

Solo una cosa no hay. Es el olvido

Jorge Luis Borges, *Everness*.

1. INTRODUCCIÓN

Escribir en un libro de homenaje a Cecilia Medina no es sencillo. Desde su obra seminal *The Battle of Human Rights: Gross, Systematic Violations and the Inter-American System*,¹ la profesora Medina ha llamado a analizar con rigurosidad académica la manera en que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos lidia con las graves y masivas violaciones que han ocurrido en nuestro continente. *The Battle of Human Rights* se concentraba en cómo el Sistema Interamericano reacciona ante estas situaciones reflejando las experiencias traumáticas de graves violaciones a los derechos humanos de las que se estaban saliendo, viviendo o en proceso de salir al momento en que fue publicado en 1988.

Hoy en día, parte de la reflexión y del trabajo del sistema todavía gira en torno a cómo lidiar con tales situaciones en las etapas de transición. De hecho, la gran mayoría de los estudios sobre la Corte Interamericana de Derechos Humanos —la Corte,

* Quisiera agradecer a Gabriella Citroni por sus valiosos comentarios y críticas.

¹ Medina Quiroga, Cecilia, *The battle of human rights: gross, systematic violations and the Inter-American System*, vol. 11, Martinus Nijhoff Publishers, 1988.

Corte IDH o el Tribunal— en esta materia, se han concentrado en la importantísima jurisprudencia que ha desarrollado en materia de justicia, verdad, reparaciones y garantías de no repetición.² Pero pocos o ninguno se han concentrado en otros aspectos de la justicia transicional como es por ejemplo el rol de la memoria y cómo ha sido tratado por la Corte.³ Este trabajo pretende en parte llenar este vacío analítico.

Al escribir las líneas que siguen, nos guiamos por una enseñanza que emerge de toda la trayectoria de Cecilia Medina, como escritora académica, como profesora, como jueza y que *The Battle* refleja claramente: la importancia de tener una mirada seria, reflexiva y crítica del funcionamiento del Sistema Interamericano como una de las mejores maneras de fortalecerlo y proveerlo de mayor legitimidad.

Desde esta perspectiva, se pretende analizar la manera en que la Corte Interamericana se ha referido a la memoria. El objetivo es formular preguntas y presentar ideas provocadoras, pues como dice Cecilia Medina:

Esto obedece a mi convicción de que, por una parte, las interrogantes deben ser planteadas y, por otra, es conveniente mostrar una posición, así sea provisoria, porque de esa manera se estimula el desarrollo y perfeccionamiento de los derechos. La construcción del derecho internacional de los derechos humanos, como tantas otras cosas, es una tarea colectiva y cada uno contribuye a ella con su grano de arena.⁴

² Véase por ejemplo, de Medina, Cecilia, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia*, 2005; Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con Claudio Nash, 2007; “Toward Effectiveness in the Protection of Human Rights in the Americas”, en *Transnat'l L. & Contemp. Probs.*, vol. 8, 1998; “Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana de Derechos Humanos”, en García Ramírez, Sergio *et al.*, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos-Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, Corte Interamericana de Derechos Humano, 2005.

³ La principal y quizás única excepción es Gabriella Citroni, “La preservación de la memoria histórica a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Mandolessi, Silvana y Alonso, Maximiliano, *Estudios sobre la memoria. Perspectivas actuales y nuevos escenarios*, 2014, pp. 145-167.

⁴ Medina Quiroga, Cecilia, *La Convención Americana... cit.*, pp. xvii y xviii.

Analizaremos la jurisprudencia de la Corte Interamericana⁵ en tres grandes áreas: las relaciones entre la memoria y el derecho y deber de justicia —incluido el propio proceso ante el Tribunal Interamericano—, la memoria y su conexión con el derecho a la verdad y, finalmente, la memoria en el contexto de las reparaciones. No se pretende desarrollar la teoría de la memoria que la Corte Interamericana sostiene —si es que tiene una teoría, algo que carece según nuestro criterio— ni tampoco elaborar la teoría que debería sustentar su jurisprudencia. Tampoco responde a la pregunta que muchos comienzan a formularse acerca de la existencia de un derecho a la memoria y un deber de memoria.⁶ Ello pues, el trabajo simplemente se concentra en las referencias expresas a la memoria contenidas en la jurisprudencia del Tribunal y no en los elementos implícitos relativos a la memoria que podrían surgir. No se pretende sistematizar en qué casos la Corte hace referencia a la memoria, ni realizar un análisis cuantitativo de las referencias a la memoria para determinar tendencias en cuanto a tipo de violaciones, víctimas, Estados involucrados, por solo mencionar algunas. Tampoco se pregunta si las aserciones continuas de que la memoria actúa como garantía de no repetición tienen sustento fáctico y empírico en la realidad.⁷ Nuestro trabajo guarda silencio

⁵ El primer caso donde la Corte hace explícita mención a la memoria es: 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, núm. 77, párr. 83. Aunque en Benavidez Cevallos la Corte había aprobado un acuerdo de solución amistosa que incluía medidas que “perennicen el nombre de la señorita Consuelo Benavides Cevallos en calles, plazas o escuelas”, Corte IDH. *Caso Benavides Cevallos vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de junio de 1998. Serie C, núm. 38, párr. 48.

⁶ Véase por ejemplo, Millard, Eric, “¿Por qué un derecho a la memoria?”, en *Rev. Derecho Estado [online]*, núm. 32, 2014, pp. 145-156, disponible en http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0122-98932014000100008&lng=en&nrm=iso Luther, Jörg, “El derecho a la memoria como derecho cultural del hombre en democracia”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 89, may-ago, 2010, pp. 45-76, y “Reading, Anna, Identity, memory and cosmopolitanism: The otherness of the past and a right to memory?”, en *European Journal of Cultural Studies*, vol. 14, núm. 4, 2011, pp. 379-394.

⁷ Lisa Laplante sostiene que todavía no existen estudios que demuestren que efectivamente los proyectos de memoria logran actuar como medidas de prevención. Laplante, Lisa, “The Peruvian Truth Commission’s historical

sobre la perspectiva de género —o falta de— de la Corte en materia de memoria.⁸ Por último, tampoco se exploran otros aspectos de la memoria, como el referido a la memoria de los testigos que comparecen ante ella⁹ o el valor de la memoria colectiva para los reclamos territoriales de pueblos indígenas o afrodescendientes.¹⁰ En todo caso, el documento pretende actuar como un detonante de nuevas investigaciones a través de los interrogantes que planteamos y de los temas que no exploramos.

Por el contrario, se concentra en los casos en que la Corte de manera expresa y explícita se refiere a la memoria, para entender

memory project: Empowering truth-tellers to confront truth deniers”, en *Journal of Human Rights*, núm. 6.4, 2007, p. 434.

⁸ Un tema en el que Cecilia Medina dejó su marca tanto en el Comité de Derechos Humanos como en la Corte Interamericana de Derechos Humanos así como en sus trabajos académicos. Para cuestiones de género y memoria pueden consultarse los trabajos de Elizabeth Jelin, por ejemplo Jelin, E., “Subjetividad y esfera pública: el género y los sentidos de familia en las memorias de la represión”, en *Política y Sociedad*, vol. 48, núm. 3, 2011, pp. 555-569, disponible en <http://revistas.ucm.es/index.php/POSO/article/viewFile/36420/36921>

⁹ La Corte por ejemplo ha entendido que las declaraciones brindadas por las víctimas de violencia sexual se refieren a un momento traumático de ellas, cuyo impacto puede derivar en determinadas imprecisiones al recordarlos. Ver por ejemplo, Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C, núm., 289, párr. 150. Véase por ejemplo, Delgado Barbosa, Francisco, “La memoria, la historia y el derecho a la verdad en la justicia transicional en Colombia: una paradoja irresoluble en el conflicto armado colombiano”, en *Revista Derecho del Estado*, núm. 31, 2013, p. 100, indicando que “la memoria juega un papel relevante en la construcción de la verdad judicial en la medida en que una vez se recopilan los dichos de quienes utilizan el testimonio como elemento para articular el relato de los hechos, el operador judicial debe implementar todos los mecanismos de constatación para poder obtener la verdad judicial”.

¹⁰ Véase por ejemplo, el caso *Yakye Axa* donde la Corte expresó que “La posesión de su territorio tradicional está marcada de forma indeleble en su memoria histórica y la relación que mantienen con la tierra es de una calidad tal que su desvinculación de la misma implica riesgo cierto de una pérdida étnica y cultural irreparable, con la consecuente vacante para la diversidad que tal hecho acarrearía.” Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125, párr. 216.

el lenguaje que utiliza, cómo lo utiliza y relacionado con qué elementos de la verdad, la justicia y la reparación lo hace. El trabajo procura demostrar los avances y contribuciones discursivas de la Corte en materia de memoria, con la idea de visibilizar este aspecto de la justicia transicional que aún permanece subdesarrollado. En este sentido, se resalta cómo la Corte, a través de una interpretación expansiva, se coloca a la vanguardia del movimiento de derechos humanos. Ello se condice con una de las características del Tribunal que es estar al frente de la jurisprudencia internacional en materia de justicia transicional.¹¹ También se busca identificar los silencios e inconsistencias del Tribunal, a fin de generar críticas que permitan avanzar en una jurisprudencia más consistente. Ello, porque creemos que muchas veces la Corte avanza de manera poca rigurosa y sin suficiente justificación o sustento normativo.¹²

2. DERECHO A LA JUSTICIA, EL PROCESO ANTE LA CORTE Y LAS SENTENCIAS DE LA CORTE COMO MEMORIA

La Corte Interamericana entiende que los procesos ante ella y sus sentencias juegan un papel importante en la preservación de la memoria. De manera consistente, en múltiples casos, la Corte sostiene que

Dada la importancia que reviste para el presente caso el establecimiento de los hechos que generaron la responsabilidad estatal, *a fin de preservar la memoria histórica* y evitar que se repitan hechos similares y como una forma de reparación a las víctimas, en este capítulo la Corte establecerá los hechos del presente caso, con base en

¹¹ Véase por ejemplo, Parra Vera, Oscar, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 13, núm. 1, 2012.

¹² Para una crítica de algunas maneras de actuación e interpretación de la Corte, véase Malarino, Ezequiel, “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, vol. 1, 2010.

los hechos sometidos a conocimiento de la Corte por la Comisión y el reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Estado, tomando en consideración el escrito de solicitudes y argumentos de las representantes, así como el acervo probatorio del caso (las cursivas son nuestras).¹³

Implícita en sus pronunciamientos subyace la idea de que las determinaciones judiciales sobre los hechos constitutivos de violaciones a los derechos humanos, cumplen un rol fundamental en la preservación de la memoria histórica. Concordamos con que la determinación judicial de los hechos y las responsabilidades estatales se encuentran estrechamente relacionadas con la memoria. El Tribunal Internacional imparcial, al dar por probados y establecidos fehacientemente los hechos, reduce enormemente los márgenes para potenciales teorías revisionistas o negacionistas de las atrocidades cometidas. De esta manera, ayuda a construir una cierta memoria de dicho pasado. También se deja clara la responsabilidad estatal y se estipula que los hechos fueron constitutivos de violaciones a los derechos humanos. En esta perspectiva, la memoria que la Corte preserva es una que visibiliza a las víctimas como titulares de derechos y al Estado en su doble y complejo rol de violador y garante de tales derechos. Así, el proceso judicial y la sentencia como contribución en la construcción de la memoria histórica son importantes, pues finalmente la memoria colectiva solo retiene la parte de la historia que puede ser integrada en el sistema actual de valores que determina que solo ciertos eventos se integren en esta memoria histórica.¹⁴ Entonces, la Corte a través de la descripción fáctica desde la perspectiva de los derechos humanos y la atribución de responsabilidad estatal, une pasados históricos con los valores que representa la Convención Americana sobre Derechos Humanos y así contribuye a esta memoria histórica. En este sentido, las sentencias de la Corte no solo son una reconstrucción fáctica de hechos, sino

¹³ Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012, Serie C, núm. 253, párr. 53.

¹⁴ Jelin, Elizabeth, "The politics of memory: human rights movement and construction of democracy in Argentina", en *Latin American Perspectives*, ed. 18, vol. 21, núm. 2, 1994, p. 50.

una valoración de tales hechos desde el marco conceptual de los derechos humanos.

Al mismo tiempo, el proceso que lleva a la decisión de la Corte, la identificación de los actores que impulsaron, apoyaron, bloquearon a dicho litigio, los argumentos que se esgrimieron, las defensas y explicaciones que se articularon ante el Tribunal, también pasarán a integrar esta memoria histórica. Y lo mismo sucederá con el propio accionar de la Corte y el efecto e implementación —o falta de— de sus decisiones. En este sentido, todo el proceso ante la Corte influye, se ve influido y pasa a integrarse al complejo proceso de preservación y a nuestro criterio de creación de la memoria.

De todas maneras, la Corte es explícita en unir su intervención y especificación fáctica a la memoria solamente en una categoría de casos. Por lo general, la Corte utiliza la idea que la determinación de los hechos es importante para la preservación de la memoria histórica, en casos donde ha habido allanamiento del Estado. Así, una vasta cantidad de casos, con igual tipo de conclusiones judiciales sobre los hechos probatorios que son considerados violatorios de derechos humanos, quedan por fuera de esta asociación explícita entre memoria y sentencias de la Corte.

Existe adicionalmente otro aspecto importante a analizar en la vinculación de memoria histórica a allanamientos judiciales. El reglamento de la Corte establece que el Estado puede expresar su “aceptación de los hechos o su allanamiento total o parcial a las pretensiones que constan en el sometimiento del caso o en el escrito de las presuntas víctimas o sus representantes”.¹⁵ Ello significa que el Estado no puede allanarse y, por ende, contribuir a la “preservación de la memoria histórica” o a la “definición de su propia memoria histórica” —expresión también utilizada por la Corte como se verá en los próximos párrafos—, más allá de los hechos y las pretensiones contenidas en el caso sometido a la Corte.

Esta circunstancia ofrece una posibilidad limitada de lo que la memoria histórica preservada por la sentencia de la Corte puede

¹⁵ Reglamento de la Corte IDH, art. 62.

significar. Por un lado, la reconstrucción judicial de la memoria estará exclusivamente limitada por los hechos alegados y probados ante la Corte, con todas las exclusiones que puedan deberse a cuestiones de estrategia y aciertos o errores del litigio¹⁶ o de la jurisdicción personal,¹⁷ material o temporal¹⁸ del Tribunal, o por incluso limitaciones procesales.¹⁹ Asimismo, la justicia como memoria significa que el Tribunal o juez responderá tan solo al caso concreto en el que debe decidir. Por ende, tanto las determinaciones fácticas como jurídicas así como las medidas de reparación ordenadas, incluidas aquellas relacionadas con la memoria, estarán limitadas por los hechos alegados y probados,²⁰ por las

¹⁶ Por ejemplo en el caso *Campo Algodonero*, las víctimas consideradas para decisión de la Corte eran tres a pesar de que en el lugar de los hechos se encontraron ocho cuerpos en total. Debido a ello, el Tribunal se pronunció sobre los hechos relativos a estas tres víctimas. 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, núm. 205, párr. 9.

¹⁷ Como dijo la Corte, “En efecto, 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, núm. 4, párr. 134. Entonces, los hechos serán aquellos esenciales para establecer la responsabilidad del Estado, pero no responsabilidades individuales.

¹⁸ Véase por ejemplo caso *Moiwana* relativo a una masacre en Surinam, donde dada la jurisdicción temporal de la Corte, la masacre quedó fuera del caso y solo se debatió la negación de justicia. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C, núm. 124.

¹⁹ En el caso *Bámaca*, la Corte no aceptó incorporar al expediente documentos desclasificados de la CIA de Estados Unidos. Con ello, la reconstrucción de la memoria histórica no incorpora el conocimiento que un gobierno extranjero tenía sobre la desaparición de la víctima. Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C, núm. 70, párr. 105.

²⁰ Ello significa que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que es quien define el marco fáctico del caso, controlará *a priori* qué elementos serán los que se “preservarán” de la memoria histórica.

cuestiones de competencia de la Corte,²¹ por las víctimas concretas del caso, por las peticiones que formulen las partes. En definitiva, como sostiene Juan Méndez,

Sería un error esperar que los juicios sobre violaciones graves de derechos humanos resuelvan las disputas acerca de la interpretación histórica de los hechos recientes. La Historia se resiste a ser “resuelta” en tal sentido.²²

Ello se debe a que la reconstrucción de la memoria histórica a través de sentencias de la Corte está encorsetada por las formas judiciales. Es decir, en un caso judicial se admiten solo ciertas pruebas, las mismas se valoran de acuerdo con criterios jurídicos y judiciales y el Tribunal las describe con tecnicismos y vocabulario legal o judicial, o hasta si se quiere “higienizado”.²³ Ello significa que muchos elementos cruciales de la memoria quedarán fuera de esta reconstrucción histórica de las violaciones o serán descritos de una manera inaccesible para la sociedad en general, sea por la extensión de las decisiones de la Corte o por el lenguaje jurídico utilizado. Las formas jurídicas y diplomáticas

²¹ Muchos de los casos de violaciones graves a los derechos humanos están fuera de la competencia temporal del Tribunal y solo la denegación de justicia posterior es sobre lo que pueda pronunciarse la Corte.

²² Méndez, Juan E., “Latin American Experiences of Accountability”, en Amadiume, Ifi y An-Na’im, Abdullah (eds.), *The Politics of Memory: Truth, Healing and Social Justice*, Londres, Zed Books, 2000, p. 137, citado en Peter Rush, “Crímenes de «guerra sucia»: derecho penal internacional y jurisdicciones de la memoria Dirty war crimes: Jurisdiction of memory and International Criminal Law”, en *Revista Derecho del Estado*, núm. 32, 2014, p. 103.

²³ Así, en un caso de tortura la Corte en apenas un renglón describe lo sucedido indicando que la víctima fue “sometido a torturas y tratos crueles, inhumanos y degradantes, consistentes en quemaduras en los órganos genitales y otras lesiones graves”. Ella es toda la reconstrucción histórica que hace de la tortura en una sentencia de 52 páginas, en la cual los peritos detallaron los tipos de torturas cometidos y donde la Corte no transcribe el testimonio de la víctima en cuanto a los vejámenes sufridos. Corte IDH. *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 132, párr. 48.2; 41 Peritaje a y b y 41 Testimonio a, respectivamente.

muchas veces debilitarán la fuerza, contundencia y gravedad de los hechos.²⁴

La Corte también ha considerado que el allanamiento del Estado en un caso de violaciones a los derechos humanos contribuye a la “definición de [la] propia memoria histórica [del Estado]”.²⁵ En este sentido, la Corte parecería entender que existe una memoria histórica del Estado. Nosotros especulamos que quizás la Corte reconoce que también existen al menos otras dos memorias, que son la social y la de las propias víctimas. Por lo menos, tal como explicaremos, en múltiples casos la Corte habla de la memoria de las víctimas. Pero la Corte no nos explica en qué consiste esa memoria histórica “propia” del Estado. Mucho menos, el Tribunal analiza todos los potenciales riesgos de que exista una memoria histórica “propia” del Estado. ¿Cuál es la legitimidad del Estado para definir su “propia” memoria? ¿Qué sucede si la “propia” memoria del Estado consiste en negar las violaciones? ¿O minimizarlas? ¿O justificarlas?

Tal es el grado de importancia que le asigna a su intervención, que el Tribunal ha considerado que la “preservación de la memoria histórica” genera deberes especiales para la misma Corte. Por ejemplo, en el caso *El Mozote* sostuvo que:

En atención a la preservación de la memoria histórica y a la imperante necesidad de que hechos similares no vuelvan a repetirse, es deber de esta Corte destacar que las Masacres de El Mozote y lugares aledaños constituyen indudablemente un ejemplo exponencial de esta política estatal [de aniquilamiento masivo e indiscriminado], dada la dimensión del operativo y del número de víctimas ejecutadas registradas [...] (las cursivas son nuestras).²⁶

²⁴ Al transmitir una sentencia, la Corte expresa que tiene “el honor” de dirigirse al Estado para notificarle la sentencia de una “masacre” y “[a] provech[a] la oportunidad para reiterar a los señores Agentes las muestras de mi consideración más distinguida”. Nota REF.: CDH-12.250/238 disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/Mapiripan/not_sent.pdf

²⁵ Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 153, párr. 81.

²⁶ 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, núm. 252, párr. 208.

La Corte parecería exigir que un proceso judicial, para satisfacer las exigencias en materia de memoria, entre otros aspectos, contenga no solo una precisa determinación de la responsabilidad estatal por las violaciones de derechos humanos, sino también una determinación sobre la gravedad de las mismas.

3. LA MEMORIA COMO UNO DE LOS ELEMENTOS DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

Se ha considerado que los cuatro elementos tradicionales de la justicia transicional son

la verdad,
la justicia,
la reparación, y
las garantías de no repetición.²⁷

La memoria, sin embargo, no se ha analizado como uno de los pilares de la justicia transicional.²⁸ Sin embargo, en los últimos

²⁷ Véase por ejemplo, el Informe del Relator Especial Pablo de Greiff, explicando las cuatro áreas de acción o elementos de su mandato (verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición). El informe del Relator Especial sobre la Promoción de la Verdad, la Justicia, la Reparación y las Garantías de no Repetición, Pablo de Greiff, A/HRC/21/46, 9 ago 2012.

²⁸ Podría considerarse como una excepción el Conjunto de Principios actualizado para la protección de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (“Principios de Naciones Unidas contra la impunidad”), doc. E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 feb 2005, recomendado por la Comisión de Derechos Humanos mediante resolución E/CN.4/RES/2005/81, 21 abr 2005. El principio 3 indica: “[...] el conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión forma parte de su patrimonio y, por ello, se debe conservar adoptando medidas adecuadas en aras del deber de recordar que incumbe al Estado para preservar los archivos y otras pruebas relativas a violaciones de los derechos humanos y el derecho humanitario y para facilitar el conocimiento de tales violaciones. Esas medidas deben estar encaminadas a preservar del olvido la memoria colectiva y, en particular, evitar que surjan tesis revisionistas y negacionistas”. La Corte ha utilizado este Conjunto de Principios en diversas oportunidades. Véase por ejemplo, Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 7 sep 2012, párr. 50.

tiempos se ha comenzado a reconceptualizar este aspecto y positivamente pareciera que el Tribunal, al menos en un caso, ha hecho referencia a la memoria junto a los elementos tradicionales de la justicia transicional. Ha postulado la Corte que:

las decisiones adoptadas por los tribunales contencioso administrativos no contienen [...] aspectos relativos a la rehabilitación, la verdad, la justicia y el rescate de la memoria histórica, así como tampoco medidas de garantía de no repetición.²⁹

En este sentido, *La Rochela* es un avance muy importante frente a otras decisiones de la Corte y de otros organismos internacionales que dejan a la memoria como un elemento secundario y un simple efecto de otras iniciativas —particularmente verdad, justicia o reparación)— y no como uno de los pilares constitutivos de la justicia transicional.

Pero lamentablemente, y a pesar de esta incipiente apertura, la Corte no nos da pautas claras para definir el alcance de las obligaciones en materia de memoria, como sí lo hace con los otros pilares de la justicia transicional. Tampoco el Tribunal muestra precisión en la utilización del lenguaje. Por un lado, en *La Rochela* no define cuáles serían los “aspectos relativos” al “rescate de la memoria histórica” que una sentencia o decisión judicial debería contener para satisfacer los estándares interamericanos. Por otro lado, introduce una nueva categoría en materia de memoria al no hablar de la construcción y preservación de la memoria histórica. Aquí, la Corte se refiere al “rescate” de la memoria histórica. Cabría preguntarse si construcción, preservación y rescate son similares o difieren de alguna manera. Si son conceptos similares no se entiende bien la utilización de diferentes nomenclaturas en diversos contextos que inducen a pensar en diferencias normativas. Si por el contrario, construcción, preservación y rescate difieren, entonces debería esperarse del órgano judicial interamericano una indicación sobre las diferencias conceptuales o normativas entre estos tres aspectos de la memoria.

²⁹ Corte IDH. *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C, núm. 163, párr. 216.

La jurisprudencia de la Corte en materia de reparación,³⁰ justicia,³¹ verdad³² y garantías de no repetición³³ es muy clara y específica en el detalle de cuáles son los deberes que el Estado debe satisfacer y que se está frente a derechos exigibles. En cambio, en nuestra área de interés, hasta el momento el Tribunal no ha elaborado si existiría un “derecho a la memoria” y un correlativo “deber de memoria”.

4. DERECHO A LA VERDAD, COMISIONES DE LA VERDAD Y MEMORIA

El Sistema Interamericano ha hecho hincapié en el derecho a la verdad o a conocer la verdad sobre las violaciones a los derechos humanos.³⁴ Por eso, no sorprende que la Corte haya resaltado la conexión y relaciones entre verdad y memoria, en particular entre comisiones de la verdad y la memoria. Así, ha indicado que:

en cumplimiento de sus obligaciones de garantizar el derecho a conocer la verdad, los Estados pueden establecer comisiones de la verdad, las que contribuyen a la construcción y preservación de la memoria histórica, el esclarecimiento de hechos y la determinación

³⁰ *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, núm. 149, párr. 232 (indicando el deber de reparación).

³¹ Véase por ejemplo, Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C, núm. 289, párr. 237 (refiriéndose al derecho de acceso a la justicia).

³² Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C, núm. 100, párr. 114 (indicando el derecho de las víctimas o sus familiares a conocer la verdad de los hechos).

³³ Véase por ejemplo, Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010, Serie C, núm. 217.

³⁴ Véase la excelente sistematización realizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derecho a la verdad en América*, 2014, <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Derecho-Verdad-es.pdf>

de responsabilidades institucionales, sociales y políticas en determinados periodos históricos de una sociedad.³⁵

La Corte resalta que las comisiones de la verdad contribuyen a la “construcción y preservación” de la memoria histórica. Al igual que en materia de justicia, como hemos visto, aquí la Corte habla de “memoria histórica” a diferencia de otros casos en los que se refiere a la “memoria de las víctimas”. De modo que el Tribunal parecería hacer una distinción entre dos procesos, que si se quiere, podrían considerarse unos más públicos y sociales —la memoria histórica— de otros que podrían ser más privados e individuales —memoria de las víctimas—. Obviamente ambos están relacionados, se superponen y se complementan, por lo que muchas veces es imposible distinguir uno del otro. Además, tanto la memoria histórica como la memoria de las víctimas poseen elementos sociales e individuales. Sin embargo, de las sentencias de la Corte no hay elementos explícitos que permitan profundizar estas distinciones y relaciones entre la memoria histórica y la memoria de las víctimas.

Tampoco la Corte elabora acerca de cuáles son los elementos cruciales que una comisión de la verdad debería tener para efectivamente contribuir a la “construcción y preservación” de la memoria histórica. Cuestiones tales como el mandato, composición, duración, presupuesto, apoyo oficial, metodología, son determinantes no solo para el funcionamiento de la comisión, sino también para su credibilidad y legitimidad.³⁶ Por ejemplo, la Corte se ha referido en los mismos términos que transcribimos más arriba a comisiones de la verdad en países tan disimiles como Ecuador, Perú, Brasil, El Salvador, Guatemala. Las comisio-

³⁵ Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C, núm. 232, párr. 135. En igual sentido, véase por ejemplo, Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 128; Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 219, párr. 297, y *Caso Radilla Pacheco*, párr. 74.

³⁶ Véase por ejemplo, *Centro Internacional para la Justicia Transicional. En busca de la verdad Elementos para la creación de una comisión de la verdad eficaz*.

nes en estos países fueron muy diferentes y el grado de aceptabilidad social por parte del propio Estado y de la sociedad muy disímil. Pero para la Corte todas las comisiones de la verdad, en abstracto, contribuyen a la construcción y preservación de la memoria histórica. Pero no es lo mismo una comisión de la verdad compuesta por miembros internacionales al concluir la Guerra Civil y que el gobierno rechazó de inmediato su informe, como es el caso de El Salvador,³⁷ que otra comisión creada más de dos décadas después del retorno a la democracia como sucedió con la de Brasil.³⁸ ¿Cuáles son las diferencias o similitudes entre construir y preservar la memoria? ¿De qué manera una comisión de la verdad preserva y/o construye la memoria histórica? Tampoco la Corte se aproxima a analizar cuál es la relación entre esa memoria histórica construida y/o preservada por el Estado, con otros procesos de construcción y/o preservación de la memoria histórica que provienen de actores no estatales.³⁹

El Tribunal sí ha elaborado de manera tangencial la distinción entre la verdad judicial y la verdad que emerge de las comisiones de la verdad.

Las verdades históricas que a través de ese mecanismo [comisiones de la verdad] se logren, no deben ser entendidas como un sustituto del deber del Estado de asegurar la determinación judicial de responsabilidades individuales o estatales por los medios jurisdiccionales correspondientes, ni con la determinación de responsabilidad internacional que corresponda a este Tribunal. Se trata de determinaciones de la verdad que son complementarias entre sí, pues tienen todas un sentido y alcance propios, así como potencialidades

³⁷ Popkin, Margaret, *Peace Without Justice: Obstacles to Building the Rule of Law in El Salvador*, 2000.

³⁸ CIDH saluda el informe de la Comisión de la Verdad de Brasil y llama al Estado a cumplir sus recomendaciones, <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2014/151.asp>

³⁹ Por ejemplo en Guatemala puede verse las relaciones entre el Proyecto Interdiocesano de Recuperación de la Memoria Histórica (REMHI) liderado por la Iglesia Católica en Guatemala y la Comisión de Esclarecimiento Histórico de Guatemala, constituida por el Estado en el marco de los Acuerdos de Paz. Hatcher, Rachel, "Truth and Forgetting in Guatemala: an examination of Memoria del Silencio and Nunca Más", en *Canadian Journal of Latin American and Caribbean Studies*, vol. 34, núm. 67, 2009 pp. 131-162.

y límites particulares, que dependen del contexto en el que surgen y de los casos y circunstancias concretas que analicen.⁴⁰

La Corte, puede interpretarse, reconoce que tanto las comisiones de la verdad como las investigaciones judiciales son complementarias entre sí en la preservación y/o construcción de la memoria histórica. De acuerdo con el Tribunal, tanto las comisiones de la verdad como las decisiones judiciales de responsabilidades individuales o estatales, son todas “determinaciones de la verdad” que según la Corte, contribuyen a la preservación y/o construcción de la memoria.

Una de las maneras en que los procesos judiciales y las comisiones de la verdad se relacionan, es a través del uso de los resultados de las investigaciones de las comisiones de la verdad como evidencias en procesos judiciales. La Corte por ejemplo, en diversos casos ha otorgado valor a los informes de comisiones de la verdad como pruebas relevantes en la determinación de los hechos y de la responsabilidad internacional de los Estados.⁴¹

Sin embargo, procesos judiciales y comisiones de la verdad, debido al contexto en el que operan y los casos y circunstancias que analizan, tienen “sentido y alcance propios” así como “potencialidades y límites particulares”. Con ello, la Corte reconoce que la verdad judicial es diferente de otras verdades, como la que surge del trabajo de las comisiones de la verdad. La Corte no elabora cuáles son las “potencialidades y límites” de las comisiones de la verdad ni de los procesos judiciales sean internos o internacionales. Coincidimos con el Tribunal en que procesos judiciales

⁴⁰ Véase Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C, núm. 166, párr. 128.

⁴¹ Véase por ejemplo, *Caso Gómez Palomino vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, núm. 136, párr. 54; *Caso de la Cruz Flores vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C, núm. 115, párr. 61; *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C, núm. 105, párr. 42; *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C, núm. 103, párr. 56, y Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C, núm. 101, párrs. 131 y 134.

y comisiones de la verdad tienen “potencialidades y límites”, algo que la Corte no indicó en cuanto a sus decisiones como elementos para preservar y construir la memoria histórica.

En la jurisprudencia de la Corte, la memoria se distingue del derecho a la verdad. La memoria histórica sería un resultado —“una contribución” en los términos del Tribunal— del cumplimiento del deber del Estado de garantizar el derecho a la verdad. Pero, a diferencia del derecho a la verdad, no pareciera, al menos en esta línea jurisprudencial, desprenderse un “deber de garantizar” un “derecho a la memoria”. Por lo menos, la Corte ha mantenido silencio sobre la relaciones entre comisiones de la verdad como potenciales vehículos para garantizar un derecho a la memoria, si es que dicho derecho existe.

A pesar de los silencios, es importante que la Corte resalte las interrelaciones entre verdad y memoria. Por un lado, el deber de verdad estatal contribuye a la creación de la memoria así como es constitutivo de la memoria. Sin embargo, verdad y memoria no son absolutamente idénticas. Por ejemplo, se ha aceptado que en ciertas circunstancias, el nombre de los victimarios podría no ser divulgado en los informes de las comisiones de la verdad.⁴² Algo que obviamente no puede ser eliminado ni de la memoria social o individual. También, las comisiones de la verdad u otras iniciativas son proyectos estatales que reconstruyen, generalmente, un aspecto del pasado histórico. Pero al mismo tiempo, la memoria trasciende y es mucho más amplia que la verdad oficial. Así, por ejemplo, la Comisión de la Verdad de Argentina solo se limitaba a las desapariciones forzadas pero no a otras violaciones ocurridas.⁴³ En Chile, las comisiones de la verdad se refirieron a

⁴² Véase por ejemplo, Grupo de trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias, Comentario General sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, 2010, doc. A/HRC/16/48. Para un breve resumen del debate sobre este punto, puede verse Hayner, Priscilla, *Unspeakable Truths. Confronting Terror and Atrocity*, 2^a ed., Nueva York, Routledge, 2011, pp. 139-142.

⁴³ Véase decreto 187/83 de creación de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas. Informe disponible en <http://www.desaparecidos.org/nuncamas/web/investig/articulo/nuncamas/nmas0001.htm>

las desapariciones, ejecuciones y torturas, pero no a otras múltiples violaciones a los derechos humanos perpetradas durante la dictadura.⁴⁴ Además, las iniciativas oficiales conviven con iniciativas privadas, relatos, versiones, que pueden coincidir, total o parcialmente con la verdad oficial o de hecho pueden divergir. También debe indicarse que el trabajo de las comisiones de la verdad pasará a formar parte de la memoria colectiva al recordar la manera en que el Estado respondió a las atrocidades del pasado. Finalmente, es preciso distinguir entre la verdad y la memoria en otro aspecto importante. Así, se ha explicado que en una política de memoria

Lo que está en juego no es la información (sobre el pasado) sino la comprensión (del pasado). Narrar el pasado, volver a contarlo, recordarlo, es también una demanda para que los otros reconozcan la criminalidad, el daño, la injusticia, el dolor, el sufrimiento y la muerte —las desapariciones, las torturas, las abducciones, los secuestros de niños, “las identidades robadas”, los homicidios—. ⁴⁵

5. LAS REPARACIONES SIMBÓLICAS, LAS MEDIDAS DE SATISFACCIÓN Y LA MEMORIA

Si hay un área donde la Corte Interamericana ha hecho sus contribuciones más importantes al desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, es en la de las reparaciones.⁴⁶ En

⁴⁴ La Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación en 1990 (Comisión Rettig), y luego la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación fueron establecidas para investigar las denuncias sobre víctimas de desaparición forzada y de ejecución política. Entre los años 2003 y 2005 funciona la Comisión sobre Prisión Política y Tortura (Comisión Valech), que recibe los testimonios de quienes han sufrido privación de libertad y tortura por razones políticas. La Comisión Valech II vuelve a recibir testimonios la Comisión Valech, entregando su segundo informe que consigna nuevos casos de desapariciones y acreditando nuevas víctimas de la tortura. Véanse los informes de las diferentes comisiones en <http://www.cedocmuseodelamemoria.cl/documentos/>

⁴⁵ Rush, *op. cit.*, p. 107.

⁴⁶ Antkowiak, Thomas, “Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond”, en *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 46, núm. 2, 2008.

esta sección analizaremos cómo en múltiples casos la Corte ha unido las reparaciones, particularmente las relacionadas con el daño inmaterial y con las medidas de satisfacción a la memoria. Como es sabido para la Corte:

El daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de las víctimas. No siendo posible asignar al daño inmaterial un preciso equivalente monetario, solo puede, para los fines de la reparación integral a las víctimas, ser objeto de compensación, y ello de dos maneras. En primer lugar, mediante el pago de una cantidad de dinero que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad. Y, en segundo lugar, mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, tales como la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir, que tengan como efecto la recuperación de la memoria de las víctimas, el reconocimiento de su dignidad y el consuelo de sus deudos.⁴⁷

Aquí la Corte distingue, por un lado, las medidas concretas de reparación y, por el otro, los efectos que dichas medidas producen. Para el Tribunal, las reparaciones consisten en “actos u obras de alcance o repercusión públicos, tales como la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir”. En cambio, “la recuperación de la memoria de las víctimas, el reconocimiento de su dignidad y el consuelo de sus deudos” son efectos de tales

⁴⁷ Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C, núm. 148, párr. 383. Entre otros véase en el mismo sentido, Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C, núm. 147 párr. 188; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146, párr. 219, y Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C, núm. 144, párr. 308.

medidas de reparación. La reparación es un derecho de las víctimas y un deber del Estado.⁴⁸ La memoria, al igual que como hizo el Tribunal en el área de justicia y verdad, es considerada “un efecto” de la reparación. Nuevamente, la Corte evita determinar la existencia de un derecho-deber de-a la memoria.

Al contrastar la referencias a la memoria en las áreas de verdad, justicia y reparación, es posible notar que el Tribunal distingue entre “preservación y construcción de la memoria histórica” como efecto del cumplimiento de los deberes en materia de verdad y justicia de “la recuperación de la memoria de las víctimas”—que algunas veces define como “conservar viva la memoria de las víctimas”—⁴⁹ que es el efecto de las reparaciones. Sin embargo, la Corte en ninguna de sus sentencias elabora sobre las relaciones, yuxtaposiciones, identidades y diferencias entre la “memoria histórica” y la “memoria de las víctimas”. Si ambos tipos de memoria son idénticos, cabe preguntarse por qué la Corte utiliza distinta terminología. En cambio, si existen diferencias, surge la duda de cuáles serían tales diferencias. Pero sea como sea, en la jurisprudencia de la Corte pareciera que existen dos tipos de memoria, la histórica y la de las víctimas, que conllevan diferentes consecuencias.

Tampoco en materia de reparaciones explica la magistratura interamericana las diferencias entre los términos utilizados con relación a la memoria: “preservación y construcción”, “conservación” y “recuperación” de la memoria. De acuerdo con el *Diccionario de la Real Academia Española*, preservar significa “Proteger, resguardar anticipadamente a una persona, animal o cosa, de algún daño o peligro”. Construir implica: “Fabricar, edificar, hacer de nueva planta una obra de arquitectura o ingeniería, un monumento o en general cualquier obra pública”. Es decir que, en cuanto efecto del derecho a la verdad o a la justicia, la memoria debe ser protegida o resguardada o por el contrario fabricada o hecha. Es decir, la memoria histórica puede o no existir. La Corte

⁴⁸ Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*. Reparaciones (Artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C, núm. 92, párr. 60.

⁴⁹ 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, núm. 77, párr. 103.

lamentablemente no nos explica cuándo la memoria existe y, por tanto, debe ser preservada o conservada viva ni cuándo se carece de memoria y, por tanto, es necesario construirla. En contraste, en cuanto reparación, de acuerdo con la Corte la memoria debe ser recuperada. De nuevo, el *Diccionario de la Real Academia Española* nos dice que recuperar significa en su primera acepción: “Volver a tomar o adquirir lo que antes se tenía”. Puede pensarse entonces que la memoria existía, pero había sido despojada de sus titulares y por ello debe recuperarse. Nuevamente, el Tribunal no nos explica cuándo se tuvo la memoria, en qué consistía la misma, quiénes la poseían y cómo sucedió la desposesión, ni quiénes fueron los responsables del despojo. Sin embargo, en otra serie de casos, la Corte menciona en materia de reparaciones que se debe “conservar viva” la memoria. De nuevo, el diccionario nos dice que conservar es “Mantener algo o cuidar de su permanencia”.⁵⁰ Aquí la reparación ya no es para recuperar, sino para conservar la memoria. ¿Por qué en algunos casos se sostiene que la memoria se habría perdido y por ende debe ser recuperada y en otros que la memoria existe y por ende debe ser preservada? ¿Cuáles son las diferencias fácticas y jurídicas que justifican estas discrepancias? La Corte no nos provee elementos para responder a estos interrogantes. Puede incluso pensarse que las divergencias terminológicas son simples recursos discursivos e idiomáticos del Tribunal que no deben tomarse literalmente. Pero dada la repetición mecánica y automática que la Corte hace de ellas y que los tribunales latinoamericanos supuestamente deben seguir,⁵¹ las licencias literarias no deberían predominar en las decisiones judiciales del Tribunal.

⁵⁰ Todas las definiciones tomadas del Diccionario de la Real Academia Española, disponible en <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>

⁵¹ De acuerdo con el tan mentado control de convencionalidad que exige no solo que los tribunales latinoamericanos apliquen al Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino también la interpretación de la Corte del tratado. Véase Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154, párrs. 123-124. Para un análisis crítico de este deber de seguir la interpretación de la Corte véase mi artículo “El Impacto del Control de Convencionalidad. ¿Un Cambio de Paradigma en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos?” en Rivera, Julio César (ed.), *Tratado de los derechos constitucionales*, Hardcover, 2014.

Más desconcertante aún es que la Corte no indica los estándares aplicables sobre la manera en que la memoria debe ser recuperada. La jurisprudencia de la Corte es sumamente errática, críptica, silenciosa y casi arbitraria, en cuanto a cuáles medidas de reparación deben ordenarse para “recuperar la memoria”. Se carece de un principio coherente que oriente sus decisiones y permita predecir qué tipo de medidas serán ordenadas y cuáles serán rechazadas. Ello a pesar y sin quitar mérito a la importancia de que las medidas puntuales que ordena son, en general, de extremo valor reparatorio para las víctimas y para las sociedades.

En los próximos pasos procuraremos desentrañar algunas pautas que emergen de esta errática jurisprudencia. Un principio importante que surge de algunos casos es que las víctimas aparentemente son las únicas titulares de las medidas de reparación tendentes a la recuperación de la memoria.⁵² Por ejemplo, en *La Cantuta*, la Corte dispuso que el Estado debía asegurarse de que las personas declaradas como víctimas ejecutadas o de desaparición forzada se encuentren representadas en el monumento destinado a la memoria, “en caso de que no lo estén ya y si sus familiares así lo desean”.⁵³ Es decir, la obligación estatal se encuentra condicionada al deseo de las víctimas. Consistentemente, las víctimas puedan negarse expresamente a medidas tendentes a la recuperación de la memoria de la víctima. Si la negativa se produce, la Corte no las ordenará. Por ejemplo, en *Torres Millacura* la Comisión solicitó a la Corte que ordene al Estado una serie de medidas destinadas “a la recuperación de la memoria histórica”. Sin embargo, dado que la madre de la víctima rechazó

⁵² Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C, núm. 213, párr. 213, y *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, núm. 221, párr. 286. Véase, además, el *Caso Fernández Ortega y otros. vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C, núm. 215, párr. 247, y el *Caso Fernández Ortega y otros. vs. México*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 25 de noviembre de 2010, considerando 6.

⁵³ Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 162, párr. 236.

expresamente estas solicitudes, la Corte entendió que “en tanto medidas de satisfacción de las víctimas, el Tribunal no ordenará este tipo de medidas como reparación de los hechos”.⁵⁴ De todas maneras, sostener que las víctimas son titulares monopólicas de la memoria ofrece sus peligros en cuanto a los aspectos sociales de la memoria.⁵⁵ Algo que la Corte no necesariamente desarrolla.

Tampoco explica por qué la voluntad de las víctimas no prevalece cuando la Corte ordena medidas tendentes a la preservación de la memoria que difieren de lo solicitado expresamente por las víctimas. Por supuesto que no se puede sujetar el Tribunal al simple deseo de las víctimas al ordenar reparaciones, pero en tanto y en cuanto titulares de esa memoria individual, las víctimas al menos deberían recibir una explicación detallada de la Corte del por qué se aparta de su solicitud original y ordena otras medidas que podrían ser no deseadas por las víctimas.

Por ejemplo, en *Diario Militar* las representantes de las víctimas solicitaron la elaboración de “un documental que recoja y relate la resistencia y valentía del pueblo guatemalteco representado por el *Diario Militar*, así como la lucha de los familiares por buscar la verdad y la justicia”. La Corte, a pesar de indiciar que el contenido del audiovisual debe ser “previamente acordado con las víctimas y sus representantes” solo menciona que el video debe referirse a “los hechos y víctimas del presente caso, el contexto en el que se desarrollaron y la búsqueda de justicia de sus familiares” pero no así “la resistencia y valentía del pueblo guatemalteco” uno de los elementos centrales solicitados.⁵⁶ ¿Cuál es el criterio con que la Corte restringió el contenido del video? ¿Por qué no estimó pertinente mencionar la resistencia y valentía del pueblo guatemalteco? En *Diario Militar* las representantes también solicitaron “que, en memoria de las víctimas, se construya un Parque de la Memoria en Guatemala” que simbolice la cultura de derechos humanos y la lucha contra la impunidad, así

⁵⁴ Corte IDH. *Caso Iván Eladio Torres Millacura y otros vs. Argentina*, Méritos, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de agosto de 2011. Serie C, núm. 229, párr. 172.

⁵⁵ Jelin, *op.cit.* p. 53.

⁵⁶ *Caso Diario Militar*, párrs. 344 y 346.

como que represente un lugar especial para recordar a sus seres queridos. Solicitaron que dicho parque “cuenta con un Museo, una Biblioteca, Mediateca, área para Exposiciones Temporales, Auditorio, un Centro Educativo [...] y que también comprenda el Registro Nacional Unificado de Personas Desaparecidas durante el conflicto armado interno”, y que en él se coloquen “jardines con los bustos de las víctimas de este caso, una placa con todos los nombres de las personas desaparecidas durante el conflicto armado interno”.⁵⁷ Sin embargo, la Corte simplemente ordenó “la construcción de un parque o plaza en honor a la memoria de las víctimas del caso, que sirva a los familiares como un espacio donde recordar a sus seres queridos”.⁵⁸ Esta es una interpretación limitada de los memoriales. Como se ha explicado,

los memoriales a menudo son categorizados como “reparaciones simbólicas”. No obstante, aunque este vínculo con reparaciones morales o colectivas es importante, sería errado visualizar a los memoriales y a los Sitios de Conciencia solo como reparaciones simbólicas. Tal clasificación no refleja adecuadamente el potencial que poseen los memoriales para transformarse en espacios de participación pública que pudieran, en el largo plazo, favorecer una amplia variedad de estrategias de construcción de democracia.⁵⁹

De manera diferente, la Corte optó en este caso por la aproximación individual del memorial, ya que solo ordenó la colocación de la placa con los nombres individuales. Es decir, una concepción restrictiva e individualizada de la memoria.⁶⁰ ¿Por qué la construcción de un museo, biblioteca, auditorio, centro educativo fueron rechazados? Este caso demuestra que la Cor-

⁵⁷ *Ibidem*, párr. 343.

⁵⁸ *Ibidem*, párr. 349.

⁵⁹ *Memorialización y democracia: políticas de Estado y acción civil*, p. 9, disponible en <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/19935.pdf>

⁶⁰ En *García*, la Corte dispuso que “dada la similitud del contexto y hechos que ocurrieron en ambos casos, así como las violaciones declaradas” se incluya el nombre de Edgar Fernando García en la placa que se coloque en dicho parque o plaza”. Corte IDH. *Caso García y Familiares vs. Guatemala*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012. Serie C, núm. 258, párr. 210.

te puede tener un criterio restrictivo sobre lo que se recuerda y cómo se recuerda.

De manera contraria a estas perspectivas restrictivas, que parecerían emerger de casos como *Diario Militar* donde el Tribunal ordena menos que lo peticionado, la Corte muchas veces avanza más allá de lo solicitado por las partes. Por ejemplo, en el mismo *Diario Militar* dispuso que la placa que ordena debía expresar que “su existencia obedece al cumplimiento de la reparación ordenada por la Corte Interamericana”,⁶¹ algo que ninguna de las partes había peticionado. Por supuesto que recordar que el memorial fue erigido por una orden de la Corte, puede proveer legitimidad al Tribunal en tanto muestra la efectividad de sus decisiones. También puede justificarse en cuanto que implícitamente sostiene que el Estado no erigió el monumento o colocó la placa por propia voluntad, sino que debió ser demandado internacionalmente para dar este reconocimiento.⁶² Todo ello, por supuesto que construye memoria social sobre la actitud del Estado frente a violaciones cometidas y a la intervención del Tribunal Internacional. Sin embargo, también parecería que la Corte está más interesada en la memoria de su propia actuación que la memoria social guatemalteca, en la creación de espacios de reflexión públicos, o en memorializar la resistencia del pueblo guatemalteco. Es una pena que el Tribunal no explique por qué debe mencionarse su propia actuación. ¿No sería más importante que el único mensaje sea el nombre de las víctimas, si es un espacio para recordar a los seres queridos? ¿Por qué es necesario incluir a la Corte para recordar a los seres queridos? ¿Y para la garantía de no repetición, no sería más importante que el mensaje fuese del Estado a las víctimas y no como una imposición de un Tribunal Internacional?

⁶¹ *Caso Diario Militar*, *supra*, párr. 346. Una decisión similar se encuentra en el Mozote, donde la Corte al ordenar la producción de un audiovisual requiere que el mismo contenga una “mención específica del presente caso”. Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños*, *supra*, párr. 365.

⁶² Como explica Blustein una de las razones que justifica el involucramiento de actores internacionales en los esfuerzos de memoria es la inhabilidad o falta de voluntad de las sociedades (y Estados) de memorializar a las víctimas. Jeffrey Blustein, “Human Rights and the Internationalization of Memory”, en *Journal of Social Philosophy*, vol. 43, núm. 1, 2012, p. 20.

Unos meses antes, en *Masacres de Río Negro*, la Corte también omitió ordenar la creación de un museo de la memoria, tal como había sido solicitado. El Estado, en *Masacres de Río Negro*, asumió el compromiso de gestionar ante el Programa Nacional de Resarcimiento, el Ministerio de Cultura y Deportes y el Fondo Nacional para la Paz (FONAPAZ), la construcción del museo solicitado, de conformidad con el presupuesto que estas instituciones tengan asignado y con sus mandatos institucionales.⁶³ Frente a este compromiso genérico y limitado de acuerdo con los recursos financieros y mandatos institucionales, la Corte expresó que “valora la disposición del Estado de implementar esta medida de reparación” y simplemente “toma nota de los compromisos asumidos por este”.⁶⁴ De manera similar, en el caso *El Mozote*, los representantes de las víctimas también solicitaron toda una serie de medidas relativas a la memoria de las víctimas que el Estado se comprometió a realizar. La Corte nuevamente valoró la voluntad del Estado, pero decidió no supervisar su cumplimiento.⁶⁵ ¿Por qué las medidas relativas a la memoria no requieren supervisión en ciertas circunstancias? ¿Qué sucede si un cambio de gobierno cambia la actitud en cuanto a dichos compromisos? Frente a las claras medidas de supervisión en otras áreas, tanto de reparaciones como de justicia, sorprende la laxitud de la Corte en esta serie de casos. Aparentemente, la falta de calificación expresa de la memoria como derecho y deber, lleva al Tribunal a flexibilizar, en cierta medida, la supervisión de la implementación de iniciativas de memoria.

Relacionado con la titularidad de la memoria individual en las víctimas, la Corte, en los casos relativos a medidas de reparación relacionadas con la memoria, ordena la participación de

⁶³ Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C, núm. 250, párr. 276.

⁶⁴ *Ibidem*, párr. 276. La misma generalidad se puede observar por ejemplo en el caso *García*, donde la Corte simplemente homologa un acuerdo para la creación de un Memorial de la Concordia sin especificaciones directas sobre el mismo. Corte IDH. *Caso García y Familiares vs. Guatemala*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012. Serie C, núm. 258, párrs. 20-209.

⁶⁵ *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños, supra*, párr. 370.

y coordinación con las víctimas. Por ejemplo, la Corte ha ordenado que “la realización y demás particularidades de [la] ceremonia pública [de reconocimiento] deben consultarse previa y debidamente” con la madre de la víctima.⁶⁶ Ello reafirma que, a criterio de la Corte, la memoria no debería ser una empresa completamente librada a la discreción del Estado. Por el contrario, las víctimas deben tener una palabra en la misma, incluso en los casos de iniciativas puramente oficiales. Así por ejemplo, en *Gonzales Medina*, el Estado inauguró un centro cultural con el nombre de la víctima. Sin embargo, la Corte notó que “el Estado no les dio participación [a las víctimas] en su planificación, aun cuando fueron invitados a la inauguración de dicho centro”.⁶⁷ Por ello, la Corte ordenó la colocación de una placa conmemorativa en dicho centro.

Como llevamos dicho, la Corte distingue entre la memoria individual y la memoria colectiva. La más clara distinción entre la memoria individual y la colectiva⁶⁸ se da en *Anzualdo Castro*. La Comisión y los representantes solicitaron ciertas medidas de recuperación de la memoria. El Estado se opuso a tales solicitudes indicando que existía un proyecto de construir un ‘Museo de la Memoria’. La Corte entendió que:

La propuesta del Estado de sustituir el acto de reconocimiento por el “Museo de la Memoria” *no constituye una medida individual de satisfacción adecuada*, si bien el Tribunal reconoce que ese tipo de iniciativas son significativas en atención a la recuperación y construcción de la memoria histórica de una sociedad. En razón de lo anterior, la Corte considera necesario que el Estado realice un acto público de reconocimiento de responsabilidad por la desaparición

⁶⁶ Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C, núm. 277, párr. 257.

⁶⁷ 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, núm. 240, párr. 299.

⁶⁸ Sobre las dimensiones individuales y colectivas de la memoria y la jurisprudencia de la Corte, véase Uprimmy Salazar, Catalina, “La memoria en la Ley de Víctimas de Colombia: derecho y deber”, en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 8, 2012.

forzada de Kenneth Ney Anzualdo Castro, y de desagravio para él y sus familiares (las cursivas son nuestras).⁶⁹

En casos aislados, la Corte ordena que la placa no solo recuerde a las víctimas y las violaciones cometidas, sino también el contexto en que ocurrieron. Ello parecería más acorde con la idea de una memoria social que con la de una memoria puramente individual de la que venimos hablando. Así, en *Baldeón*, la Corte ordena que la placa que se coloque “deberá hacer alusión al contexto de violencia hacia los campesinos que existía en Perú al momento de los hechos, del cual el señor Bernabé Baldeón García fue víctima”.⁷⁰ Pero esta línea no es la predominante en la jurisprudencia de la Corte.

Una concepción de memoria individual y titularizada solo en las víctimas que se complementa con la dimensión social de la memoria, también se encuentra claramente presente en la jurisprudencia de la Corte. El nombrar una calle o una plaza, erigir un monumento o colocar en un lugar público una placa con el nombre de la víctima, no solo es un aspecto de la memoria individual, sino también de la apropiación de espacios colectivos y públicos para recordar tanto a las víctimas como las violaciones cometidas por el Estado, que afectaron a las víctimas así como a la sociedad en su conjunto. Todo ello con el propósito de crear conciencia colectiva sobre las mismas.

Al igual que en otras áreas, la Corte no brinda elementos suficientes para avanzar en estas relaciones entre memoria individual y colectiva y responder al balance apropiado entre los intereses individuales de las víctimas y los de la sociedad en su conjunto en materia de memoria. Por ejemplo, si un Estado crea una comisión de la verdad que, a criterio de la Corte contribuye a la “preservación y construcción de la memoria histórica”, ¿podrían los familiares de una persona desaparecida oponerse a que el nombre de su ser querido aparezca en el informe de di-

⁶⁹ Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C, núm. 202.

⁷⁰ *Caso Baldeón García vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C, núm. 147, párr. 205.

cha comisión? ¿Hay alguna diferencia en materia de memoria entre reparación y verdad en cuanto a los balances entre los aspectos individuales —memoria individual— e intereses colectivos —memoria histórica—? Posiblemente sí la hay, y por eso la Corte habla de memoria de las víctimas y memoria histórica, pero lamentablemente el Tribunal no explica estas diferencias ni los estándares apropiados para determinar estas diferencias. Tampoco proporciona la jurisprudencia pautas para explicar las relaciones entre ambas memorias, pues obviamente la memoria de las víctimas es parte de la memoria histórica y viceversa. El silencio o falta de explicación del Tribunal sorprende, pues la Corte está consciente de ambas dimensiones de la memoria. Por ejemplo, con respecto a la realización de un documental sobre los hechos del caso concreto, la Corte considera que este tipo de iniciativas

son significativas tanto para la preservación de la memoria y satisfacción de las víctimas, como para la recuperación y restablecimiento de la memoria histórica en una sociedad democrática.⁷¹

Este párrafo, consistentemente repetido por la Corte,⁷² demuestra las dos dimensiones de la memoria. La Corte está consciente de que muchas de las medidas que ordena en materia de memoria trascienden a los familiares y cumplen objetivos mayores que la simple recordación. Así, ordena medidas que garanticen “una mayor incidencia y reconocimiento de la memoria de la víctima y de los hechos ocurridos”, pues estas iniciativas de memoria contribuyen a “despertar la conciencia pública para evitar la repetición de [los] hechos”.⁷³

⁷¹ Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C, núm. 253, párr. 345.

⁷² Véase por ejemplo, Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C, núm. 209, párr. 356; y 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, núm. 252, párr. 365.

⁷³ 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, núm. 240, párr. 298.

Una de las medidas típicas que la Corte ordena, es la colocación de placas u otras iniciativas destinadas a incluir los nombres de cada una de las víctimas.⁷⁴ Estas medidas cumplen un rol muy importante en los aspectos individuales y colectivos de la memoria:

El mensaje esencial de estos monumentos es recuperar la individualidad de quienes perdieron su vida. Por eso los nombres, la acción de nombrar a cada uno como individuo único y distinto... y un efecto abrumadoramente contundente en su cantidad, que refleja la envergadura de la pérdida. Los familiares de los detenidos-desaparecidos expresan su ansiedad por alcanzar a ver construido el monumento para “poder tocar” el nombre de los suyos.⁷⁵

Por otro lado, la acción de nombrar con placas a las víctimas como es ordenado por la Corte, sirve propósitos reparatorios y deslegitimantes de las prácticas abusivas al mismo tiempo. En efecto, en casos como la desaparición forzada,

frente a la metodología del terror, el secreto de la detención y ejecución y ocultamiento de los cuerpos, un memorial que simplemente haga público el nombre de la víctima o su rostro es al mismo tiempo una dignificación de víctima como un cuestionamiento de la práctica misma del terror. En otras palabras, la memoria cumple objetivos deslegitimadores de las violaciones perpetradas.⁷⁶

La memoria como concepto y como dinámica, es compleja y nunca unívoca.⁷⁷ En otras palabras, no existe una respuesta única a lo que se recuerda, sino que existe un espacio para la memoria heterogénea y divergente. El Grupo de Trabajo sobre las Desa-

⁷⁴ *Caso de los Niños de la Calle*, párr. 103.

⁷⁵ Valdez, Patricia, *Culturas, memorias y traumas nacionales: Memorials*, Washington y Buenos Aires, Wilson Center, 2011, p. 3, disponible en <http://www.wilsoncenter.org/publication/culturas-memorias-y-traumas-nacionales-memorials-en-washington-y-buenos-aires>

⁷⁶ Brodsky, Mario, *Violencia, Comisiones de la Verdad y Memorias. (Anotaciones sobre los casos de Argentina, Chile y Perú)*, p. 15, disponible en <http://www.cedocmuseodelamemoria.cl/wp-content/uploads/2014/03/Violencia-Comisiones-de-Verdad-y-Memorias-final.pdf>

⁷⁷ Jelin, *op. cit.*, p. 51.

pariciones Forzadas e Involuntarias se ha referido a la necesidad de que los Estados adopten un marco jurídico global “con el fin de evitar la revictimización y nuevas violaciones del derecho a la dignidad. La legislación debe establecer los criterios y los procesos para el establecimiento de esos monumentos, teniendo en cuenta las controversias que podrían surgir de los recuerdos contradictorios de los diferentes grupos de la sociedad”.⁷⁸ Es que la memoria puede ser cuestionada y se manifiesta de distintas maneras.⁷⁹ Por ejemplo, en *El Mozote*, los representantes solicitaron a la Corte que ordene al Estado retirar los nombres de las personas identificadas como responsables de las masacres de cualquier institución pública, así como la prohibición de cualquier homenaje en su honor. Al respecto, explicaron que una sala del Museo Militar de las Fuerzas Armadas y la Tercera Brigada de Infantería llevan el nombre de Domingo Monterrosa y otra sala del Museo Militar lleva el nombre de Armando Azmilia Melara, a pesar de que dichas personas estarían identificadas como dos de los oficiales que tuvieron a su cargo la dirección del operativo donde se perpetraron las masacres.⁸⁰ La Corte, luego de sostener que “ha constatado el sentimiento de dolor y de injusticia que los referidos homenajes provocan a las víctimas sobrevivientes y familiares de las víctimas ejecutadas en las masacres” no consideró procedente ordenar esta medida “ya que la emisión de la presente sentencia y las reparaciones ordenadas resultan suficientes y adecuadas”.⁸¹ Por las mismas razones tampoco estimó necesario ordenar que se designe el 11 de diciembre de 1981 —fecha en que comenzó la masacre de El Mozote— como el “Día Nacional de las víctimas de masacres cometidas durante el conflicto armado de El Salvador”.⁸² Así, en El Salvador la memoria histórica, a través del acto de nombrar a víctimas y perpetradores demues-

⁷⁸ *Informe Anual del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias*, 2012, A/HRC/22/45, párr. 64.

⁷⁹ Huyssen, Andreas, “International Human Rights and the Politics of Memory: Limits and Challenges”, en *Criticism*, vol. 53, núm. 4, 2011, p. 616.

⁸⁰ 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, núm. 252, párr. 373.

⁸¹ *Idem*, párr. 375.

⁸² *Idem*, párr. 377.

tra su complejidad, los intensos debates que puede generar y los profundos sentimientos y reacciones que provoca. Dadas estas complejidades, la Corte puede estar justificada en su circunspección y prudencia al momento de ordenar medidas relativas a la memoria. Pero la prudencia debería expresarse de manera coherente, consistente y basada en principios claros y considerando detenidamente el contexto de cada caso en específico. Particulares modos de memorialización que pueden estar justificados y ser realizables en un contexto social determinado pueden ser demasiado riesgosos, costosos, intrusivos, prematuros, insuficientes en otros contextos.⁸³

Esta circunspección y comprensión cabal del contexto estuvo ausente en *Castro Castro*, cuando la Corte ordenó la inclusión de los nombres de 41 exguerrilleros de Sendero Luminoso asesinados en 1994 en la masacre de Castro Castro, en el memorial “El ojo que llora”.⁸⁴ Esta orden indignó a muchos peruanos, quienes tienen amargos recuerdos de los atentados y atrocidades que este grupo cometió contra gente inocente. Hubo una campaña de prensa, se amenazó con el cierre del memorial. Un grupo de manifestantes de identidad desconocida atacó al memorial, destruyendo una parte fundamental de su piedra central, sacaron de su sitio diversas piedras con los nombres de las víctimas y rompieron parte de ellas. Algunos creen que el monumento se salvó después de una intervención pública de Mario Vargas Llosa.⁸⁵ La Corte, sin reconocerlo, debió enmendar su error y cambiar su decisión. En efecto, en la sentencia de interpretación la Corte dispuso que “el Estado establezca un parque o erija un monumento que satisfaga el sentido y fin de la medida de reparación ordenada por el Tribunal”,⁸⁶ sin especificar el lugar. El debate entonces,

⁸³ Blustein, *op. cit.*, p. 30.

⁸⁴ Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 160, párr. 454.

⁸⁵ Véase Vargas Llosa, Mario, “El ojo que llora”, en *El País*, 14 ene 2007, disponible en http://elpais.com/diario/2007/01/14/opinion/1168729205_850215.html

⁸⁶ Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de agosto de 2008, Serie C, núm. 181, párr. 57.

era en cuanto al contenido de la memoria, a quién y cómo se recuerda y quién es víctima. La pregunta puntual era si pueden convivir en un memorial las víctimas inocentes de la violencia peruana junto a personas acusadas o condenadas por actos de terrorismo, aunque también hubiesen sido ejecutadas por el Estado. Nuestra respuesta es que si el memorial es para las víctimas de la violencia estatal, sí.

Pero, a los fines de nuestro trabajo, la decisión original de la Corte en *Castro Castro* demuestra los peligros de órdenes demasiado específicas que no atienden al contexto particular del caso y no respetan lo solicitado por la Comisión y la representante de las víctimas.⁸⁷ Es que la imposición forzada a los Estados de proyectos de memoria por parte de actores internacionales, incluida la Corte, sin ningún tipo de apoyo local, generalmente tenderá a fracasar porque serán rechazados o generarán resentimiento.⁸⁸ También representa las consecuencias negativas de la carencia de principios claros que orienten el accionar de la Corte. En definitiva, son un ejemplo de la falta de una concepción comprensiva de la Corte de qué, quién, cuándo, cómo, dónde, por qué y para qué se recuerdan las víctimas y violaciones a los derechos humanos.

Veamos otro ejemplo de esta carencia de pautas en la jurisprudencia de la Corte. En *Molina Theissen*, la Comisión y los representantes solicitaron, entre otros, que se nombre un “Salón de los Derechos del Niño: Marco Antonio Molina Theissen” con el objeto de reivindicar la memoria de los “niños y niñas” que sufrieron la violencia durante la época del conflicto armado.⁸⁹ El Estado, por su parte, propuso que “se invite a los representantes de los grupos insurgentes de la época a realizar, con el Estado, un reconocimiento conjunto en los actos y pedir perdón a las víctimas y familiares, incluyendo a la familia comprendida en el

⁸⁷ Citroni, Gabriella, “La preservación de la memoria histórica a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Mandolessi, Silvana y Alonso, Maximiliano, *Estudios sobre la Memoria. Perspectivas actuales y nuevos escenarios*, 2014.

⁸⁸ Blustein, *op. cit.*, p. 26.

⁸⁹ Corte IDH. *Caso Molina Theissen vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de julio de 2004. Serie C, núm. 108, párr. 75.

presente caso”. En cuanto al salón conmemorativo, sugiere que sea denominado “Salón de resguardo a la memoria histórica del conflicto armado interno”, y en el mismo se provea información sobre las víctimas del conflicto armado, con un espacio especial para aquellos menores de edad que fueron víctimas de violencia o sufrieron la muerte durante los 36 años de dicha confrontación interna del país. Este salón debería ser inaugurado con la participación de representantes del Estado, organizaciones insurgentes y sociedad civil”.⁹⁰

Es decir, quedaba clara la divergencia de la Comisión y representantes de las víctimas con el Estado en cuanto a lo que debería recordarse y cómo debería recordarse. Se diferenciaban en cuanto a quiénes eran los responsables de las atrocidades cometidas y qué víctimas debían memorializarse. Sin embargo, la Corte omitió, sin explicación alguna, pronunciarse sobre el salón conmemorativo. Ello a pesar de que las partes habían expresado su mutuo acuerdo en la importancia del salón conmemorativo, pero con diferentes contenidos. El caso ofrecía una oportunidad a la Corte para ofrecer pautas que permitiesen orientar el debate acerca de estas divergencias en materia de memoria. Con respecto al acto público, la Corte ordenó al Estado realizar un acto público de reconocimiento de su responsabilidad en relación con los hechos de este caso, y en desagravio de las víctimas. Dicho acto debía contar con la presencia de altas autoridades del Estado.⁹¹ Nuevamente, el Tribunal omitió responder a la solicitud del Estado de que se invite a dirigentes insurgentes. Coincidimos con la decisión final de la Corte, por entender que el acto se refiere al reconocimiento de la responsabilidad estatal por las violaciones determinadas por la Corte y la presencia de exdirigentes insurgentes podría pretender diluir tal responsabilidad o justificarla de alguna manera. Sin embargo, nos preguntamos cuáles son los fundamentos que motivaron a la Corte a rechazar la petición estatal.

A estas alturas, el lector podrá apreciar que la Corte carece de criterios o principios claros sobre qué medidas relativas a la memoria son ordenadas y cuáles no. Es difícil saber cuándo alguna

⁹⁰ *Idem.*

⁹¹ *Caso Mack*, párr. 87.

medida puntual será procedente. Si la Corte acoge una medida, es imposible desentrañar los fundamentos del Tribunal para dar ciertas pautas sobre dicha medida. Veamos el ejemplo del caso *Mack*. La Comisión solicitó entre otras cosas que para “conservar viva la memoria de la víctima” el Estado edite un libro y un video contando la historia de la vida de la víctima; construya un monumento en nombre de la víctima o le ponga el nombre de esta a una plaza o avenida; y constituya una beca con el nombre de la víctima en la carrera de antropología en una universidad guatemalteca para que un estudiante pueda ser financiado durante todo el tiempo que duran los estudios.⁹² Los representantes de las víctimas solicitaron, entre otras cosas, de manera complementaria, que el presidente de Guatemala y el ministro de la Defensa expresen públicamente su pedido de perdón a la familia; se establezcan dos becas anuales con el nombre de Myrna Mack Chang; se erija un monumento dedicado a Myrna Mack Chang.⁹³

La Corte acogió la solicitud de un acto público con las siguientes características: debía ser “de reconocimiento de su responsabilidad en relación con los hechos de este caso y de desagravio a la memoria” de las víctimas, “en presencia de las más altas autoridades del Estado, el cual deberá ser difundido a través de los medios de comunicación” y debía además “honrar públicamente la memoria de[1] [...] investigador policial que fue asesinado, en relación con los hechos de la [...] causa”.⁹⁴ Asimismo, ordenó el establecimiento de una beca con el nombre de Myrna Mack Chang, para cubrir un año de estudios en antropología⁹⁵ y dispuso darle el nombre de Myrna Mack Chang a una calle o plaza reconocida en Ciudad de Guatemala y colocar en el lugar donde falleció o en sus inmediaciones, una placa destacada en su memoria que haga alusión a las actividades que realizaba.⁹⁶

El Tribunal no proveyó ninguna explicación sobre los motivos que llevaron a desechar otras solicitudes de las partes, como

⁹² *Ibidem*, párr. 268.

⁹³ *Ibidem*, 269.

⁹⁴ *Ibidem*, párr. 278 y 279.

⁹⁵ *Ibidem*, párr. 285.

⁹⁶ *Ibidem*, párr. 286.

por ejemplo la creación de un monumento o la producción de un audiovisual. Sorprende este silencio, pues similares medidas fueron ordenadas en otros casos, como hemos citado precedentemente. ¿Por qué en algunos casos un video y un monumento son procedentes y en otros no? Tampoco explicó la Corte por qué ordenó ciertas medidas que no coincidían exactamente con lo peticionado por las partes. Por ejemplo, sobre la beca, ¿por qué la Corte ordenó una en lugar de dos becas para cubrir un año de estudios en lugar de dos, tal como había sido solicitado? Sobre el acto público, ¿por qué incluyó a otra persona que debía ser honrada cuando no era víctima en el caso ante la Corte? ¿Por qué no ordenó el pedido de perdón solicitado como lo ha hecho en otros casos?⁹⁷ Estas preguntas no solo demuestran la falta de fundamentación de la Corte sobre sus órdenes en materia de memoria, sino que generan dudas adicionales, como por ejemplo su capacidad de ordenar reparaciones para víctimas no incluidas en el caso. ¿Cuáles son las bases legales y convencionales de las que se derivan tales facultades?

Mack también representa la multiplicidad de expresiones terminológica utilizadas por la Corte. En *Mack*, como en otros casos,⁹⁸ la Corte habla de “desagravio” a la memoria de las víctimas. De modo que aquí estamos ante una nueva categoría. Ya no se trata de preservación, construcción, recuperación o conservación de la memoria. Aquí la Corte pretende desagraviar a dicha memoria. Pero, lamentablemente, de los casos en los que el Tribunal utiliza el término desagravio no es posible identificar qué elementos constituyen un agravio a la memoria que lo diferencia de la vasta mayoría de casos donde la Corte no se refiere al desagravio de la memoria. Lo cierto es que, de acuerdo con la Corte, una misma medida, el acto público, sirve tanto para recuperar como para desagraviar la memoria de la víctima. Aquí

⁹⁷ Véase por ejemplo, Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C, núm. 277, párr. 257, donde la Corte ordena un acto de “disculpas públicas”.

⁹⁸ Véase por ejemplo, *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 209, párr. 353.

también podemos ver inconsistencias del lenguaje. Así, en *19 Comerciantes* la Corte ordena la realización de “un acto público de reconocimiento de su responsabilidad internacional en relación con los hechos de este caso y **de desagravio a la memoria de los 19 comerciantes**”.⁹⁹ En cambio, apenas cinco meses después, en *Plan de Sánchez*, el acto público de reconocimiento de responsabilidad es directamente “**en desagravio de las víctimas**” y no de desagravio a la memoria de las víctimas.¹⁰⁰ En otros casos, especialmente en los más recientes, ni siquiera menciona el desagravio como objetivo del acto público.¹⁰¹ Más grave aún es cuando ante hechos aparentemente similares, la Corte no ordena la realización de un acto público.¹⁰² ¿Hay alguna diferencia? Si la hay, el Tribunal no la explicita.

Dos puntos finales sobre memoria y reparaciones. Un elemento que también la Corte considera, es que la entrega de los restos mortales es una reparación en sí misma al hacerle **honor al valor que su memoria tiene para los que fueron sus seres queridos**.¹⁰³ Finalmente, la Corte está consciente de la perspectiva cultural en materia de memoria. Así por ejemplo, ha ordenado que en el acto público de desagravio y reconocimiento de responsabilidad, el Estado tome en cuenta las tradiciones y costumbres de los miembros de las comunidades afectadas.¹⁰⁴

⁹⁹ Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C, núm. 109, párr. 274.

¹⁰⁰ Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C, núm. 116, párr. 98.

¹⁰¹ Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C, núm. 186, párr. 249 o *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C, núm. 287, párr. 576.

¹⁰² Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C, núm. 289, párr. 332.

¹⁰³ *Caso 19 Comerciantes*, párr. 266 y Corte IDH. *Caso Del Caracazo vs. Venezuela*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C, núm. 95, párr. 123.

¹⁰⁴ *Caso Masacre Plan de Sánchez*, párr. 101.

6. UNA REFLEXIÓN EN LUGAR DE CONCLUSIÓN

La memoria —lo que se recuerda, cómo se recuerda— por qué se recuerda define el tipo de sociedad que somos y que queremos ser. El modo en que las sociedades y los actores políticos, jurídicos, sociales, culturales, económicos, académicos se sitúan frente a las graves violaciones a los derechos humanos cometidas por regímenes autoritarios, dictatoriales o en el contexto de guerras civiles o internacionales, constituyen un criterio definitorio de su identidad.¹⁰⁵ Pues, la memoria de las violaciones a los derechos humanos busca contar una historia sobre el pasado que influye la forma en cómo pensamos y actuamos en el presente y cómo nos proyectamos al futuro. En este sentido, memoria es un elemento definitorio de la identidad social de un país. Y desde esta perspectiva, la Corte debería ser mucho más cuidadosa en las órdenes que emite respecto a la memoria, ya que necesariamente influirán en dicha identidad. Es que la jurisprudencia de la Corte en materia de memoria también contribuye a definir la identidad de las sociedades destinatarias de sus decisiones como la identidad del propio Tribunal.

La memoria incluye elementos sociales, políticos, antropológicos, filosóficos, culturales, psicológicos, urbanísticos, arquitectónicos y arqueológicos, entre otros. La memoria además se expresa y se crea o manifiesta a través de multiplicidad de maneras tales como los sitios donde se cometieron violaciones, los monumentos, las placas, los testimonios y su compilación, preservación y difusión, los actos, las recordaciones, los textos educativos, académicos y periodísticos, los medios audiovisuales, por mencionar algunos. Esta diversidad pareciera generarle dificultades a la Corte Interamericana al momento de decidir cuáles medidas de reparación relativas a la memoria ordenará y en su caso, cuál será el contenido de dichas medidas.

La responsabilidad estatal de asegurar los derechos a la verdad, la reparación, la justicia y las garantías de no repetición, colocan al Estado en un rol central y fundamental. Pero en materia de memoria, a diferencia de las reparaciones, justicia y verdad, el

¹⁰⁵ Blustein, *op. cit.*, p. 24.

Estado no tiene el control o iniciativa sobre el proceso. Mientras los tribunales —órganos estatales— y las comisiones de la verdad u otros mecanismos de búsqueda oficial de la verdad están bajo estricto control estatal, no sucede lo mismo con los procesos de memoria. Las propias víctimas, las instituciones educativas, los medios de comunicación, los museos privados, las organizaciones religiosas o de derechos humanos, por mencionar algunas, todas desarrollan, promueven, facilitan iniciativas de memoria. Esta multiplicidad de actores coloca a la Corte en una perspectiva a la que no está acostumbrada y pueden en cierto sentido explicar algunas de las dificultades, vacíos y contradicciones que evidencian su jurisprudencia en materia de memoria. También la explicación puede encontrarse en el hecho que la Corte no ha definido hasta ahora si existe un derecho a la memoria ni una obligación-deber de memoria. Por supuesto que la responsabilidad no radica exclusivamente en el Tribunal. Hasta donde conocemos, ningún Estado, representante de víctimas, defensor interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o los múltiples *amici* han provisto una teoría jurídica sobre la memoria que le permita al Tribunal una respuesta coherente. Tampoco desde la academia se ha avanzado en este sentido.

La Corte, al referirse a la memoria, ha utilizado una multiplicidad de términos que pueden ser sinónimos o bien demostrar diferentes perspectivas. Así, ha hablado de la preservación, construcción, rescate, recuperación, definición y desagravio de la memoria. También se ha referido a la memoria histórica, a la memoria de las víctimas y a la memoria del Estado. Con ello, no queremos realizar un análisis formalista o simplemente lingüístico. En sustancia, pensamos que el Tribunal ha hecho un esfuerzo muy importante por visibilizar la cuestión de la memoria e instalarla como un elemento importante, en particular frente a las graves violaciones a los derechos humanos y a la justicia transicional.

Pero como dijimos, la memoria en la jurisprudencia de la Corte también define la propia identidad del Tribunal. En esta identidad, vemos a una Corte que abre caminos, que por lo general asumía —lamentablemente lo decimos en tiempo pasado cuyo quiebre en parte coincide con la salida de la profesora Medina del Tribunal— una posición a favor de las víctimas y que procura

dar respuestas desde una visión a favor del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos. En muchos aspectos, la identidad del Tribunal parece demostrar su preocupación por el resultado al que arriba, antes que por la precisión terminológica o la coherencia interna de sus decisiones. Para nosotros, esta identidad ofrece fundamentalmente un punto de crítica. La preocupación por el resultado —en nuestro caso resaltar el aspecto de la memoria, algo que compartimos— muchas veces se logra sacrificando la técnica argumentativa. Y ello genera a nuestro criterio tres problemas centrales. Por un lado, afecta la seguridad jurídica al dificultar la predictibilidad de las decisiones del Tribunal en materia de memoria. En segundo lugar, afecta la credibilidad y legitimidad de la Corte en tanto y en cuanto las partes y otros actores relevantes no pueden conocer las razones por las cuales una petición fue resuelta en un sentido u otro. En tercer lugar, y no por ello menos importante, entorpece que los actores domésticos, sean judiciales, legislativos o ejecutivos, puedan obtener guías claras del Tribunal Interamericano sobre cómo articular políticas públicas en materia de memoria o decisiones judiciales sobre memoria en casos y situaciones concretas.

Nos dice Kundera que “la lucha del hombre contra el poder es la lucha de la memoria contra el olvido”.¹⁰⁶ Y la Corte nos explica que “la salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos”.¹⁰⁷ Por ello, es perfectamente entendible y necesario que la Corte explore recurrentemente el tema de la memoria. Pero sería fundamental que lo haga de una manera más cuidadosa y detallada.

Al concluir este trabajo pedimos disculpas públicas a la profesora Cecilia Medina —a quien consideramos nuestra amiga, mentora, ejemplo y guía—. No hemos cumplido cabalmente con su invitación y llamado a formular preguntas y ofrecer respuestas, aunque sean tentativas. Reiteramos las preguntas que quisimos dejar planteadas y podrían contribuir a la construcción de una

¹⁰⁶ Kundera, Milan, *El Libro de la Risa y el Olvido*, trad. del checo de Fernando de Valenzuela, 1986, p. 12.

¹⁰⁷ Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 151, párr. 129.

teoría jurisprudencial interamericana coherente y consistente en materia de memoria. ¿Qué se recuerda? ¿A quién se recuerda? ¿Quién recuerda? ¿Cómo se recuerda? ¿Por qué y para qué se recuerda? ¿Dónde se recuerda? O en otras palabras, ¿qué tipo de memoria desarrollamos, necesitamos, le debemos a las víctimas y a las generaciones presentes y futuras? Pero le reiteramos a Cecilia Medina nuestro compromiso de continuar reflexionando y alentamos al lector a acompañarnos en este camino para cooperar en la construcción mancomunada de un Sistema Interamericano de Derechos Humanos más legítimo, eficiente y razonable.

IV. Jurisprudencia interamericana sobre desaparición forzada y mujeres: la tímida e inconsistente aparición de la perspectiva de género*

1. INTRODUCCIÓN

Si bien diferentes estudios indican que gran parte de las víctimas de desapariciones forzadas son hombres (entre 75-85%), el porcentaje de víctimas mujeres —sea que han desaparecido o que han sufrido un daño como consecuencia de la desaparición de una persona cercana— no es para nada despreciable (15-25%).¹ Sin embargo, la necesidad de estudiar con especial atención las desapariciones forzadas de mujeres no encuentra su principal

* Este trabajo fue publicado en la revista *Lecciones y Ensayos*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA), núm. 94, 2015. Agradecemos la valiosa colaboración de los investigadores Natalia Arévalo y Branislav Marelic. También agradecemos los comentarios de Gabriella Citroni y María Laura Clérico. Obviamente todos los errores son nuestros.

¹ Rubio-Marín, Ruth, “The Gender of Reparations: Setting the Agenda”, en *What Happened to the Women?*, Nueva York, Social Science Research Council, 2006, en el caso de Perú, las mujeres representaron el 16% del total de desapariciones; Ball, Patrick, “Gender and Violence”, en *State Violence in Guatemala, 1960-1996: a Quantitative Reflection*, Washington, DC, American Association for the Advancement of Science, octubre de 1999, en Guatemala, las mujeres representaron aproximadamente el 15% de las desapariciones de acuerdo con la base de datos del Centro Internacional para Investigaciones en Derechos Humanos; Jurcevic, Slavica, “Gender differences in warrelated disappearance: Croatian experiences”, en *Military Medicine*, vol. 172, núm. 4, Bethesda-AMSUS-The Society of the Federal Health Professionals, 2007, p. 370, en Croacia, 21% de las desapariciones son mujeres.

justificación en un criterio cuantitativo, sino en el hecho de que las mujeres víctimas de desapariciones forzadas ven vulnerados sus derechos humanos de manera diferenciada de los hombres. Ello se explica por la asignación de roles, características, prescripciones sociales diferenciados y dicotómicos que se asignan culturalmente a cada sexo. De esta manera, se requiere reconocer y visibilizar no solo que las mujeres son víctimas de desapariciones forzadas, sino también que se ven afectadas de forma diferente que los hombres, debido a los distintos efectos de la construcción social de los sexos en razón del género tanto en el goce y ejercicio de sus derechos como en los obstáculos que confrontan en la búsqueda de verdad, justicia, reparaciones, memoria y garantías de no repetición.

El concepto de “género” ha variado en alcance y significado a lo largo del tiempo y las diversas teorías que lo abordan enfatizan distintos aspectos. En palabras de Lamas, las teóricas feministas, a pesar de sus diferencias, han conceptualizado el género como “el conjunto de ideas, representaciones, prácticas y prescripciones sociales que una cultura desarrolla desde la diferencia anatómica entre los sexos, para simbolizar y construir socialmente lo que es «propio» de los hombres (lo masculino) y lo que es «propio» de las mujeres (lo femenino)”.² Estas construcciones sociales no son idénticas ni uniformes en todo lugar y época, sino que se concretan en cada sociedad de acuerdo con contextos espaciales y temporales, siendo redefinidas constantemente a la luz de otras realidades como la clase, la raza, la pertenencia a un pueblo indígena o la orientación sexual, entre otras.³ Las características dicotómicas asignadas a cada sexo se caracterizan por jerarquizarse, considerándose superiores las asignadas a lo masculino e inferiores las impuestas a lo femenino. En ese sentido, incorporar un análisis con perspectiva de género, implica visibilizar los distintos efectos de la construcción social de los géneros.⁴

Bastante se ha escrito sobre los efectos diferenciados de la desaparición forzada en hombres y mujeres en razón del

² Lamas, Marta, “Género, diferencias de sexo y diferencia sexual”, en *Debate Feminista*, año 10, vol. 20, México, oct 1999, p. 84.

³ Facio, Aida y Fries, Lorena (comps.), “Feminismo, género y patriarcado”, en *Derecho y Género*, Santiago de Chile, LOM-La Morada, 1999, pp. 34-35.

⁴ *Ibidem*, p. 39.

género,⁵ visibilizándose, por ejemplo, que la forma en que los derechos humanos de las mujeres son violados en el caso de las desapariciones forzadas e involuntarias, está en gran parte definida por las relaciones de desbalance de poder entre hombres y mujeres.⁶ Se ha planteado también, que las relaciones, identidades y estereotipos, así como las asimetrías de poder, hacen que las mujeres y hombres como actores sociales experimenten la violencia, incluida la desaparición forzada, de manera diferente.⁷ En relación con las afectaciones particulares que sufren las mujeres, entre otras cosas, se ha sostenido que la mayor parte de la violencia sexual y violaciones, en particular en los casos de desapariciones forzadas e involuntarias, son perpetradas contra mujeres,⁸ y que las mujeres desaparecidas normalmente permanecen detenidas en instalaciones dominadas por los hombres, obligadas a estar desnudas, sometidas a malos tratos psicológicos, violencia sexual y, en algunos casos, como lo veremos en este texto, a dar a luz en cautiverio.⁹ Las desigualdades económicas entre hombres y mujeres permean todos estos elementos.¹⁰

El propósito de este trabajo es identificar cómo la perspectiva de género brinda un marco conceptual más amplio que abarca todos los aspectos diferenciados de una desaparición forzada y permite comprender de mejor manera el fenómeno complejo

⁵ Aolain, Fionnuala y Turner, Catherine, “Gender, Truth & Transition”, en *UCLA Women’s Law Journal*, núm. 16, Los Ángeles, 2007, pp. 229-258.

⁶ Moser, Caroline y Clark, Fiona C., *Victims, Perpetrators or Actors? Gender, Armed Conflict and Political Violence*, Nueva York, Zed Books, 2001.

⁷ Levine, Caroline, “Gender and Transitional Justice — a case study of East Timor, UN Beijing Platform For Action”, en *Canadian Consortium on Human Security*, septiembre de 2004, p. 131; Timmer, Alexandra, “Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights”, en *Human Rights Law Review*, vol. 11, 2011, pp. 707-738.

⁸ Rubio-Marín, Ruth, *op. cit.*

⁹ Maravilla, C. S., “Rape as a War Crime: The Implications of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia’s Decision in Prosecutor vs. Kunarac, Kovac, & Vukovic on International Humanitarian Law”, en *FLA Journal of International Law*, 13, Gainesville, 2000-2001, p. 321.

¹⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: la ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*, 2011, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/MujeresDESC2011.pdf>

que constituye la desaparición forzada.¹¹ Para ello utilizaremos la doctrina elaborada por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de las Naciones Unidas —en adelante el Grupo de Trabajo— para leer la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —en adelante la Corte IDH, el Tribunal o la Corte Interamericana—. Tomaremos la observación general del Grupo de Trabajo sobre las mujeres afectadas por las desapariciones forzadas¹² como marco de análisis de las sentencias de la Corte Interamericana donde hubo víctimas mujeres que fueron desaparecidas o que son familiares de personas desaparecidas.

El objetivo que perseguimos no es ni analizar la doctrina general del Grupo de Trabajo en materia de género, ni las virtudes o defectos de su observación general o la consistencia de su aplicación en el desempeño de su mandato. Tampoco pretendemos sostener que la observación general es un documento de avanzada que no merece críticas. Por último, no se explora la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de violencia contra la mujer ni la perspectiva de género que utiliza en sus fallos en general.¹³

Lo que pretendemos es utilizar un marco analítico, el propuesto por el Grupo de Trabajo, para investigar la jurisprudencia de la Corte. Ello solo es un aspecto de las múltiples posibles relaciones entre los sistemas de derechos humanos.¹⁴ En este caso,

¹¹ Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala*. Interpretación de la sentencia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de agosto de 2013. Serie C, núm. 262, párr. 64.

¹² Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Observación General sobre las Mujeres Afectadas por las Desapariciones Forzadas, 98º periodo de sesiones, 31 de octubre al 9 de noviembre de 2012, 14 de febrero de 2013, A/HRC/WGEID/98/2.

¹³ Véase, por ejemplo, Abramovich, V., “Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso *Campo Algodonero* en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 6, 2011, p. 167; y Tramontana, E., “Hacia la consolidación de la perspectiva de género en el Sistema Interamericano: avances y desafíos a la luz de la reciente jurisprudencia de la Corte de San José”, en *Revista IIDH*, vol. 53, 2011, pp. 141-181.

¹⁴ Por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha explicado diferentes posibilidades de relaciones entre la OEA y el sistema

simplemente utilizamos a un organismo de la ONU en una materia específica —desapariciones forzadas— y desde una perspectiva puntual —la de género— para identificar los puntos de coincidencia y los avances o vacíos jurisprudenciales del Tribunal. Un estudio futuro debería utilizar el mecanismo inverso, es decir, analizar la observación general y otras actividades del Grupo de Trabajo a la luz de la jurisprudencia interamericana para identificar los desafíos que se le presentan a las producciones del Grupo de Trabajo sobre la materia.

Nuestro análisis lo hacemos desde la convicción de la importancia de un diálogo, profundo, serio, cooperativo, pero a la vez crítico que preserva las identidades y contextos en que operan el sistema universal y regional de los derechos humanos. Desde su primera opinión consultiva, la Corte ha insistido en su oposición a “una distinción radical entre universalismo y regionalismo”, y marcado la tendencia que surge de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —en adelante la Convención o Convención Americana— “a integrar el sistema regional y el sistema universal de protección de los derechos humanos” y al “propósito de integración del sistema regional con el universal”.¹⁵

2. METODOLOGÍA

Se han analizado para efectos de este trabajo las sentencias dictadas por la Corte en los 33 casos sobre desapariciones forzadas que ha conocido hasta noviembre de 2013, en que se ha declarado la existencia de responsabilidad internacional del Estado correspondiente.¹⁶ De ellos, ocho corresponden a casos que tienen

de Naciones Unidas en su informe *La infancia y sus derechos en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos* (2008), cap. I, párr. 53.

¹⁵ Corte IDH. “Otros Tratados”, Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A, núm. 1, párrs. 40-42, respectivamente.

¹⁶ De modo que fue excluido del análisis el *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 15 de marzo de 1989. Serie C,

por víctima a una o más mujeres desaparecidas, y 25 son casos de hombres desaparecidos en que hay una o más mujeres familiares que, como se explica en el siguiente apartado, también son víctimas.

Los casos estudiados con mujeres desaparecidas son los siguientes:¹⁷

1. *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. Se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la detención y posterior desaparición de Isidro Caballero Delgado y María del Carmen Santana.¹⁸
2. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la vulneración de la integridad personal de las hermanas Serrano Cruz y por la falta de investigación ante su desaparición.¹⁹
3. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada y ejecución extrajudicial de diez personas por parte de agentes militares, así como por la falta de investigación y sanción de los responsables.²⁰
4. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. Se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada

núm. 6, referido a la falta de responsabilidad internacional del Estado hondureño por la desaparición de Francisco Fairén Garbí y Yolanda Solís Corrales.

¹⁷ En este listado no hemos incluido el *caso Urrutia vs. Guatemala*. Ello se debe a que la Corte no lo consideró como una desaparición forzada, a pesar que así fue concebido por ejemplo por el procurador para los Derechos Humanos de Guatemala. *Caso Maritza Urrutia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C, núm. 103.

¹⁸ Corte IDH. *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. Fondo. Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Serie C, núm. 22.

¹⁹ Corte IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C, núm. 120.

²⁰ Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 162.

- de María Tiu Tojín y su hija, así como la falta de investigación y sanción de los responsables.²¹
5. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman, así como de la supresión y sustitución de identidad de María Macarena Gelman García.²²
 6. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. Se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por desapariciones forzadas de niños y niñas ocurridas entre los años 1981 y 1983 por parte de miembros de diferentes cuerpos militares de El Salvador.²³
 7. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la comisión de cinco masacres en contra de los miembros de la comunidad de Río Negro ejecutadas por el Ejército de Guatemala y miembros de las Patrullas de Autodefensa Civil en los años 1980 y 1982, así como a la persecución y eliminación de sus miembros. Algunas de las víctimas permanecen desaparecidas.²⁴
 8. *Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala*. Se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada de 26 personas, la ejecución extrajudicial de una persona, y los actos de tortura en perjuicio de una niña, por parte de agentes militares, así como por la falta de investigación y sanción de los responsables de los hechos.²⁵

²¹ Corte IDH. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C, núm. 190.

²² Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, núm. 221.

²³ Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C, núm. 232.

²⁴ Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C, núm. 250.

²⁵ Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C, núm. 253.

Los casos analizados en que las víctimas desaparecidas eran hombres y había una o más mujeres familiares, son los que a continuación se enumeran:

1. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Se refiere a la responsabilidad internacional del Estado hondureño por la detención y posterior desaparición de Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez.²⁶
2. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. Se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la detención y posterior desaparición de Saúl Godínez Cruz.²⁷
3. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Se refiere al reconocimiento de responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada de Adolfo Argentino Garrido Calderón y Raúl Baigorria Balmaceda por parte de agentes policiales.²⁸
4. *Caso Castillo Páez vs. Perú*. Se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada de Ernesto Rafael Castillo Páez por parte de agentes policiales.²⁹
5. *Caso Blake vs. Guatemala*. Se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la ineficacia en la investigación y sanción de los responsables de la detención y muerte de Nicholas Blake. El Sr. Blake permaneció desaparecido por muchos años.³⁰
6. *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*. Se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada de José Carlos Trujillo Oroza por parte de agentes mili-

²⁶ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4.

²⁷ Corte IDH. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C, núm. 5.

²⁸ Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Fondo. Sentencia de 2 de febrero de 1996. Serie C, núm. 26.

²⁹ Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C, núm. 34.

³⁰ Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C, núm. 36.

- tares, así como la falta de investigación y sanción de los responsables.³¹
7. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. Se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la muerte y desaparición de Norberto Durand Ugarte y Gabriel Pablo Ugarte Rive-ra en el penal de El Frontón.³²
 8. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada de Efraín Bámaca Velásquez, así como por la falta de investigación y sanción de los responsables de los hechos.³³
 9. *Caso Molina Theissen vs. Guatemala*. Se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada de Marco Antonio Molina Theissen por parte de agentes militares, así como por la falta de investigación y sanción de los responsables del hecho.³⁴
 10. *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*. Se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada de 19 comerciantes por parte de un grupo paramilitar, así como a la falta de una investigación para esclarecer los hechos y la falta de sanción a los responsables.³⁵
 11. *Caso Gómez Palomino vs. Perú*. Se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada de Santiago Gómez Palomino por parte de agentes militares, así como la falta de investigación y sanción de los responsables.³⁶

³¹ Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*. Fondo. Sentencia de 26 de enero de 2000. Serie C, núm. 64.

³² Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C, núm. 68.

³³ Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C, núm. 70.

³⁴ Corte IDH. *Caso Molina Theissen vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 4 de mayo de 2004. Serie C, núm. 106.

³⁵ Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C, núm. 109.

³⁶ Corte IDH. *Caso Gómez Palomino vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, núm. 136.

12. *Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela*. Se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada de Óscar José Blanco Romero por parte de efectivos militares, así como la falta de investigación y sanción de los responsables de los hechos.³⁷
13. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada y ejecución extrajudicial de un grupo de personas de Pueblo Bello por parte de un grupo paramilitar, así como a la falta de investigación y sanción de los responsables de los hechos.³⁸
14. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada de Agustín Goiburú, Carlos José Mancuello y los hermanos Rodolfo y Benjamín Ramírez Villalba por parte de agentes militares, así como por la falta de investigación y sanción de los responsables.³⁹
15. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada y ejecución extrajudicial del señor Heliodoro Portugal, la falta de investigación y sanción de los responsables de tal hecho.⁴⁰
16. *Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*. Se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada de Renato Ticona Estrada por parte de agentes militares, así como por la falta de investigación y sanción de los responsables.⁴¹
17. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Se refiere a la responsabilidad internacional por la desaparición forzada de Kenneth

³⁷ Corte IDH. *Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela*. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C, núm. 138.

³⁸ Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C, núm. 140.

³⁹ Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 153.

⁴⁰ Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C, núm. 186.

⁴¹ Corte IDH. *Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C, núm. 191.

Ney Anzualdo Castro por parte del Servicio de Inteligencia del Ejército.⁴²

18. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada de Rosendo Radilla Pacheco por parte de las Fuerzas Armadas Mexicanas, así como por la falta de investigación y sanción de los responsables.⁴³
19. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada de Florencio Chitay Nech por parte de agentes estatales, así como por la falta de investigación y sanción de los responsables.⁴⁴
20. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por desaparición forzada de Rainer Ibsen Cárdenas y la muerte de José Luis Ibsen Peña, así como por la falta de investigación y sanción de los responsables.⁴⁵
21. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por las desapariciones forzadas de los miembros de la Guerrilla de Araguaia ocurridas entre 1972 y 1975, así como por la falta de investigación de tales hechos.⁴⁶
22. *Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina*. Se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada de Iván Eladio Torres Millacura, así como

⁴² Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C, núm. 202.

⁴³ Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 209.

⁴⁴ Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C, núm. 212.

⁴⁵ Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C, núm. 217.

⁴⁶ Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 219.

por la falta de investigación y sanción de los responsables.⁴⁷

23. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. Se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada de Narciso González Medina por parte de agentes militares, así como por la falta de investigación y sanción de los responsables.⁴⁸
24. *Caso García y familiares vs. Guatemala*. Se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada de Edgar Fernando García por parte de agentes militares, así como por la falta de investigación y sanción de los responsables.⁴⁹
25. *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú*. Trata de la desaparición forzada del señor Osorio Rivera, así como por la falta de investigación y sanción de los responsables.⁵⁰

Por último analizaremos una tercera clase de casos. Son casos que no fueron resueltos como desaparición forzada de mujeres. Sin embargo, se trata de casos de desapariciones —no calificadas como forzadas—,⁵¹ de detenciones arbitrarias⁵² o de detenciones en general,⁵³ donde la Corte IDH aplica perspectiva de género y demuestra cómo debería analizarse un caso de desaparición forzada de una mujer, es decir, qué aspectos de una desaparición

⁴⁷ Corte IDH. *Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C, núm. 229.

⁴⁸ 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, núm. 240.

⁴⁹ Corte IDH. *Caso García y familiares vs. Guatemala*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012. Serie C, núm. 258.

⁵⁰ Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C, núm. 274.

⁵¹ 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, núm. 205.

⁵² Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C, núm. 103.

⁵³ Corte IDH. *Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 160.

forzada ocurren por el hecho de ser mujer o afectan a la mujer en forma desproporcionada.

3. OBSERVACIÓN GENERAL SOBRE LAS MUJERES AFECTADAS POR LAS DESAPARICIONES FORZADAS DEL GRUPO DE TRABAJO

Con fecha 14 de febrero de 2013, el Grupo de Trabajo adoptó una observación general sobre las mujeres afectadas por las desapariciones forzadas —en adelante “la observación general”—, en la que se aborda desde una perspectiva de género la situación que padecen las mujeres víctimas de desapariciones forzadas, y se explica y facilita la plena aplicación de las disposiciones de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 1992 —en adelante la Declaración— desde la perspectiva de la igualdad de género.

Esta observación general aborda múltiples aspectos que hemos decidido agrupar en 10 temas o puntos centrales a fin de facilitar nuestro análisis, a saber:

1. violencia de género y desapariciones forzadas de mujeres;
2. mujeres víctimas de desapariciones forzadas;
3. obligaciones de los Estados;
4. reclusión de mujeres y desaparición forzada;
5. derecho a la verdad;
6. derecho a un recurso efectivo;
7. protección de los testigos y las víctimas;
8. participación de mujeres;
9. derecho a la reparación, y
10. formación y sensibilización.

Al analizar cada una de las 33 sentencias de la Corte arriba mencionadas se consideró el desarrollo de estándares relacionados con los diez puntos centrales que aborda la observación general sobre las mujeres afectadas por las desapariciones forzadas del Grupo de Trabajo.⁵⁴

⁵⁴ Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Observación general sobre las mujeres afectadas por las desapariciones forza-

En lo que resta de este trabajo se presentan algunos de los primeros hallazgos interesantes encontrados en dichas sentencias respecto de cada uno de los puntos desarrollados en la observación general. Es una invitación a estudios más profundos y detallados sobre la consistencia de la aplicación de una perspectiva de género por parte de la Corte Interamericana. No pretende constituir un estudio que desarrolle y elabore cuál es la doctrina del Tribunal en materia de género. Por el contrario, busca constituirse como un llamado a una investigación sobre las relaciones entre la Corte y otros órganos internacionales y una reflexión sobre las inconsistencias y limitaciones del Tribunal.

4. ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA A LA LUZ DE LA OBSERVACIÓN GENERAL SOBRE LAS MUJERES AFECTADAS POR LAS DESAPARICIONES FORZADAS DEL GRUPO DE TRABAJO

4.1. Violencia de género y desaparición forzada de mujeres

De acuerdo con la observación general, cuando una mujer es víctima de una desaparición forzada por ser mujer, también es víctima de violencia de género. Agrega el Grupo de Trabajo que los actos de violencia de género, incluidas las desapariciones forzadas de mujeres, no admiten justificación y que los Estados deben prevenir su ocurrencia.⁵⁵ La observación general no solo analiza la desaparición forzada de mujeres como una potencial forma de violencia género, sino que además desarrolla los especiales perjuicios que sufren las mujeres desaparecidas a causa del género, reconociendo la especial vulnerabilidad que sufren durante los conflictos,⁵⁶ la manera desproporcionada en que son objeto de violencia sexual, la posibilidad de constituirse en víctimas de

das, 98º periodo de sesiones, 31 de octubre a 9 de noviembre de 2012, 14 de febrero de 2013, A/HRC/WGEID/98/2.

⁵⁵ Observación general, párr. 3.

⁵⁶ *Ibidem*, párr. 7.

embarazos no deseados y/o de exponerse a un trauma adicional por encontrarse embarazadas antes de la desaparición.⁵⁷ Frente a ello, el Grupo de Trabajo insiste no solo en los deberes de prevenir y erradicar la violencia de género, sino que explicita el deber de los Estados de garantizar la plena protección de los niños nacidos durante la desaparición forzada de su madre.⁵⁸

Lamentablemente, la Corte en la vasta mayoría de los casos en que las mujeres han sido desaparecidas forzosamente, ha omitido realizar un análisis desde la perspectiva de la desaparición como una manera agravada de violencia de género. En los cuatro primeros casos resueltos en que hay mujeres desaparecidas: *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, *La Cantuta vs. Perú* y *Tiu Tojín vs. Guatemala* no se identificaron razonamientos de la Corte sobre los especiales perjuicios que sufren las mujeres desaparecidas a causa del género. El tratamiento de la desaparición forzada se realiza sin incorporar una perspectiva de género y sin visibilizar la dimensión particular de vulnerabilidad en que se encuentran las mujeres víctimas de aquellas desapariciones.

Sin embargo, a partir de la sentencia del caso *Gelman vs. Uruguay* es posible encontrar razonamientos detallados y más desarrollados en relación con algunas de las situaciones particulares de vulneración que sufren las mujeres víctimas de desapariciones forzadas, como la violencia sexual, el embarazo durante la desaparición forzada y la especial protección que merecen los niños nacidos durante la desaparición forzada de la madre.

En cuanto a la violencia sexual, la Corte ha avanzado en un sentido similar al del Grupo de Trabajo al dar cuenta de la especial vulnerabilidad de las mujeres a sufrir este tipo de violencia durante épocas de conflicto. En el caso *Contreras y otros vs. El Salvador*, el Tribunal se encarga, además de hacer un reconocimiento en este sentido, de visibilizar la situación particular de las niñas frente a este fenómeno en el contexto de conflictos armados y realizar una conceptualización amplia de lo que significa la violencia sexual, precisando el alcance de los conceptos

⁵⁷ *Ibidem*, párrs. 8-9.

⁵⁸ *Ibidem*, párr. 10.

vertidos por el Grupo de Trabajo. En las propias palabras del Tribunal:

[...] Asimismo, ha sido reconocido por diversos órganos internacionales *que durante los conflictos armados las mujeres y niñas enfrentan situaciones específicas de afectación a sus derechos humanos, como lo son los actos de violencia sexual*, la cual en muchas ocasiones es utilizada como “un medio simbólico para humillar a la parte contraria”. Además, “la violencia sexual afecta principalmente a los que han alcanzado la pubertad o la adolescencia”, *siendo las niñas las más expuestas a sufrir este tipo de violencia*. La violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen en una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno.⁵⁹

Este párrafo es de particular importancia en tanto y en cuanto que la Corte se refiere a “situaciones específicas de afectación a sus derechos humanos, como lo son los actos de violencia sexual”. Es decir que el Tribunal entiende perfectamente la perspectiva de género en las particulares circunstancias y las visibiliza a diferencia de previos casos.

En el caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, la Corte, además de referirse a la especial vulnerabilidad de las mujeres a sufrir violencia sexual, recoge el significado que la Comisión para el Esclarecimiento Histórico de Guatemala —en adelante la CEH— le otorga a los actos de violencia sexual al analizarlos con pertinencia cultural:

Igualmente, este Tribunal ha establecido que *durante el conflicto armado las mujeres fueron particularmente seleccionadas como víctimas de violencia sexual*. Así, durante y de modo previo a las mencionadas masacres u “operaciones de tierra arrasada”, miembros de las fuerzas de seguridad del Estado perpetraron violaciones sexuales masivas o indiscriminadas y públicas, acompañadas en ocasiones de la muerte de mujeres embarazadas y de la inducción de abortos. Esta práctica estaba dirigida a destruir la dignidad de la mujer a nivel cultural, social, familiar e individual. Además, cabe señalar que según la

⁵⁹ *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*, *supra*, párr. 101.

CEH, cuando eran perpetradas en contra de comunidades mayas, “las violaciones masivas tenían un efecto simbólico”, ya que las mujeres mayas tienen a su cargo la reproducción social del grupo [... y] personifican los valores que deben ser reproducidos en la comunidad.⁶⁰

La incorporación de las reflexiones de la CEH es del todo relevante, puesto que al tratarse de mujeres indígenas las afectadas por los actos de violencia sexual, se hace necesario no solo introducir un análisis de género sensible, sino que también uno que se haga cargo de las particularidades culturales de esas mujeres, atendida su pertenencia al pueblo indígena maya.

Adicionalmente, en los casos *Masacres de Río Negro vs. Guatemala* y *Gudiel Álvarez (Diario Militar) vs. Guatemala*,⁶¹ se reconoce que la violencia sexual podría ser constitutiva de tortura. La Corte dispuso en el primero de estos casos que:

En relación con el artículo 5 de la Convención, la Corte ha considerado que la violación sexual es una experiencia sumamente traumática que tiene severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico que deja a la víctima “humillada física y emocionalmente”, situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas. De ello se desprende que es inherente a la violación sexual el sufrimiento severo de la víctima, aun cuando no exista evidencia de lesiones o enfermedades físicas. En efecto, no en todos los casos las consecuencias de una violación sexual serán enfermedades o lesiones corporales. Las mujeres víctimas de violación sexual también experimentan severos daños y secuelas psicológicas, e inclusive, sociales. La Corte también ha establecido que, en determinadas situaciones, *la violación sexual también puede constituir una forma de tortura de la víctima*.⁶²

En la observación general se recoge el mismo estándar, expresando que de acuerdo con la experiencia del Grupo de Traba-

⁶⁰ Caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, *supra*, párr. 59.

⁶¹ Caso *Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala*, *supra*, párr. 273. Se debe aclarar, que dicha declaración es efectuada por la Corte al referirse a las vulneraciones de derechos sufridas por una víctima de tortura y no de desaparición forzada.

⁶² Caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, *supra*, párr. 132.

jo, “las mujeres que son víctimas de desaparición forzada son objeto de actos de violencia de género, por ejemplo violencia física o sexual, incluida la violación, que pueden considerarse tortura, o de amenazas de sufrir esos daños”.⁶³ Respecto del embarazo en cautiverio, en el caso *Gelman vs. Uruguay*, la Corte en vez de desarrollar un razonamiento similar al del Grupo de Trabajo —en el que se releva la doble victimización que dicha situación implica y las consecuencias que puede acarrear al exponerse a las mujeres “al trauma adicional que supone temer por su salud y por la posibilidad de dar a luz en unas circunstancias tan inhumanas y que, en muchos casos, pueden provocar la pérdida del hijo a manos de agentes del Estado”—, realiza un análisis distinto, vinculando la afectación diferenciada de la cual es objeto María Claudia García a aspectos de su autonomía personal como mujer más que a su integridad. En ese sentido, la Corte expresa:

*El estado de embarazo en que se encontraba María Claudia García cuando fue detenida constituía la condición de particular vulnerabilidad por la cual se dio una afectación diferenciada en su caso. A su vez, en la Argentina ya había sido separada de su esposo y luego trasladada al Uruguay sin conocer el destino de aquel, lo que en sí mismo representó un acto cruel e inhumano. Posteriormente, fue retenida en un centro clandestino de detención y torturas, a saber, el SID, donde su tratamiento diferenciado respecto de otras personas detenidas —pues estuvo separada de estas— no se dio para cumplir una obligación especial de protección a su favor, sino para lograr la finalidad de su retención ilegal, de su traslado al Uruguay y de su eventual desaparición forzada, cual era, la instrumentalización de su cuerpo en función del nacimiento y el periodo de lactancia de su hija, quien fue entregada a otra familia luego de ser sustraída y sustituida su identidad (infra, párrs. 106-116). Los hechos del caso revelan una particular concepción del cuerpo de la mujer que atenta contra su libre maternidad, lo que forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Lo anterior es aún más grave si se considera, según fue señalado, que su caso se dio en un contexto de desapariciones de mujeres embarazadas y apropiaciones ilícitas de niños ocurridos en el marco de la Operación Cóndor.*⁶⁴

⁶³ Observación general, párr. 8.

⁶⁴ Caso *Gelman vs. Uruguay*, supra, párr. 97.

Así, el Tribunal, además de determinar que el embarazo de la mujer constituye una especial condición de vulnerabilidad, devela los fines particulares que la desaparición forzada de mujeres puede alcanzar, como lo es la instrumentalización del cuerpo y la particular manera en que se atenta contra el libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. En otras palabras, mientras en todos los casos de desaparición forzada se afecta el reconocimiento de la personalidad de la víctima, la vulneración de este derecho en el caso de mujeres embarazadas adquiere una particularidad especial.

Sin embargo, frente a tan importantes desarrollos sobre la maternidad en el caso, sorprende el silencio de la Corte en el caso *Tiu Tojín vs. Guatemala*. Allí, una madre fue desaparecida forzosamente con su hija de apenas un mes. Como se ha indicado “el posparto requiere de una convalecencia tranquila junto con la criatura, ella no estaba en condiciones físicas ni siquiera de ser detenida”.⁶⁵ Sin embargo, la Corte guarda silencio al respecto. Una nueva muestra de las inconsistencias que venimos señalando. Por supuesto que es importante indicar que ni la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —en adelante CIDH o la Comisión— ni los representantes de las víctimas lo plantearon ante el Tribunal en sus escritos. Sin embargo, resaltamos que a diferencia de otras áreas, en materia de desapariciones forzadas y perspectiva de género, la Corte es muy tímida en seguir su jurisprudencia que sostiene que “Este Tribunal tiene la facultad de hacer su propia determinación de los hechos del caso y de decidir aspectos de derecho no alegados por las partes con base en el principio *iura novit curia*”.⁶⁶ Obviamente no pretendemos que la Corte incorpore evidencias no alegadas por las partes, sino que analice sus propias determinaciones fácticas desde una pers-

⁶⁵ Bustamante Aranco, D. M. y Vásquez Henao, P. A., “La Convención Belém Do Pará: un balance de su aplicación en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, a 16 años de su entrada en vigor”, en *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, vol. 11, núm. 20, 2011, pp. 15-36, disponible en <http://www.usuarioarboleda.edu.co/civilizar/civilizar20/LA%20CONVENCION%20C3%93N%20BEL%20C3%89M.pdf>

⁶⁶ Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 134, párr. 60.

pectiva de género, considerando las alegaciones de las partes o supliendo las deficiencias de estas, tal como lo realiza en otras áreas.

En relación con los niños y niñas nacidos durante la desaparición forzada resulta interesante que en el caso *Gelman vs. Uruguay*, la Corte, además de reconocer —como plantea el Grupo de Trabajo— la plena protección que el Estado les debe garantizar, expresa que también debe garantizarse la protección del grupo familiar:

En su condición de ese entonces, como niña, María Macarena Gelman tenía derecho a medidas especiales de protección que, bajo el artículo 19 de la Convención, correspondían a su familia, la sociedad y el Estado. A su vez, las alegadas violaciones a los derechos reconocidos en los artículos 3, 17, 18 y 20 de la Convención deben interpretarse a la luz del corpus juris de los derechos de la niñez y, en particular, según las circunstancias especiales del caso, armónicamente con las demás normas que les atañen, en especial con los artículos 7, 8, 9, 11, 16 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

[...]

Por otro lado, el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, conlleva que el Estado está obligado no solo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Por ende, la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales.⁶⁷

En el caso en comento, la niña María Macarena Gelman, nacida durante la desaparición forzada de su madre, fue separada de aquella a las pocas semanas de nacer, habiendo sido su identidad suprimida y sustituida al entregársele a una familia que no era la suya y sin informársele a su familia biológica sobre su paradero. Estos hechos fueron calificados por la Corte como “una

⁶⁷ Caso *Gelman vs. Uruguay*, *supra*, párrs. 121 y 125.

forma particular de desaparición forzada de personas, por haber tenido el mismo propósito o efecto, al dejar la incógnita por la falta de información sobre su destino o paradero o la negativa a reconocerlo, en los propios términos de la referida Convención Interamericana”.⁶⁸

Finalmente, el caso *Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala*, pese a tratarse de la última sentencia dictada por la Corte, en el periodo cubierto por esta investigación, en la que se identifican mujeres desaparecidas, no contiene consideraciones relevantes de la desaparición forzada desde una perspectiva de género. Es difícil entender este silencio, ya que en casos anteriores de Guatemala de la misma época, como en *Masacres de Río Negro*, la Corte había hecho determinaciones sobre la violencia contra las mujeres. Quizás, pueda deberse a una falta de argumentación por parte de los representantes de las víctimas o a un signo más de la inconsistencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. La respuesta a este interrogante es fundamental, pues hasta ahora no es posible determinar, a partir de la jurisprudencia de la Corte, si la desaparición forzada de una mujer es de por sí un caso de violencia contra la mujer, como parecería insinuar el Grupo de Trabajo. Si bien la Corte no ha respondido directamente a esta pregunta, ha dicho en el caso *Perozo y otros vs. Venezuela* que no toda violación a los derechos de una mujer es un caso de violencia contra la mujer.⁶⁹ En palabras de la Corte:

La Corte considera necesario aclarar que no toda violación de un derecho humano cometida en perjuicio de una mujer conlleva necesariamente una violación de las disposiciones de la Convención de Belém 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] sexo”. Lo que ha sido establecido en este caso es que las presuntas víctimas se vieron enfrentadas a situaciones de riesgo, y en varios casos

⁶⁸ *Ibidem*, párr. 132.

⁶⁹ *Caso Perozo y otros vs. Venezuela, supra*, párr. 295.

fueron agredidas física y verbalmente por particulares, en razón de laborar para el canal de televisión *Globovisión* 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.*

Asimismo, la Corte considera que los representantes no especificaron las razones y el modo en que el Estado incurrió en una conducta “dirigida o planificada” hacia las presuntas víctimas mujeres, ni explicaron en qué medida los hechos probados en que aquellas fueron afectadas “resultaron agravados por su condición de mujer”. Los representantes de las víctimas tampoco especificaron cuáles hechos y en qué forma representan agresiones que “afectaron a las mujeres de manera desproporcional”. Tampoco han fundado sus alegatos en la existencia de actos que, bajo los artículos 1 y 2 de la Convención de Belém do Pará, puedan ser conceptualizados como “violencia contra la mujer”, ni cuáles serían “las medidas apropiadas” que, bajo el artículo 7.b, el Estado habría dejado de adoptar en este caso “para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer”. En definitiva, la Corte considera que no corresponde analizar los hechos del presente caso bajo las referidas disposiciones de la Convención de Belém do Pará”.⁷⁰

Si fuese así, parecería que habría que probar específicamente qué aspectos de la desaparición forzada de una mujer constituyen violencia contra la mujer y cuáles no. Y aun en el supuesto de constituir también violencia contra la mujer, cabe preguntarse si es posible presumir o es necesario probar de manera genérica o para la víctima en concreto dicha violencia de género. Y en el caso de ser necesario probar la violencia, cabe preguntarse si se utilizará el estándar recientemente elaborado en *J vs. Perú*, que abandona el grave precedente del caso *Loayza Tamayo vs. Perú*.⁷¹

⁷⁰ *Ibidem*, párrs. 295-296.

⁷¹ En el caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, de 1995, a pesar de existir indicio obtenido a partir del testimonio de la señora Loaiza Tamayo sobre el uso de la violencia sexual como tortura, la Corte IDH no se pronunció sobre el asunto por falta de prueba directa y no estableció responsabilidad internacional del Estado por estos hechos. Posteriormente, el criterio del Tribunal comienza a tener una sostenida evolución en materia de violencia sexual

En el caso *Gelman vs. Uruguay*, la Corte avanza una respuesta, expresando:

Los señalados *actos cometidos*⁷² *contra María Claudia García pueden ser calificados como una de las más graves y reprochables formas de violencia contra la mujer*, que habrían sido perpetrados por agentes estatales argentinos y uruguayos, que afectaron gravemente su integridad personal y *estuvieron claramente basados en su género*. Los hechos le causaron daños y sufrimientos físicos y psicológicos que, por los sentimientos de grave angustia, desesperación y miedo que pudo experimentar al permanecer con su hija en un centro clandestino de detención, donde usualmente se escuchaban las torturas infligidas a otros detenidos en el SID, y no saber cuál sería el destino de ella cuando fueron separadas, así como haber podido prever su fatal destino, *constituyen una afectación de tal magnitud que debe ser calificada como la más grave forma de vulneración de su integridad psíquica*.⁷³

La Corte no solo se refiere a los actos cometidos contra la desaparecida María Claudia García como constitutivos de violencia contra la mujer basada en el género, sino que además los caracteriza como “una de [sus] formas más graves y reprochables”.

contra las mujeres, cambiando las exigencias probatorias y de contexto con las que acreditaba o descartaba la responsabilidad internacional del Estado, lo cual se desarrolla por vez primera en los casos *Inés y Valentina vs. México* de 2010 y se reafirma en la actualidad en el caso *J vs. Perú* de 2013, donde se acredita la violencia sexual sufrida por la víctima con especial consideración en el contexto de su detención y a sus propias declaraciones, otorgándole a estas un valor probatorio determinante en la acreditación de los hechos. Además de desarrollar con exhaustividad otros criterios probatorios que refirmaban lo descrito por la víctima, como: los exámenes médicos, las declaraciones del Ministerio Público y la falta de investigación en los hechos descritos. Atendiendo siempre la particular agresión que se debe acreditar en un caso de violencia sexual.

⁷² La Corte IDH indica que si bien no hay información categórica acerca de lo ocurrido con la víctima después de la sustracción de su hija, se refiere en el párr. 97 a los siguientes actos: detención de la víctima en estado de embarazo, separación de su esposo sin conocer su paradero, retención en un centro clandestino de detención y tortura, la utilización de su cuerpo en función del nacimiento y lactancia de su hija que luego fue sustraída y se le sustituyó la identidad.

⁷³ *Caso Gelman vs. Uruguay*, *supra*, párr. 98.

Este análisis diferenciado de la Corte sobre la violencia contra la mujer coincide con lo sostenido por el Grupo de Trabajo en su observación general y representa un excelente ejemplo aplicado de la perspectiva de género en tanto y en cuanto un tipo de violencia diferenciada por el hecho de ser mujer a un caso concreto. Esta línea se inicia en el caso del Penal *Miguel Castro Castro vs. Perú* y se consolida y expande fundamentalmente con el caso *González y otras (Campo Algodonero) vs. México*. En este último caso, la Corte desarrolló amplias ideas sobre las violencias de género, consistentes y concordantes con lo dicho por el Grupo de Trabajo. Así la Corte observa que muchos de los homicidios de mujeres en Ciudad Juárez son manifestaciones de violencia basada en género,⁷⁴ señalando:

[...] distintos informes coinciden en que aunque los motivos y los perpetradores de los homicidios en Ciudad Juárez son diversos, muchos casos tratan de violencia de género que ocurre en un contexto de discriminación sistemática contra la mujer. Según Amnistía Internacional, las características compartidas por muchos de los casos demuestran que el género de la víctima parece haber sido un factor significativo del crimen, influyendo tanto en el motivo y el contexto del crimen como en la forma de la violencia a la que fue sometida. El Informe de la Relatoría de la CIDH señala que la violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez “tiene sus raíces en conceptos referentes a la inferioridad y subordinación de las mujeres”. A su vez, el CEDAW resalta que la violencia de género, incluyendo los asesinatos, secuestros, desapariciones y las situaciones de violencia doméstica e intrafamiliar “no se trata de casos aislados, esporádicos o episódicos de violencia, sino de una situación estructural y de un fenómeno social y cultural enraizado en las costumbres y mentalidades” y que estas situaciones de violencia están fundadas “en una cultura de violencia y discriminación basada en el género”.⁷⁵

Además, el Tribunal considera lo señalado por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer al expresar

⁷⁴ *Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 205, párr. 229.

⁷⁵ *Ibidem*, párr. 127 (citas internas omitidas).

que el “derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye el derecho a ser libre de toda forma de discriminación”.⁷⁶ Con relación a los alcances de la discriminación, la Corte retoma lo que una vez dijera en el caso *del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*:⁷⁷ que esta incluye “la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada, y que abarca actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad”.⁷⁸

Si bien estos casos no tratan sobre desapariciones forzadas, estas consideraciones demuestran cómo debería analizarse un caso de desaparición forzada de una mujer, es decir, qué aspectos de una desaparición forzada ocurren por el hecho de ser mujer o afectan a la mujer en forma desproporcionada. Desde esta perspectiva es posible ver que la Corte no ha hecho un análisis consistente de la desaparición forzada de mujeres como una forma agravada de violencia de género. Sin embargo, en los últimos tiempos pareciera que el Tribunal ha comenzado a realizar una aproximación más acorde con la perspectiva del Grupo de Trabajo.

De todas maneras no es un avance lineal. Obviamente también hay aspectos donde la violencia contra la mujer se ejerce en función de su maternidad y muchos estereotipos asociados con ella. Por ejemplo, en el caso *Maritza Urrutia vs. Guatemala*,⁷⁹ que como indicamos, la Corte no lo consideró un caso de desaparición forzada, el Tribunal determinó que Maritza Urrutia sufrió violaciones a su integridad física y psíquica que fueron calificados como actos de tortura. En relación con su maternidad, la Corte consideró que: “sus secuestradores la presionaron para que les diera información, la amenazaron con que la iban a matar y le dijeron que tenían a su hijo en una habitación. Estaba muy nerviosa y alterada, especialmente porque pensaba que habían secuestrado a su hijo”. Sin embargo, en ningún momento la Corte analizó

⁷⁶ *Ibidem*, párr. 394.

⁷⁷ *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, *supra*, párr. 303.

⁷⁸ *Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México*, *supra*, párr. 397.

⁷⁹ *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*, *supra*.

el impacto especial que pudo haber tenido en ella el ejercicio de este tipo de violencia.⁸⁰

4.2. Mujeres víctimas de desapariciones forzadas

El Grupo de Trabajo no solamente realiza un análisis de género de mujeres que han desaparecido forzosamente, sino que adicionalmente, establece que las mujeres familiares de hombres desaparecidos también se consideran víctimas de desapariciones forzadas.⁸¹ A criterio del Grupo de Trabajo, debe utilizarse una concepción amplia de quién es una víctima de desaparición forzada, que no solo se limita a quien ha desaparecido.⁸²

El Grupo de Trabajo, tal como se desarrollará en más detalle a continuación, demuestra de diversas maneras cómo las mujeres familiares de personas desaparecidas sufren de una forma diferenciada y desproporcionada. Entre otros aspectos, el Grupo de Trabajo resalta que la victimización de los familiares es aún mayor cuando el desaparecido es un hombre, ya que habitualmente estos encabezan sus familias, lo que puede tener consecuencias tales como la marginación social y económica de la familia y la vulneración de varios derechos económicos, sociales y culturales de sus miembros.⁸³ Otro aspecto que también resalta el Grupo de Trabajo es que las madres de personas desaparecidas con frecuencia son estigmatizadas socialmente, debido a que se les culpa de no cuidar adecuadamente a sus hijos.⁸⁴

En relación con el reconocimiento de la calidad de víctimas de las mujeres familiares de hombres desaparecidos, de acuerdo con lo planteado en la observación general, es posible señalar

⁸⁰ Clérico, L. y Novelli, C., “La violencia contra las mujeres en las producciones de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 12, núm. 1, 2014, pp. 15-70.

⁸¹ Observación general, párr. 4.

⁸² Véase en este sentido, Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 24.

⁸³ Observación general, párr. 12.

⁸⁴ *Ibidem*, párr. 11.

que a partir de la sentencia dictada en el caso *Castillo Páez vs. Perú*, la Corte comienza a afirmar que los familiares de las víctimas de desaparición forzada⁸⁵ pueden ser, a su vez, víctimas, de tal modo que dejan de ser reconocidos únicamente como beneficiarios de las reparaciones.⁸⁶ De todas maneras, y a pesar de la importancia de este avance jurisprudencial, debido a que la Corte solo puede considerar la desaparición forzada a través de la violación de artículos específicos de la Convención, los familiares tan solo son considerados víctimas de violaciones al artículo 5 en tanto su integridad psíquica y moral es afectada, y de los artículos 8 y 25 en tanto y en cuanto que se refieren a su derecho a la justicia. Sin perjuicio de que la Corte utiliza una concepción amplia de víctima, lamentablemente hasta la fecha no ha analizado desde una perspectiva de género la situación diferenciada de las familiares mujeres víctimas de desapariciones forzadas. Ello sin perjuicio, y a pesar de que aún sin enfocarse sobre las afectaciones específicas de género, la Corte ha considerado en algunos casos las afectaciones particulares sufridas por familiares de víctimas. Así, por ejemplo, en el caso *Gómez Palomino vs. Perú*, donde la madre, para buscar a su hijo debió dejar de trabajar, el Tribunal, entre otras cosas, ordenó que el Estado le brinde un curso de alfabetización.⁸⁷

En la sentencia del caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*, la Corte identifica y describe situaciones de violencia de género cometidas en contra de mujeres familiares de las víctimas, pero desa-

⁸⁵ La Corte IDH generalmente utiliza la expresión “víctimas de violaciones a los derechos humanos” y no “víctimas de desapariciones forzadas”, sin embargo, se prefirió utilizar dicha expresión para los efectos de este estudio, por cuanto el universo de casos estudiados se refiere únicamente a casos de desaparición forzada. En la sentencia del caso *Ticona Estrada y otros vs. Bolivia* la corte habla de los “casos que involucran la desaparición forzada de personas”, párr. 87, sin embargo, en la sentencia siguiente sobre desapariciones forzadas, es decir, la dictada en el caso *Anzualdo Castro vs. Perú*, la Corte vuelve a utilizar la expresión “familiares de las víctimas de violaciones a los derechos humanos”, párr. 105.

⁸⁶ Con anterioridad al caso *Castillo Páez vs. Perú*, la Corte dictó sentencia en los casos *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, *Godínez Cruz vs. Honduras* y *Garrido y Baigorria vs. Argentina*.

⁸⁷ *Caso Gómez Palomino vs. Perú*, *supra*, párr. 148.

provecha la oportunidad de nombrarlas como tal —violencia de género y/o violencia sexual— y hacer un análisis con perspectiva de género de ellas. Nuevamente podemos indicar que no solo la Corte, sino también los representantes y la Comisión guardaron silencio en cuanto a la calificación jurídica de los hechos como violencia de género. Entre otras situaciones, se puede mencionar como ejemplo que la hermana del señor Goiburú —una de las víctimas desaparecidas—, fue detenida por su calidad de tal, debió pasar la mayor parte de su embarazo en prisión y que dio a luz en una Comisaría.⁸⁸ Y en relación con otra familiar, la Corte agrega:

- d) la hermana de Carlos José Mancuello Barreiro, Ana Elizabeth, acompañó a su madre en la búsqueda de su hermano y fue objeto de humillaciones y castigos físicos por parte de los diferentes agentes de seguridad a los que recurrieron, “llegando incluso varios de ellos a solicitar favores sexuales de [su] parte a cambio de que [las] dejaran ver a [su] hermano, o bien prometiéndole a [su] madre que lo dejarían en libertad.”⁸⁹

La Corte reconoce en dicho caso que la violación a la integridad personal de las familiares se vio agravada por las circunstancias vividas por ellas durante y con posterioridad a la desaparición de sus seres queridos. Sin embargo, como ya decíamos, se efectúa un análisis neutral, que no se hace cargo de las particularidades de las vivencias de las familiares mujeres, lo que resultaba particularmente necesario por el hecho de haberse identificado situaciones constitutivas tanto de violencia de género, como específicamente, de violencia sexual. En palabras de la Corte:

Los hechos del presente caso permiten concluir que la violación de la integridad personal de los familiares de las víctimas, consecuencia de la desaparición forzada, se ha visto agravada por las situaciones y circunstancias analizadas, vividas por algunos de ellos, antes, durante y con posterioridad a dicha desaparición. Muchas de estas situaciones y sus efectos, comprendidas integralmente ante la complejidad de la desaparición forzada, subsisten mientras per-

⁸⁸ *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, supra*, párr. 99.b.

⁸⁹ *Ibidem*, párr. 102.

sistan algunos de los factores verificados. Los familiares presentan secuelas físicas y psicológicas ocasionadas por los referidos hechos, que continúan manifestándose, y los hechos han impactado sus relaciones sociales y laborales, y alterado la dinámica de sus familias. Estas situaciones continuadas surgen elocuentemente de las propias palabras de algunos de los familiares de dichas personas que rindieron su declaración en el proceso ante este Tribunal.⁹⁰

A diferencia del caso *Gelman vs. Uruguay*, en *Goiburú y otros vs. Paraguay* las particularidades de la vulnerabilidad de una mujer embarazada en prisión no son analizadas desde esta perspectiva. Una muestra más de las inconsistencias y vaivenes jurisprudenciales del Tribunal. En marcado contraste, en el caso *Radilla Pacheco vs. México*, la Corte se aproxima notablemente a lo que podría ser un análisis con perspectiva de género de la afectación que sufren los familiares de las víctimas desaparecidas, al reconocer la existencia de roles al interior de la familia, sin embargo, no llega a explicitar en su análisis la relevancia del sexo de los familiares en razón del género. El Tribunal expresa:

Adicionalmente, la Corte observa que, según el informe sobre la afectación psicosocial de los familiares del señor Rosendo Radilla, su desaparición ha tenido un impacto traumático y diferenciado en la familia como colectivo, debido a la obligada reestructuración de roles de cada uno de los miembros, con las evidentes afectaciones al proyecto de vida de cada uno. En tal sentido se expresaron tanto el señor Rosendo Radilla Martínez como la señora Andrea Radilla Martínez. Esta última declaró:

[Su] vida dio un giro total, de sentir[s]e protegida, apoyada y tranquila, pas[ó] a sentir[s]e responsable de [su] madre y sus responsabilidades, [s]e sent[ió] interrogada, vigilada y sin recibir solidaridad de nadie, la angustia fue [su] estado natural.⁹¹

El Grupo de Trabajo destaca en su observación general la especial afectación que provoca una desaparición forzada en las mujeres familiares de la víctima. Por una parte expresa que con frecuencia las madres de personas desaparecidas son estigmati-

⁹⁰ *Ibidem*, párr. 103.

⁹¹ *Caso Radilla Pacheco vs. México*, *supra*, párr. 171.

zadas socialmente al atribuírseles la responsabilidad de no cuidar a sus hijos adecuadamente, situación que puede generar en ellas graves traumas psicológicos y emocionales.⁹² Por otra, plantea que la victimización de los familiares es mayor cuando quien es hecho desaparecer es el hombre cabeza de familia, lo que produce un quebrantamiento de la estructura familiar y perjudica “a la mujer” económica, social y psicológicamente, situación que se agrava, material y emocionalmente, si la mujer decide emprender la búsqueda de su ser querido.⁹³ Hasta el momento, el Tribunal al analizar los obstáculos y efectos socioeconómicos de las desapariciones forzadas, lo ha hecho de una manera neutral sin prestar atención a las especiales circunstancias de las mujeres. En las consideraciones explícitas que realiza la Corte sobre las afectaciones a los familiares no realiza distinciones en cuanto al género.

4.3. Obligaciones de los Estados frente a las violaciones de los derechos de mujeres víctimas de desapariciones forzadas

La observación general describe los tipos de medidas que deben adoptar los Estados a fin de prevenir y responder a todas las formas de violencia de género, incluida la relacionada con las desapariciones forzadas.⁹⁴ El Grupo de Trabajo puntualiza que dichas medidas deben considerar la eliminación de los obstáculos a la igualdad de derechos entre hombres y mujeres víctimas de desapariciones forzadas, y que no solo se debe tratar de medidas de protección, sino también de acción afirmativa en todas las esferas, para reforzar la participación de las mujeres en la prevención y eliminación de las desapariciones forzadas.⁹⁵ Se señala también que los Estados deben prestar especial atención a los obstáculos que impiden a las mujeres víctimas de desaparición forzada

⁹² Observación general, párr. 11.

⁹³ *Ibidem*, párr. 12.

⁹⁴ *Ibidem*, párr. 14.

⁹⁵ *Ibidem*, párr. 15.

gozar de la misma manera que los hombres de sus derechos.⁹⁶ Lo que el Grupo de Trabajo hace es llamar a los Estados a considerar en sus respuestas frente a las desapariciones forzadas y en el cumplimiento de sus obligaciones de prevenir y erradicar tal fenómeno, de considerar las desigualdades estructurales entre mujeres y hombres, los impactos y violaciones diferenciadas sufridas y las necesidades particulares de las mujeres.

En otras palabras, en todas las obligaciones en materia de prevención y erradicación de la desaparición forzada y en todas las medidas de justicia, verdad, reparación y garantía de no repetición, el Estado debe actuar adoptando una perspectiva de género. Así, por ejemplo, el Grupo de Trabajo insiste en que los Estados deben tener en cuenta, al sancionar a los autores de las desapariciones forzadas, las distintas situaciones que pueden afectar a las mujeres desaparecidas en razón del género —violencia sexual, embarazos no deseados, etc.—, ya que cada uno de esos factores puede exacerbar la gravedad del delito.⁹⁷

Quizá ningún otro tribunal en el mundo ha desarrollado una jurisprudencia tan de avanzada y detallada en materia de prevención, investigación, juzgamiento, sanción, reparación, derecho a la verdad y garantías de no repetición en relación con las desapariciones forzadas como lo ha hecho la Corte Interamericana. Pero al mismo tiempo, la Corte no ha avanzado en analizar la totalidad de estas obligaciones con una perspectiva de género cuando así es necesario.

Si bien las sentencias de la Corte no desarrollan de manera expresa los estándares descritos por el Grupo de Trabajo, es posible destacar que en el caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, se hace referencia a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer —“Convención de Belém do Pará”—, argumentando que sus disposiciones complementan las obligaciones que tiene el Estado en virtud de la Convención Americana, en particular, las obligaciones de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos denunciados. El Tribunal señala:

⁹⁶ *Ibidem*, párr. 16.

⁹⁷ *Ibidem*, párr. 19.

Al respecto, la Corte considera pertinente señalar que *la obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de hechos violatorios de los derechos humanos* no se deriva solamente de la Convención Americana. En determinadas circunstancias y dependiendo de la naturaleza de los hechos, esta obligación *también se desprende de otros instrumentos interamericanos* en la materia que establecen la obligación a cargo de los Estados partes de investigar las conductas prohibidas por tales tratados. Por ejemplo, la *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura* y la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”*. Así, este Tribunal ha establecido que los Estados tienen “el deber de garantizar el derecho de acceso a la justicia [...] conforme a las *obligaciones específicas que le imponen las Convenciones especializadas [...] en materia de prevención y sanción de la tortura y de la violencia contra la mujer*. [D]ichas disposiciones [...] *especifican y complementan las obligaciones que tiene el Estado* con respecto al cumplimiento de los derechos consagrados en la Convención Americana”, así como “el *corpus juris* internacional en materia de protección de la integridad personal”.⁹⁸

Lamentablemente, la Corte no ha avanzado de manera detallada en lo que significan estas especificaciones y complementos que trae la Convención de Belém do Pará a la Convención Americana en materia de investigación, juzgamiento y sanción de mujeres desaparecidas. Esto parecería que comienza a despejarse de alguna manera en este caso donde la Corte agrega que la falta de investigación de los hechos alegados de violencia sexual —entre otros— constituye un incumplimiento de las obligaciones del Estado, de conformidad a la Convención, y además, en este caso, a la luz de la Convención de Belém do Pará.⁹⁹ Sin embargo, aun a pesar de la repetida mención a la violencia sexual en esta masacre, la Corte no especificó si algunos de los hechos encuadraban en violencia sexual en el contexto de una desaparición forzada. Ya que gran parte de la determinación se basa en la situación de una mujer sobreviviente de la masacre que fue víctima de violencia sexual, hubiese sido importante que la Corte fuese más explícita si extendía sus conclusiones a las mujeres desaparecidas.

⁹⁸ *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, supra*, párr. 222.

⁹⁹ *Ibidem*, párr. 227.

En las sentencias en que las mujeres son víctimas debido a ser familiares de desaparecidos, si bien el Tribunal desarrolla ampliamente estándares sobre las obligaciones del Estado frente a las desapariciones forzadas y cómo estas influyen sobre los derechos de los familiares, la Corte no realiza análisis diferenciados respecto de las obligaciones que surgen para el Estado frente a mujeres familiares de personas desaparecidas, en razón del género. Por ejemplo, la Corte falla en realizar determinaciones sobre obligaciones de los Estados en atender las particulares afectaciones de los derechos económicos, sociales y culturales de las mujeres, de la prevención y remoción de las prácticas estigmatizadoras contra madres, esposas, hijas de personas desaparecidas, las obligaciones de proveer atención médica y psicosocial desde una perspectiva de género, de remover los obstáculos específicos que las mujeres enfrentan en el acceso a justicia, por solo mencionar algunas.

En ninguna de estas categorías, la Corte incorpora la situación de las mujeres como cabeza de hogar y los impactos que estas generan en sus familiares. Tampoco presta suficiente atención a otra dimensión en la que se insertan estos casos y es el de la feminización de la pobreza.¹⁰⁰ Todo ello demuestra que lamentablemente, la Corte aún no ha incorporado la perspectiva de género de manera integral y sistémica en esta área.

4.4. Reclusión de mujeres y desaparición forzada

El Grupo de Trabajo señala al respecto que los Estados deben tener en cuenta las necesidades y realidades específicas de las mujeres reclusas al elaborar sus leyes, procedimientos, políticas y planes de acción pertinentes, además plantea que los Estados están obligados a velar porque las mujeres privadas de libertad sean alojadas en locales separados de los ocupados por los hombres y a asegurarse de que su vigilancia inmediata está a cargo de mujeres.¹⁰¹

¹⁰⁰ Véase, por ejemplo, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), “Entender la pobreza desde la perspectiva de género”, en *Serie Mujer y Desarrollo*, núm. 52, 2004, disponible en <http://hdl.handle.net/11362/5918>

¹⁰¹ Observación general, párrs. 20-21.

En las sentencias estudiadas, tanto aquellas en que se pueden identificar mujeres desaparecidas, como en las que las mujeres aparecen como familiares de otras personas desaparecidas, no se desarrollan estándares por parte de la Corte en el sentido planteado por la observación general. Puede señalarse como una excepción el caso *Gelman vs. Uruguay* donde, tal como se explicó previamente, la Corte desarrolla amplias consideraciones sobre la situación de detención de una mujer embarazada. Ello es un ejemplo de una práctica que debería consolidarse.

Paralelamente, en otros casos de privación de libertad de mujeres como lo es el caso *del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*,¹⁰² el Tribunal sí ha desarrollado algunas importantes pautas que toman en consideración la situación específica de la mujer que se encuentra reclusa y que, por tanto, está en custodia de funcionarios estatales. Entre estas pautas destacamos que la Corte determina que las mujeres en reclusión “no deben sufrir discriminación y que deben ser protegidas de todas las formas de violencia o explotación, debiendo ser supervisadas y revisadas por oficiales femeninas y las mujeres embarazadas y en lactancia deben ser proveídas con condiciones especiales durante su detención”.¹⁰³

Asimismo, la Corte se refiere a la violencia sexual que pueden sufrir las mujeres reclusas, en donde califica la desnudez forzada como constitutiva de violencia sexual por ser las víctimas constantemente observadas por hombres, señalando que “esas mujeres, además de recibir un trato violatorio de su dignidad personal, también fueron víctimas de violencia sexual, ya que estuvieron desnudas y cubiertas con tan solo una sábana, estando rodeadas de hombres armados, quienes aparentemente eran miembros de las fuerzas de seguridad del Estado”.¹⁰⁴ Concluyendo que “la violencia sexual contra la mujer tiene consecuencias físicas, emocionales y psicológicas devastadoras para ellas, que

¹⁰² Este caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la utilización excesiva de la fuerza que resultó en la muerte de decenas de mujeres reclusas, así como de numerosas heridas en el marco de un operativo en el Centro Penitenciario Miguel Castro Castro.

¹⁰³ *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, *supra*, párr. 303.

¹⁰⁴ *Ibidem*, párr. 306.

se ven agravadas en los casos de mujeres detenidas”.¹⁰⁵ Estos importantes avances demuestran la capacidad del Tribunal de realizar análisis diferenciados en materia de privación de la libertad de mujeres, aunque no se hayan extendido necesariamente a los casos de desapariciones forzadas de mujeres.

4.5. Derecho a la verdad

El Grupo de Trabajo, en su observación general, plantea que la adopción de una perspectiva de género en relación con el derecho a la verdad debería permitir visualizar cómo las desapariciones forzadas han afectado de manera diferenciada a las mujeres en distintos planos.¹⁰⁶ Pero al mismo tiempo, el Grupo de Trabajo avanza al requerir que el proceso mismo de aseguramiento y consecución del derecho a la verdad se realice con una perspectiva de género. Este enfoque de género debe incorporarse en las comisiones de la verdad —incluyendo la integración equilibrada de hombres y mujeres en ellas—, asegurando la participación de las mujeres en los procesos de establecimiento de la verdad y se deben asignar presupuestos específicos para el análisis de las cuestiones de género.¹⁰⁷

Si bien las sentencias de la Corte, en su mayoría, desarrollan sofisticados estándares en relación con el derecho a la verdad, no se incluye en sus razonamientos una perspectiva de género.¹⁰⁸ Desde los primeros casos sobre desapariciones forzadas, la Corte IDH sostuvo como principal preocupación determinar el paradero de la persona desaparecida. En este sentido, en el caso

¹⁰⁵ *Ibidem*, párr. 313.

¹⁰⁶ Observación general, párr. 22.

¹⁰⁷ *Ibidem*, párrs. 23, 24 y 25.

¹⁰⁸ Un buen resumen de la doctrina interamericana sobre el derecho a la verdad puede encontrarse en Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Derecho a la verdad en América (2014), disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Derecho-Verdad-es.pdf> Para el Grupo de Trabajo puede verse Comentario General sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas, disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/GC-right_to_the_truth.pdf Debe aclararse que ni el Grupo de Trabajo ni la Comisión Interamericana incluyen una perspectiva de género en estos documentos.

Velásquez Rodríguez vs. Honduras indica que esta certeza es un derecho de los familiares de la persona desaparecida que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance.¹⁰⁹

Existe una directa relación entre el deber de investigar los casos de desapariciones forzadas y el derecho a la verdad. Es así como, de lo reconocido por el Tribunal en el caso *Castillo Páez vs. Perú*, se desprende que si bien el derecho a la verdad no se encuentra expresamente consagrado en la Convención, sí se comprende en la determinación del deber de investigar los hechos que dieron lugar a las violaciones¹¹⁰ y como indica además en el caso *Trujillo Oroza vs. Bolivia*, no solo respecto al paradero de la víctima, sino de todas las circunstancias relativas a la desaparición.¹¹¹ En este sentido, la Corte ha reiterado desde el caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala* que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en los artículos 8 y 25 de la Convención.¹¹²

Como hemos indicado previamente, la Corte en sus análisis de los deberes emergentes de los artículos 8 y 25 en materia de justicia no ha aplicado cabalmente la perspectiva de género. Junto con esto, la Corte ha desarrollado las consecuencias que una violación al derecho de la verdad puede generar en los familiares de las personas desaparecidas, indicando al respecto que: “la privación continua de la verdad acerca del destino de un desaparecido constituye una forma de trato cruel, inhumano y degradante para los familiares cercanos”¹¹³ y que, por tanto, “la entrega de los restos mortales en casos de detenidos-desaparecidos es un acto de justicia y reparación en sí mismo”.¹¹⁴ Por otra parte, el derecho a la verdad en la jurisprudencia interamericana ha sido desarro-

¹⁰⁹ *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, supra*, párr. 181.

¹¹⁰ *Caso Castillo Páez vs. Perú, supra*, párr. 86.

¹¹¹ *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia. Reparaciones y Costas, supra*, párr. 38.

¹¹² *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, supra*, párr. 200. Véase también en *Caso Radilla Pacheco vs. México, supra*, párr. 171; *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, supra*, párr. 206; *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana, supra*, párr. 263, y *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú, supra*, párr. 220.

¹¹³ Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia, supra*, párr.114.

¹¹⁴ *Ibidem, supra*, párr. 115.

llado como un derecho individual y también como un derecho colectivo o social. Al respecto la Corte ha señalado:

Esta medida no solo beneficia a los familiares de las víctimas sino también a la sociedad como un todo, de manera que al conocer la verdad en cuanto a tales crímenes tenga la capacidad de prevenirlos en el futuro.¹¹⁵

En cuanto a esta dimensión colectiva, es en el caso *Gelman vs. Uruguay* en donde la Corte determina con mayor precisión su alcance al indicar:

La satisfacción de la dimensión colectiva del derecho a la verdad exige la determinación procesal de la más completa verdad histórica posible, lo cual incluye la determinación judicial de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades.¹¹⁶

El Tribunal sostuvo luego, en el caso *Contreras y otros vs. El Salvador*, la importancia del derecho a la verdad en una sociedad democrática y cómo deben actuar los poderes públicos en casos de desapariciones forzadas, señalando lo siguiente:

El Tribunal estima que el derecho a conocer la verdad tiene como efecto necesario que en una sociedad democrática se conozca la verdad sobre los hechos de graves violaciones de derechos humanos. Esta es una justa expectativa que el Estado debe satisfacer, por un lado, mediante la obligación de investigar las violaciones de derechos humanos y, por el otro, con la divulgación pública de los resultados de los procesos penales e investigativos. Resulta esencial para garantizar el derecho a la información y a conocer la verdad que los poderes públicos actúen de buena fe y realicen diligentemente las acciones necesarias para asegurar la efectividad de ese derecho, especialmente cuando se trata de conocer la verdad de

¹¹⁵ *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*, *supra*, párrs. 258-259. Véase también: *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, *supra*, párr. 62; *Caso Gómez Palomino vs. Perú*, *supra*, párr. 139; *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, *supra*, párr. 200; *Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala*, *supra*, párr. 301.

¹¹⁶ *Caso Gelman vs. Uruguay*, *supra*, párr. 192.

lo ocurrido en casos de violaciones graves de derechos humanos como las desapariciones forzadas del presente caso.¹¹⁷

Sin embargo, la Corte no ha avanzado clarificando cuáles son las obligaciones puntuales desde la perspectiva de género, ni en lo relativo al aspecto individual ni al colectivo. Por ejemplo, al hablar de patrones y prácticas y el deber de investigar de manera diligente, podría haber insistido en la verdad en cuanto a la violencia sexual como parte de las desapariciones forzadas o en el efecto diferenciado sobre las mujeres familiares de desapariciones forzadas. Es decir que la verdad debe incluir también un análisis de cómo las mujeres son afectadas de una manera diferente a los hombres. Respecto a las comisiones de la verdad la Corte indicó, en el caso *Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala*, que estas son un aporte indiscutido en muchos ámbitos, señalando:

Contribuyen a la construcción y preservación de la memoria histórica, el esclarecimiento de hechos y la determinación de responsabilidades institucionales, sociales y políticas en determinados periodos históricos de una sociedad. Aun cuando estas comisiones no sustituyan la obligación del Estado de establecer la verdad a través de procesos judiciales, la Corte ha establecido que se trata de determinaciones de la verdad que son complementarias entre sí, pues cada una tiene un sentido y alcance propios, así como potencialidades y límites particulares, que dependen del contexto en el que surgen y de los casos y circunstancias concretas que analicen.¹¹⁸

Nuevamente, aquí la Corte hace un recitado acríptico de sus palabras estándares en materia de comisiones de la verdad sin preguntarse si estas desentrañaron y visibilizaron la dimensión del sufrimiento diferenciado de las mujeres. No analiza el Tribunal si las mujeres tuvieron participación y acceso a tales comisiones de la verdad, si hubo una atención especializada a sus necesidades, por solo mencionar algunos de los temas resaltados por el Grupo de Trabajo. Cuando el Tribunal desarrolla estos estándares abstractos y realiza esta enunciación de principios uni-

¹¹⁷ *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*, *supra*, párr. 170.

¹¹⁸ *Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala*, *supra*, párr. 298, referencias internas omitidas. Véase también *Caso García y familiares vs. Guatemala*, *supra*, párr. 176.

versales sería de esperarse que tuviese una mayor perspectiva de género.

4.6. Derecho a un recurso efectivo

El Grupo de Trabajo precisa que las mujeres enfrentan numerosos obstáculos en el ejercicio del derecho a la justicia, frente a lo cual los Estados deberían adoptar medidas adicionales para que las mujeres víctimas de desaparición forzada puedan acceder a los medios necesarios para ejercer sus derechos, como asimismo formular políticas públicas integrales, coordinadas y dotadas de recursos suficientes para garantizarles un pleno acceso a la protección judicial.¹¹⁹ Señala también que en la investigación de oficio y con seriedad de este tipo de hechos, los Estados deben velar porque los denunciantes, independiente de su sexo, reciban un tratamiento igualitario, y cuando corresponda, existan procedimientos específicos para las mujeres.¹²⁰ Y se insta a los Estados a distribuir información sobre los recursos judiciales existentes para la población, teniendo en cuenta la diversidad de la comunidad.¹²¹

Particularmente relevante a la luz de la jurisprudencia de la Corte resulta el estándar fijado en la observación general en relación con la atención específica que requieren durante la investigación los actos de violencia sexual y de género que pueden venir aparejados a la desaparición forzada. El Grupo de Trabajo expresa que en esos casos debería darse mayor visibilidad y atención al sufrimiento de las mujeres, y que los Estados deberían investigar los casos de mujeres actuando con la debida diligencia.

En otras palabras, el recurso efectivo frente a desapariciones forzadas con perspectiva de género, según como es concebido por el Grupo de Trabajo, abarca dos aspectos. Por un lado, garantizar el acceso y trato igualitario a las mujeres y, por el otro lado, el Grupo de Trabajo insiste en un aspecto sustantivo del recurso efectivo, es decir que los aspectos de las desapariciones forzadas

¹¹⁹ Observación general, párrs. 26 y 29.

¹²⁰ *Ibidem*, párr. 27.

¹²¹ *Ibidem*, párr. 30.

que se relacionan exclusivamente con las mujeres por ser dirigidos contra ellas, precisamente por su condición de mujer, son efectivamente investigados y sancionados.

La Corte ha explicado en el caso *Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala*, al analizar las vulneraciones de derechos sufridas por una familiar de una persona desaparecida forzosa-mente, que fue ella misma víctima de violación sexual, que “*la falta de investigación de una denuncia de violación sexual, implica un incumplimiento del deber de garantizar la integridad personal así como la protección a la vida sexual*”.¹²²

Es decir que la Corte, al menos en este caso, requiere la investigación específica de la violencia sexual como parte del deber de garantía. En el caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, la Corte avanza aún más y plantea la necesidad de tener en cuenta en las investigaciones de los hechos denunciados, los impactos diferenciados respecto de los niños y las mujeres de la comunidad de Río Negro. La Corte al respecto señala:

- b) deberá investigar de oficio y de forma efectiva los hechos del presente caso, tomando en cuenta el patrón sistemático de violaciones graves y masivas de derechos humanos existente en la época en que estos ocurrieron. *Además de las afectaciones al derecho a la vida, el Estado debe considerar otras posibles graves afectaciones a la integridad personal y a la libertad personal*, en particular, los presuntos actos de desaparición forzada, tortura, ejecuciones extrajudiciales, *violación sexual*, esclavitud y servidumbre, *teniendo en cuenta, asimismo, los impactos diferenciados con motivo de las alegadas violaciones sufridas por los niños y las mujeres de la comunidad de Río Negro*. El Estado también deberá ejecutar las órdenes de captura de los presuntos responsables que se encuentran pendientes y emitir las que sean pertinentes a efecto de enjuiciar a todos los responsables de los hechos del presente caso.¹²³

Esta decisión es de extrema importancia, pues llama al Estado a investigar de manera puntual los impactos diferenciados

¹²² Caso *Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala*, *supra*, párr. 276.

¹²³ Caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, *supra*, párr. 257.

generados con motivo de las violaciones sufridas. El caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, en este aspecto coincide con el Grupo de Trabajo. Hubiese sido muy importante que la Corte explicitara mejor qué significa investigar los impactos diferenciados, cuáles son ellos y cómo deberían ser investigados. Mientras el propósito de una observación general como la del Grupo de Trabajo es brindar las pautas generales, la Corte en un caso concreto no solo debería desarrollar los estándares, sino también traducirlos en cómo deberían aplicarse al caso concreto.

En el caso *Contreras y otros vs. El Salvador*, el Tribunal retoma la idea de los impactos o situaciones diferenciadas y estipula que es un deber imperativo estatal incluir en las investigaciones un enfoque que tenga en cuenta que las víctimas de desapariciones forzadas eran niños y niñas:

*El Tribunal reitera que tanto las investigaciones como la búsqueda de personas desaparecidas es un deber imperativo estatal, así como la importancia de que tales acciones se realicen conforme con los estándares internacionales, bajo un enfoque que tenga en cuenta que las víctimas eran niños y niñas al momento de los hechos. Para ello, la Corte considera necesario que el Estado adopte estrategias claras y concretas encaminadas a superar la impunidad en el juzgamiento de las desapariciones forzadas de los niños y niñas durante el conflicto armado salvadoreño, con el propósito de visibilizar el carácter sistemático que adquirió este delito que afectó de forma particular a la niñez salvadoreña y, por ende, evitar que estos hechos se repitan.*¹²⁴

Este caso es importante porque llama la atención sobre una característica puntual de las víctimas, que en este caso eran niños y niñas. Ello podría permitir que el género de la víctima también sea considerado como una característica particular que debe enfocarse de manera diferenciada en las investigaciones de desapariciones forzadas. Por otro lado, la Corte menciona que parte de las estrategias “claras y concretas” es “visibilizar” el problema —en el caso era el carácter sistemático de las desapariciones—. Este propósito, el visibilizar un fenómeno particular, como es la afectación diferenciada a las mujeres en casos de desapariciones

¹²⁴ Caso *Contreras y otros vs. El Salvador*, *supra*, párr. 184.

forzadas, es lo que subyace en toda la observación general del Grupo de Trabajo.

Sin embargo, en el caso *Contreras y otros vs. El Salvador* la Corte no incluye como un elemento relevante a tener en cuenta durante la investigación que se aplique un enfoque de género o especial atención a los actos de violencia sexual y de género cometidas a raíz de la desaparición forzada. Una declaración en ese sentido hubiese sido del todo pertinente, particularmente porque, como se señaló precedentemente, la Corte reconoce en ese caso la especial vulnerabilidad de las mujeres y niñas a sufrir este tipo de violencia durante épocas de conflicto.¹²⁵

La Corte entendió en el caso *González y otras (Campo Algodonero) vs. México* que la obligación de investigar tiene “alcances adicionales” en casos que se enmarcan en un contexto general de violencia contra la mujer. El Tribunal sigue la jurisprudencia europea desarrollada a partir del caso *Angelova e Iliev vs. Bulgaria* indicando que “cuando un ataque es motivado por razones de raza, es particularmente importante que la investigación sea realizada con vigor e imparcialidad, teniendo en cuenta la necesidad de reiterar continuamente la condena de racismo por parte de la sociedad y para mantener la confianza de las minorías en la habilidad de las autoridades de protegerlas de la amenaza de violencia racial”.¹²⁶ Acertadamente, la Corte adicionó “El criterio anterior es totalmente aplicable al analizarse los alcances del deber de debida diligencia en la investigación de casos de violencia por razón de género”.¹²⁷ De ahí, la Corte desarrollaría pautas muy precisas de cómo debería llevarse a cabo una investigación eficaz cuando las violaciones responden a un patrón estructural o sistemático, como ocurre en un contexto de violencia contra la mujer. El Tribunal reiteró que cuando ciertas líneas de investigación eluden el análisis de los patrones sistemáticos en los que se enmarcan cierto tipo de violaciones a los derechos humanos, pueden generar

¹²⁵ *Ibidem, supra*, párr. 101.

¹²⁶ TEDH. *Caso Angelova e Iliev vs. Bulgaria*. Sentencia de 26 de julio de 2007, párr. 98.

¹²⁷ *Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México, supra*, párr. 293.

ineficacia en las investigaciones.¹²⁸ No aceptó como permisible que no exista una mínima valoración judicial de los efectos del contexto respecto a las investigaciones por estos homicidios de las tres mujeres,¹²⁹ ni que no se contemplaran las agresiones a mujeres como parte de un fenómeno generalizado de violencia de género.¹³⁰

Por otro lado, la Corte en este mismo caso explicó la importancia de la remoción de los obstáculos en el acceso a la justicia. La remoción de obstáculos legales y estructurales es clave para la eficaz investigación sobre hechos de violencia contra las mujeres. Como se ha explicado, las actitudes discriminatorias de las autoridades policiales y judiciales se traducen en una demora innecesaria, en la inactividad procesal, en la negligencia de la recolección de pruebas y en la falta de contextualización de la violencia motivada en el género. Una muestra de la capacidad de la Corte de analizar los obstáculos particulares que un grupo tradicionalmente marginalizado enfrenta al acudir a la justicia a la par de ser inconsistente en visibilizar y analizar los problemas particulares de las mujeres, es el caso *Tiu Tojín vs. Guatemala*. En el caso, la Corte determina que “los familiares de las víctimas desaparecidas enfrentaron obstáculos para acceder a la justicia, en razón a su pertenencia al pueblo indígena maya”.¹³¹ Sin embargo, la Corte no hace referencia a las dificultades mayores que pueden haber sufrido las mujeres indígenas en particular, ello a pesar de que la sentencia cita el testimonio de la hermana de la víctima sobre la discriminación que sufrió en el acceso a y ante la justicia.¹³²

4.7. Protección de los testigos y las víctimas

El Grupo de Trabajo señala que los Estados tienen la obligación de otorgar medidas de protección adicionales para testigos y víctimas de desaparición forzada. En los casos en que estos testigos

¹²⁸ *Ibidem*, párr. 366.

¹²⁹ *Ibidem*, párr. 369.

¹³⁰ *Ibidem*, párr. 370.

¹³¹ *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*, *supra*, párr. 97.

¹³² *Idem*.

o víctimas sean mujeres, la protección, para ser efectiva, necesita de una amplia gama de medidas de protección ya sean físicas o psicosociales. Estas medidas dependerán de la gravedad del trauma que hayan sufrido y la estigmatización derivada de los abusos, incluyendo la violencia de género. En este contexto, la observación general propone que para propiciar un entorno seguro es necesaria la incorporación de una perspectiva de género en los programas de protección de testigos, lo que evitaría la victimización secundaria de las mujeres. Este trabajo, tal como se indicó, solo analiza las sentencias de fondo sobre casos de desapariciones forzadas. Lamentablemente, no se realizaron hallazgos relevantes en las sentencias estudiadas. Por ello, sería muy importante que futuros estudios analicen medidas provisionales para determinar si la Corte utiliza una perspectiva de género en materia de medidas de protección.

4.8. Participación de las mujeres

La observación general indica que los Estados tienen el deber de garantizar una participación activa de las mujeres en todos los procedimientos oficiales y políticas públicas relativas a las desapariciones forzadas. El Grupo de Trabajo identifica que esta se puede ver afectada por la discriminación que sufren las mujeres al ser privadas de mecanismos legales e instituciones públicas, por lo que es preciso reforzar la creación de espacios públicos para mujeres, fomentar su educación en derechos políticos y exigir a los Estados el refuerzo de programas para capacitar a los funcionarios públicos sobre derechos de la mujer, la igualdad y no discriminación y las especiales necesidades de la mujer en las desapariciones forzadas.

Junto con lo anterior, los Estados deberían adoptar medidas legislativas, administrativas, judiciales y de otra índole para facilitar las actividades de los particulares y los grupos de base, que a menudo son el único canal para que las mujeres marginadas participen en el proceso político establecido. Lograda esta participación, el Estado debe tomar medidas para prevenir y combatir las represalias, la intimidación y las amenazas que sufren las mujeres por su activismo en respuesta a las desapariciones forzadas.

Las sentencias analizadas no contienen razonamientos en relación con los estándares desarrollados por el Grupo de Trabajo en materia de participación de las mujeres. Ello a pesar de que la Corte en el aspecto de investigación insiste en la participación de los familiares en los procesos judiciales y en varias reparaciones también indica que deben adoptarse de manera coordinada con las víctimas. Lo mismo puede decirse en medidas provisionales. Pero en ningún caso hasta ahora, el Tribunal ha indicado cómo debería garantizarse la participación en particular de las mujeres en estos mecanismos. Insistimos, una vez más, que los representantes de las víctimas y la Comisión tampoco han hecho un buen trabajo de proveer elementos de análisis fáctico y jurídico al Tribunal en este área.

4.9. Derecho a la reparación

Tanto en materia de reparaciones como en otras áreas, el Grupo de Trabajo indica que es preciso utilizar un concepto más amplio y completo de “víctima”, dejando atrás la distinción entre víctimas directas e indirectas. Es decir, es víctima toda persona que ha sufrido un daño como consecuencia de una desaparición forzada. Este nuevo concepto permite señalar como víctimas a mujeres y a otros familiares de las personas desaparecidas y con esto reconocer su sufrimiento y contribuir a terminar con los estereotipos y jerarquías de género.¹³³ En este sentido, la observación general señala que la reparación requiere el reconocimiento de los derechos de las mujeres como ciudadanas en pie de igualdad, observando que los programas de reparación que incorporan una perspectiva de género contribuyen de manera más eficaz a la rehabilitación de las mujeres. Se indica, además, que la reparación importa como una medida de prevención, debiendo los Estados evitar que más personas y, en particular mujeres, se conviertan en víctimas de desapariciones forzadas, especialmente en sociedades en que la violencia contra la mujer se radica en la desigualdad.¹³⁴

¹³³ Observación general, párr. 38.

¹³⁴ *Ibidem*, párrs. 39-40.

Por otra parte, también se resalta que las reparaciones simbólicas son parte de un programa integral de reparaciones, las que contribuyen a la rehabilitación psicológica y emocional de las víctimas y añaden una dimensión de género en la sociedad, debiendo siempre tener por objetivo la eliminación de los estereotipos. Finalmente, la observación general refiere que el goce de las reparaciones puede presentar diversos obstáculos para las mujeres, lo cual debe ser abordado eficazmente por los Estados con el ofrecimiento de servicios adecuados de asesoramiento, rehabilitación y apoyo, asistencia e información.¹³⁵

En ninguno de los ocho casos con mujeres desaparecidas la Corte incorpora reparaciones con perspectiva de género. El único caso en el que se incorpora un enfoque particular es *Contreras y otros vs. El Salvador*, en el que se ordena al Estado una medida específica en relación con la desaparición forzada de niños y niñas durante el conflicto:

[...] *Dadas las circunstancias del presente caso*, el Tribunal considera importante la *realización de un audiovisual documental sobre la desaparición forzada de niños y niñas durante el conflicto armado en El Salvador*, con mención específica del presente caso, en el que se incluya la labor realizada por la Asociación Pro-Búsqueda de Niños y Niñas Desaparecidos, cuyo contenido debe ser previamente acordado con las víctimas y sus representantes.¹³⁶

Lamentablemente, el reconocimiento de situaciones de violencia de género y/o violencia sexual en varios de los casos analizados, no logró verse reflejado en las reparaciones ordenadas. Sin duda, este es un desafío para la Corte en los siguientes casos que deba abordar.

Este silencio contrasta enormemente con los importantísimos avances que la Corte ha realizado en materia de reparaciones en general, como en el caso de reparaciones en supuestos de violencia contra las mujeres, como es el caso *González y otras (Campo Algodonero) vs. México*. Indudablemente, esta sentencia da luz sobre cómo puede proceder la Corte en materia de repara-

¹³⁵ *Ibidem*, párrs. 42-43.

¹³⁶ *Caso Contreras y otras vs. El Salvador*, *supra*, párr. 210.

ciones desde una perspectiva de género. Partió el Tribunal de la idea que la reparación integral implica el restablecimiento 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, las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que estas tengan un efecto no solo restitutivo, sino también correctivo. No es admisible para la Corte, una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación.¹³⁷ Conforme a ello, la Corte valoró las medidas de reparación solicitadas a la luz de ciertos criterios entre los que incluyó que las reparaciones restablezcan en la mayor medida de lo posible a las víctimas en la situación anterior a la violación en aquello en que no se interfiera con el deber de no discriminar, se orienten a identificar y eliminar los factores causales de discriminación y se adopten desde una perspectiva de género, tomando en cuenta los impactos diferenciados que la violencia causa en hombres y en mujeres.¹³⁸

Entre los casos con mujeres familiares de personas desaparecidas, es posible destacar el esfuerzo —incompleto— que hace la Corte IDH en materia de reparaciones en el caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*. Tal como se expresó en el punto 2) sobre “Mujeres víctimas de desapariciones forzadas”, en el caso *Goiburú*, la Corte describe situaciones de violencia de género y violencia sexual cometidas en contra de mujeres familiares de las víctimas. Sin embargo, el Tribunal no llega a nombrarlas como constitutivas de violencia de género o sexual ni a hacer un análisis con perspectiva de género sobre las afectaciones diferenciadas que sufren las mujeres por el hecho de ser tales. Sin perjuicio de ello, al momento de establecer las reparaciones por daño inmaterial, la Corte dispone el pago de sumas de dinero diferenciadas, aumentándolas a quienes:

1. eran menores de edad al momento de las desapariciones;
2. promovieron el proceso penal y se vieron enfrentados a irregularidades en el proceso;

¹³⁷ *Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México*, *supra*, párr. 450.

¹³⁸ *Ibidem*, párr. 451.

3. fueron detenidas y permanecieron en prisión por sus vínculos con los desaparecidos, y
4. nacieron en prisión.

En relación con el acrecimiento a las sumas de dinero a quienes fueron detenidas y sometidas a prisión, la Corte señala lo siguiente:

[...]

v. la cantidad mencionada en el inciso (i) será acrecida mediante el pago de \$10 000 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) para Gladis Esther Ríos de Mancuello *quien fue detenida junto con su esposo y permaneció en prisión por casi tres años; le quitaron a su hija de meses sin decirle por un tiempo a quién se la habían entregado; pasó la mayor parte de su embarazo en la cárcel y crió a su bebé en prisión durante más de dos años*. Finalmente, la Corte toma en consideración que, luego de ser expulsada del Paraguay, la señora Ríos de Mancuello vivió fuera de su país hasta que cayó la dictadura;

vi. la cantidad mencionada en el inciso (i) será acrecida mediante el pago de \$8 000 (ocho mil dólares de los Estados Unidos de América) para María Magdalena Galeano *quien fue detenida el mismo día que su compañero y permaneció en prisión por más de tres años*;

vii. la cantidad mencionada en el inciso (ii) será acrecida mediante el pago de \$8 000 (ocho mil dólares de los Estados Unidos de América) para Rosa Mujica Giménez *quien fue detenida por ser hermana del señor Goiburú. Asimismo, dio a luz en una Comisaría. Una vez liberada, sufrió prisión domiciliaria y dos años más tarde volvió a ser detenida por dos meses [...]*.¹³⁹

De esta forma, podemos constatar que la Corte valora y considera algunas de las especiales afectaciones sufridas por las mujeres familiares de desaparecidos al momento de determinar las sumas de dinero correspondientes por daño inmaterial. Pero, de manera inexplicable, no realiza un acrecimiento en la reparación correspondiente a Ana Elizabeth, hermana del desaparecido Carlos Mancuello Barreiro, quien —como adelantamos en un acápite anterior— fue “objeto de humillaciones y castigos físicos por parte de diferentes agentes de seguridad a los que recurrieron”,

¹³⁹ Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, *supra*, párr. 160.

mientras acompañaba a su madre en la búsqueda de su hermano, “llegando incluso varios de ellos a solicitar favores sexuales de [su] parte a cambio de que [las] dejaran ver a [su] hermano [...]”.¹⁴⁰ Una nueva inconsistencia de la Corte.

4.10. Formación y sensibilización

De acuerdo con la observación general, la formación de los agentes encargados de hacer cumplir la ley en cuestiones relacionadas con las desapariciones forzadas, debería incluir educación sobre las consecuencias que ellas acarrearán para las mujeres, mencionándose en particular la violencia sexual. Esta formación, se expresa, debería incluir programas destinados a modificar las actitudes estereotipadas con respecto al papel y la condición del hombre y de la mujer.¹⁴¹ Se dispone asimismo, que es esencial impartir una formación sobre cuestiones de género a los funcionarios judiciales y agentes encargados de hacer cumplir la ley, indicándose que los funcionarios públicos deben ser capaces de conocer los derechos de las mujeres, identificar los casos de violencia de género y los efectos diferenciados de las desapariciones forzadas en las mujeres.¹⁴²

En el caso *Gelman vs. Uruguay*, pese a la presencia de mujeres víctimas de desaparición forzada, y de haberse constatado expresamente que los actos sufridos por María Claudia García estuvieron basados en el género y podían ser calificados como una de las más graves y reprochables formas de violencia contra la mujer, se ordena incluir en los programas de capacitación sobre desaparición forzada solo un enfoque especializado, referido a la sustracción de niños y niñas, sin incluir un énfasis particular en cuestiones de género:

En mérito de lo constatado en el expediente, el Tribunal establece que, sin perjuicio de los programas de capacitación para funcionarios públicos en materia de derechos humanos que ya existan

¹⁴⁰ *Ibidem*, párr. 102.

¹⁴¹ Observación general, párr. 45.

¹⁴² *Ibidem*, párr. 46.

en Uruguay, el Estado debe implementar, en el Centro de Estudios Judiciales del Uruguay, en un plazo razonable y con la respectiva disposición presupuestaria, *programas permanentes* sobre derechos humanos dirigidos a los agentes del Ministerio Público y a los jueces del Poder Judicial del Uruguay, *que contemplen cursos o módulos sobre la debida investigación y juzgamiento de hechos constitutivos de desaparición forzada de personas y de sustracción de niños y niñas*.¹⁴³

Nuevamente esta posición contrasta con los avances que se observan en el caso *González y otras (Campo Algodonero) vs. México*, donde la Corte con precisión explicó la importancia de la “capacidad y sensibilidad para entender la gravedad del fenómeno de la violencia contra la mujer y la voluntad para actuar de inmediato”.¹⁴⁴ Asimismo, la Corte en otro caso ordenó que los cursos de formación para las fuerzas armadas debieran incluir la perspectiva de género y niñez, ante la constatación de masivas violaciones de derechos por parte de sus integrantes en diversas masacres.¹⁴⁵ *Gelman* es una muestra de la invisibilización del género por parte del Tribunal y quizás una muestra del estereotipo de la madre sacrificándose por su hija.

5. CONCLUSIONES

El análisis de los pronunciamientos de la Corte en materia de desapariciones forzadas y mujeres muestra sus crecientes esfuerzos por aplicar las normas interamericanas con perspectiva de género.¹⁴⁶ El Tribunal ha reconocido en varios casos las formas

¹⁴³ *Caso Gelman vs. Uruguay*, *supra*, párr. 278.

¹⁴⁴ *Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México*, *supra*, párr. 285.

¹⁴⁵ *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C, núm. 252, párrs. 368-369.

¹⁴⁶ En realidad, la Corte aparece en una posición de avanzada con respecto a otros órganos de derechos humanos. Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos recién en marzo de 2014 reconoció en un caso de desaparición forzada que la violación de una familiar de personas desaparecidas ha representado una violencia de género y una forma de tortura. Comité de Derechos Humanos, comunicación núm. 1900/2009, *Mehalli vs. Argelia*, dictamen aprobado el 21 de marzo de 2014, párr. 7.10.

de victimización específica o diferenciada que sufren las mujeres y niñas. Estos avances coinciden con la aproximación general del Tribunal en los últimos años cuya jurisprudencia ha mostrado una evolución en el tratamiento de los derechos humanos de las mujeres, incluyendo en varios casos análisis con perspectiva de género. También la Corte ha procurado determinar el alcance de los deberes de los Estados en materia de violencia de género y demostrado su capacidad de entender la especificidad del daño al que están expuestas las mujeres y de ordenar ciertas medidas de reparación específica.

En materia de desapariciones forzadas de mujeres, la Corte ha demostrado especial sensibilidad en particular cuando cuenta con evidencia de violencia sexual contra las mujeres y cuando se enfrenta a situaciones de maternidad. Sin embargo, el Tribunal no ha logrado disipar o traducir en obligaciones concretas del Estado, las dificultades diferenciadas que enfrentan las mujeres por su condición de tales y como reflejo de patrones estructurales de discriminación de las que son víctimas.

Lo que hemos resaltado en cuanto a estos vaivenes, no siempre es atribuible pura y exclusivamente a la Corte. Por el contrario, los representantes de las víctimas y la Comisión Interamericana no han realizado, en la gran mayoría de los casos, peticiones y alegaciones desde la perspectiva de género. Ello demuestra que todos los actores del sistema son corresponsables del estado actual de la jurisprudencia interamericana. Pero estas falencias de los representantes de las víctimas y de la CIDH no son justificativo para que la Corte no haya acudido de manera más asidua, en casos de mujeres víctimas de desapariciones forzadas, al principio del *iuria curia novit* para suplir estos vacíos argumentativos.

La lectura sistémica de estas 33 sentencias demuestra que el camino recorrido por la Corte ha sido errático, actuando de una manera inconsistente y sus análisis pecan en la generalidad de los casos de una superficialidad manifiesta. Al igual que en muchas otras áreas, las sentencias en casos de mujeres afectadas por desapariciones forzadas parecen más orientadas a sentar grandes principios jurídicos de manera abstracta sin ser aterrizados puntualmente y determinada al caso concreto y explicando de forma detallada cuáles son los elementos fácticos exactos y las obliga-

ciones estatales específicas para encontrar o no una violación a los derechos de las mujeres, como tales ni cuáles son las medidas claramente definidas que el Estado debería haber adoptado desde una perspectiva de género.

Como hemos dicho al principio, este trabajo pretende ser solo el inicio de una línea de investigación más detallada sobre desapariciones forzadas y género. Nuestro estudio es un llamado a estudiar al Grupo de Trabajo. No hemos analizado la consistencia de su trabajo, no discutimos la coherencia y solidez de su observación general. Tampoco hemos analizado, por ejemplo, que su observación general es de 2012, lo que indicaría que el Grupo de Trabajo comenzó a preguntarse o aplicar una perspectiva de género más tarde que la Corte.

Sobre la Corte también hay toda una serie de preguntas que todavía podemos formular. Solo por mencionar algunas. ¿Existe alguna influencia entre la composición del Tribunal y su jurisprudencia? ¿La presencia de mujeres entre los integrantes de la Corte ayuda a tener una perspectiva de género? ¿Ha habido argumentos de los representantes de las víctimas y de la Comisión desde una perspectiva de género que la Corte obvió revisar? ¿Existe una consistencia entre los casos de violencia de género y los de desapariciones forzadas en particular? ¿Es la Corte más sensible a las particularidades de otros grupos de víctimas como niños y niñas y pueblos indígenas que con las mujeres?

Y también pueden formularse estudios en perspectiva comparada entre el Grupo de Trabajo y la Corte. Los casos de la Corte como hemos indicado, parten de un problema concreto en un caso puntual. A partir de esta situación específica el Tribunal desarrolla su argumentación aunque, como señalamos, muchas veces lo hace de manera general y abstracta. En cambio, la observación general persigue la fijación de estándares de manera general y no referida a un caso puntual. Todo ello a pesar de que se nutre de las sentencias como material de referencia para construir esos estándares o interpretaciones. Y a la inversa, la Corte IDH se nutre de las observaciones generales para interpretar los hechos y las normas para la resolución del caso concreto. Los estudios podrían analizar cómo esta diferencia de objetivos, el caso concreto frente a los estándares generales, influye —o

no— en la argumentación jurídica del Tribunal y del Grupo de Trabajo.

En definitiva, a pesar de que la Corte no ha logrado de manera cabal traducir el marco analítico ofrecido por el Grupo de Trabajo en su observación general, con avances y retrocesos, con timideces, con desvíos innecesarios, el Tribunal parece avanzar por la buena senda.

Asimismo, la Corte se refiere a la violencia sexual que pueden sufrir las mujeres recluidas, en donde califica la desnudez forzada como constitutiva de violencia sexual por ser las víctimas constantemente observadas por hombres, señalando que “esas mujeres, además de recibir un trato violatorio de su dignidad personal, también fueron víctimas de violencia sexual, ya que estuvieron desnudas y cubiertas con tan solo una sábana, estando rodeadas de hombres armados, quienes aparentemente eran miembros de las fuerzas de seguridad del Estado”.¹⁴⁷ Para finalizar, “la violencia sexual contra la mujer tiene consecuencias físicas, emocionales y psicológicas devastadoras para ellas, que se ven agravadas en los casos de mujeres detenidas”.¹⁴⁸ Estos importantes avances demuestran la capacidad del Tribunal de realizar análisis diferenciados en materia de privación de la libertad de mujeres, aunque no se hayan extendido necesariamente a los casos de desapariciones forzadas de mujeres.

¹⁴⁷ *Ibidem*, párr. 306.

¹⁴⁸ *Ibidem*, párr. 313.

SOBRE EL
SISTEMA INTERAMERICANO

V. Muy poco, muy tarde: la morosidad procesal de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*

1. INTRODUCCIÓN

“Muy poco, muy tarde” explora la crítica tensión que existe en la adjudicación de los derechos humanos: la relación entre eficiencia y eficacia. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, órgano autónomo de la Organización de los Estados Americanos, emplea demasiado tiempo en tramitar las peticiones individuales de denuncias de violaciones a los derechos humanos. Este trabajo representa un primer esfuerzo por ofrecer datos empíricos comprensivos que fundamenten dicho consenso. Asimismo, busca esta base fáctica para analizar las tensiones existentes entre eficiencia y eficacia en la adjudicación de casos de derechos humanos. Sin pasar por alto la importancia de la celeridad en la adjudicación de derechos humanos, por lo que cuestiona la viabilidad, e incluso la conveniencia, como principio general y de aplicación universal para alcanzar una pronta resolución de todos los casos de derechos humanos. Por el contrario, se sostiene que un órgano jurisdiccional de derechos humanos efectivo solo debe intentar alcanzar la mayoría de sus objetivos para los que fue creado o que procura satisfacer la mayoría del tiempo. Dichos objetivos pueden contraponerse unos a otros, li-

* Este trabajo fue publicado en la revista *Jurisprudencia Argentina*, vol. 12, 25 de marzo de 2015. Quiero dar las gracias a los alumnos de la Clínica de Derechos Humanos que trabajaron en esta investigación durante dos años. Su dedicación fue y sigue siendo una inspiración para mí.

mitando así las posibilidades de las medidas tendentes a acelerar su procedimiento. Este argumento no solo es aplicable a la Comisión Interamericana, sino a todo tribunal u organismo jurisdiccional o cuasijurisdiccional de derechos humanos.

El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos —en lo sucesivo el sistema— está principalmente compuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —en lo sucesivo la Comisión o la CIDH— y la Corte Interamericana de Derechos Humanos —en lo sucesivo la Corte o la Corte IDH— de la Organización de los Estados Americanos —en adelante la OEA—. ¹ En sus primeros cincuenta años de funcionamiento, el sistema ha obtenido importantes logros en la promoción y defensa de los derechos humanos en la región. Particularmente, el sistema fue determinante cuando abundaban los regímenes autoritarios en el hemisferio, al denunciar y condenar constantemente, y muchas veces en soledad, las masivas y sistemáticas violaciones de derechos humanos que tuvieron lugar. ² En este sentido, el sistema contribuyó al fortalecimiento de la sociedad civil en su lucha contra los gobiernos militares y abusivos. Al mismo tiempo, el sistema ayudó a la restitución o establecimiento de la demo-

¹ Davidson, Scott, *The Inter-American Human Rights System*, Dartmouth, 1997, p. 8. En realidad, cuando se habla del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, debe entenderse más que la Comisión y la Corte. De hecho, como aquí se mostrará, hay múltiples actores muy relevantes que influyen en el sistema y en su ritmo de adjudicación, tales como los Estados —individual y colectivamente— y dentro de los Estados una multiplicidad de actores con diferentes agendas, la OEA, su Secretaría General, organizaciones de derechos humanos y las víctimas de violaciones de derechos humanos. Dulitzky, Ariel, “The Inter-American Human Rights System Fifty Years Later: Time For Changes”, ed. especial, en *Revue Québécoise de Droit International*, núm. 127, 2011, p. 128 (en lo sucesivo Dulitzky, “Cincuenta años...”). Para un análisis del concepto de Estado desagregado o múltiples actores estatales autónomos y su relación con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y sus implicaciones para el cumplimiento, véase Huneeus, Alexandra, “Courts Resisting Courts: Lessons From The Inter-American Court’s Struggle to Enforce Human Rights”, *Cornell International Law Journal*, vol. 44, núm. 3, University of Wisconsin, 2011 (en lo sucesivo, Huneeus).

² Medina, Cecilia, *The Battle of Human Rights, Gross, Systematic Violations and the Inter-American System*, International Studies in Human Rights, vol. 11, 1988 (en lo sucesivo, Medina).

cracia en muchos países.³ El informe emitido en 1980 por la Comisión sobre Argentina⁴ es el ejemplo paradigmático del trabajo realizado por el sistema en aquellos oscuros años.⁵

En los últimos veinte o treinta años, América Latina ha vivido la transición de dictaduras y guerras civiles a elecciones más o menos libres. Para ilustrar lo anterior, solamente hay que reflexionar sobre la situación que se vivía en 1979, año en que la Convención Americana sobre Derechos Humanos —en adelante la Convención Americana o la Convención—⁶ entró en vigor. En ese entonces había guerras civiles o gobiernos militares en Ecuador, Perú, Bolivia, Argentina, Brasil, Uruguay, Paraguay, Chile, Honduras, El Salvador, Nicaragua, Guatemala, Panamá y Haití. Colombia sufría de una violencia generalizada ocasionada por el ejército, la guerrilla y los grupos de narcotraficantes. Venezuela vivía constantes intentos de golpes de Estado. En México, el mismo partido gobernaba desde 1921 y para la oposición no era posible —o permitido— ganar elecciones. En esos años, eran comunes graves y masivas violaciones de derechos humanos en la región. Desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, escuadrones de la muerte, campos de detención clandestinos, torturas y violaciones eran sucesos comunes.

Hoy en día, la realidad ha cambiado drásticamente. El único país en el hemisferio en donde aún no hay elecciones libres es Cuba. No hay guerras civiles en Centroamérica. En 2001, por

³ Cançado Trindade, Antonio, “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, 1948- 1995: estado actual y perspectivas”, en BarDonnet, Daniel y Cançado Trindade, Antonio (eds.), *Derecho internacional y derechos humanos*, San José-La Haya, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996.

⁴ “Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Argentina”, 1980, OEA/SerL/V/II.49, Doc 19, 11 abr 1980. Véase Diuguid, Lewis H., “OAS Rights Group Accuses Argentina of Torture and of Killing Thousands”, en *The Washington Post*, 20 abr 1980, Primera Sección, A18.

⁵ Weissbrodt, David y Bartolomei, María Luisa, “The Effectiveness of International Human Rights Pressures: The case of Argentina, 1976-1983”, en *Minnesota L.Rev.*, vol. 75, 1991, p. 1009.

⁶ Organización de los Estados Americanos (OEA), “Convención Americana sobre Derechos Humanos”, 22 nov 1969, OASTS, núm. 36, 1144 UNTS 123 (en lo sucesivo “Convención Americana”).

primera vez en la historia moderna de México, la oposición ganó la Presidencia. No obstante, la violencia policial, la presencia de grupos del crimen organizado en diversos países, la inseguridad pública y la respuesta recurrente a las políticas de mano dura, la corrupción e intimidación de jueces y tribunales, así como ataques directos o indirectos a su independencia, la discriminación contra pueblos indígenas y afrodescendientes, las indebidas restricciones a la libertad de expresión y la violencia contra periodistas, defensores de derechos humanos y actores sociales, la violencia y discriminación contra las mujeres, condiciones carcelarias inhumanas y la impunidad ante las violaciones de derechos humanos, aún prevalecen en mayor o menor medida en toda la región. Además, los derechos sociales, económicos y culturales están lejos de ser una realidad para vastos sectores de la población en el hemisferio, sumadas a la inequidad económica y social.

La creencia de que en este nuevo contexto disminuiría el número de denuncias presentadas ante la CIDH ha resultado ser errónea. De hecho, mientras que la sociedad civil florecía en América Latina y el sistema se volvía más popular, el número y la complejidad de las peticiones presentadas ante la Comisión crecían consistentemente.⁷ Con los escasos recursos que la OEA le asigna, esta situación ha implicado “una carga de trabajo considerable para la CIDH, lo cual repercute en la eficiencia y agilidad de la tramitación de asuntos, particularmente en lo relacionado con la mora procesal, la dilación del trámite y la reiteración de actos [...] del procedimiento”.⁸ La Comisión ha introducido varias

⁷ Thede, Nancy y Brisson, Hugues, “International Relations and the Inter-American System of Human Rights promotion and protection. Strategic exploitation of windows of opportunity”, ed. especial, en *Revue Québécoise de Droit International*, 2011, p. 19. Véase también OEA, Consejo Permanente, informe del Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el Funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para la Consideración del Consejo Permanente, GT/SIDH/13/11, rev. 2, p. 11; afirmando que “como resultado de los avances en la consolidación democrática en el continente y de una mayor participación y conciencia de los usuarios del SIDH en los distintos Estados, el número de casos y peticiones que se tramitan ante la CIDH ha ido aumentando progresivamente durante los últimos años” (en lo sucesivo Grupo de Trabajo de la OEA).

⁸ *Idem.*

reformas a su reglamento —en lo sucesivo el reglamento— para atender a este nuevo influxo de casos. No obstante, el creciente congestionamiento y duración en la adjudicación de los casos ha alcanzado niveles inaceptables. A pesar de los avances alcanzados, los Estados y los peticionarios tienen un largo tiempo de espera antes de que la Comisión resuelva el fondo de su asunto.

Por ejemplo, en el caso de *Isaza Uribe*, la Comisión tardó más de veinte años en emitir su informe de admisibilidad después de haber recibido la petición.⁹ A pesar de que la Comisión solicitó en 1991 al Estado información sobre la admisibilidad y el fondo del asunto, en 2011 únicamente se pronunció sobre su admisibilidad. De noviembre de 1991 a agosto de 1995, y de agosto de 1998 a noviembre de 2009, no se registró ninguna actividad procesal.¹⁰ En su informe de admisibilidad, la Comisión consideró que veintitrés años de investigación penal representaba una dilación indebida, pese a que a ella misma tardó veintiún años en llegar a esa conclusión.¹¹ La Comisión señaló que el Estado no justificó o dio explicación alguna acerca de los largos periodos sin actividad procesal alguna.¹² Sin embargo, la Comisión tampoco aportó ninguna justificación para su propia inactividad. La observación formulada por Helfer sobre la Corte Europea de Derechos Humanos —en lo sucesivo la Corte Europea— es también aplicable al Sistema Interamericano. Hay algo irónico en el hecho de que el tiempo que permanecen los casos pendientes de ser resueltos por la CIDH a veces supere la duración máxima permitida por el sistema para la tramitación de los procesos en los tribunales nacionales.¹³

⁹ La petición fue recibida en diciembre de 1990 y el informe de admisibilidad se emitió el 22 de julio de 2011. Véase, CIDH, informe 102/11, petición 10.737, Admisibilidad, Víctor Manuel Isaza Uribe y Familia, Colombia, 22 de julio de 2011.

¹⁰ *Ibidem*, párrs. 5 y 6.

¹¹ *Ibidem*, párr. 29.

¹² *Idem*.

¹³ Helfer, Laurence R., “Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime. Ejil”, vol. 19, núm. 1, 2008, p. 133 (en lo sucesivo Helfer). El Sistema Europeo padece de un problema de congestionamiento y demora similar, aunque incluso más grave.

Si bien es cierto que el caso de *Isaza Uribe* puede considerarse un ejemplo extremo, existe un consenso en que el proceso de la Comisión es demasiado lento y que a lo largo de su historia la Comisión ha tenido dificultades en atender las peticiones de manera oportuna.¹⁴ Esta situación es tan rutinaria y si se quiere aceptada, que al día de hoy son prácticamente nulos los estudios sobre la duración del procedimiento de adjudicación de la CIDH y no existen análisis cuantitativos o empíricos integrales sobre el ritmo de tramitación de las peticiones individuales.¹⁵ La mayoría de los estudios sobre la Comisión resaltan, a la pasada y sin mucho análisis, los problemas causados por las demoras y la necesidad de agilizar los casos y proponen recomendaciones sobre cómo lograr ese objetivo.¹⁶ Pero, dado que el ritmo de la adju-

¹⁴ Committee on International Human Rights, "Inter-American Commission on Human Rights: A Promise Unfulfilled, 48 *Rec. Of The Ass'n Of The B. Of The City Of N.Y.* 589, pp. 602-604, 1993; ILSA, Sistema Interamericano para la Protección de los Derechos Humanos, "Aportes para una evaluación, 1994, pp. 66-67; Shelton, Dinah, "Improving Human Rights Protections: Recommendations for Enhancing the Effectiveness of the Inter-American Commission and Inter-American Court of Human Rights", en *American University International Law Review*, vol. 3, núm. 2, 1988: p. 323; Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, p. 507; Dulitzky, Ariel, "La duración del procedimiento ante el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: responsabilidades compartidas", en Méndez, Juan E. y Cox, Francisco (eds.), *El futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, 1998 (en lo sucesivo Dulitzky, "Duración" y Méndez y otros, "El futuro"); Goldman, Robert K., "History and Action: The Inter-American Human Rights System and the Role of the Inter-American Commission on Human Rights", en *Human Rights Quarterly*, vol. 31, 2009, pp. 881-882.

¹⁵ Sé de solo dos estudios, no exclusivamente cuantitativos, que se han escrito específicamente sobre la duración del procedimiento del sistema. El primero de ellos es un artículo que escribí hace quince años. Véase Dulitzky, "Duración", *supra*, nota 14. El segundo es un artículo reciente de Ramos, Federico, "The Need for an In-Time Response: The Challenge for the Inter-American Commission of Human Rights for the Next Decade", en *Southwestern Journal of International Law*, vol. 18, 2011 pp. 139-159 (en lo sucesivo, Ramos).

¹⁶ Para un análisis similar en el contexto de la justicia penal internacional, véase Whiting, Alex, "International Criminal Prosecutions, Justice Delayed Can Be Justice Delivered", en *Harv. Int'l L. J.*, vol. 50, núm. 2, 2009, pp. 323 y 363 (en lo sucesivo, Whiting).

cación es un elemento fundamental para la eficiencia y la eficacia de la labor de la Comisión, es crucial comprender cuál es exactamente este ritmo, cómo y por qué se producen las demoras, el grado de congestionamiento y, particularmente, cuál es el marco normativo adecuado para entender y acelerar dicho ritmo.¹⁷ Este trabajo busca responder a estos interrogantes.

Se basa, en gran medida, en los resultados de una investigación de dos años que llevaron a cabo, bajo mi dirección, los alumnos de la Clínica de Derechos Humanos de la Escuela de Derecho de la Universidad de Texas.¹⁸ Para ello, creamos una base de datos que registra la duración de cada etapa del procedimiento de la Comisión, de cada petición y caso resuelto desde 1996. También compilamos la duración de los procedimientos subsecuentes de cada caso ante la Corte Interamericana. Gracias a esta investigación, pudimos elaborar un informe titulado “Maximizando la justicia, minimizando la demora: acelerando los procedimientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”,¹⁹ terminado en diciembre de 2011.

Este trabajo reproduce algunas de las secciones del informe de la Clínica comenzando con una visión general de la Comisión y sus múltiples funciones, entre las cuales se cuentan las cuasiju-

¹⁷ Para una crítica similar en el contexto de la justicia penal internacional, véase Galbraith, Jean, “The Pace of International Criminal Justice”, en *Mich. J. Int’l L.*, vol. 31, núm. 79, 2009 (en lo sucesivo, Galbraith).

¹⁸ Grace Beecroft, Priya Bhandari, Robert Brown, Stacy Cammarano, Amy Fang, Nicholas Hughes, Nishi Kothari y Mónica Uribe participaron bajo mi supervisión en las distintas etapas del proceso de investigación y elaboración del informe. Celina van Dembroucke creó la primera versión de la base de datos, la cual se mantuvo actualizada por los esfuerzos de Carlos Mejías, Anne-Marie Huff, Victoria Cruz, Melissa Brightwell, Anna Koob y Katie Sobering. Ted Magee, administrador de la Clínica, y Shaillie Thakkar editaron la versión final del informe. Como director de la Clínica y exsecretario ejecutivo adjunto de la Comisión, fui responsable de desarrollar la metodología de investigación, supervisar el trabajo, revisar los diferentes proyectos del informe y, en términos generales, de la versión final del informe.

¹⁹ Clínica de Derechos Humanos, Escuela de Derecho de la Universidad de Texas, “Maximizando la justicia, minimizando la demora: acelerando los procedimientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, 2011, (en lo sucesivo, “Maximizando...”), disponible en www.utexas.edu/law/clinics/humanrights/work/Maximizando_la_Justicia_en_la_CIDH.pdf

risdccionales. Posteriormente, refleja los resultados de la investigación empírica para evaluar el creciente congestionamiento y las grandes demoras procesales existentes en función de la base de datos que hemos creado. La sección subsecuente considera algunos de los factores que contribuyen a la situación actual. Luego continúa con una descripción crítica de las medidas procesales, administrativas y técnicas adoptadas por la Comisión en la última década. Si bien existen varias reformas que han tenido un impacto positivo, el estudio también identifica reformas bien intencionadas que han tenido consecuencias negativas. Se adentra seguidamente en el debate sobre qué es lo que hace a un organismo de derechos humanos eficaz y cómo es que la búsqueda de la eficacia podría complementar o contradecir el simultáneo objetivo de ser un juzgador efectivo. También argumenta que la respuesta a esta tensión se debe basar en una definición de eficacia y efectividad en los objetivos y roles asignados a la CIDH tanto para evaluar su desempeño,²⁰ como para valorar las posibilidades y limitaciones de las medidas que podría adoptar para acelerar su procedimiento y lidiar con el congestionamiento actual de casos. Para ello, el estudio explora los diferentes objetivos que la Comisión persigue en su función jurisdiccional. Sobre la base de este análisis, el artículo presenta varias recomendaciones, incluyendo reformas internas y cambios al reglamento, los cuales podrían aumentar su eficiencia sin afectar, o incluso reforzar, su eficacia. Si bien concluyo que la falta de recursos financieros suficientes es uno de los factores principales que contribuyen a la situación actual, también propongo la implementación de diversas medidas que no requieren de recursos adicionales o que podrían mejorar el uso eficiente de los limitados fondos que tiene disponibles la Comisión.

2. DESCRIPCIÓN GENERAL DE LA COMISIÓN: FUNCIONES MÚLTIPLES CON ALGUNAS DE CARÁCTER CUASIJURISDICCIONAL

En mayo de 1948 la OEA adoptó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre —en lo sucesivo la Declaración

²⁰ Shany, Yuval, “Assessing the Effectiveness of International Courts: A Goal-Based Approach”, *AJIL*, vol. 106, núm. 2, 2012, pp. 225-270 (en lo sucesivo, Shany).

Americana—. ²¹ En 1959, diez años después, la Comisión fue creada con un mandato impreciso y una débil constitución jurídica. ²² La Convención también asignó específicos deberes y facultades convencionales a la Comisión. Asimismo, creó la Corte Interamericana. La CIDH es un órgano autónomo de la OEA, tal como lo disponen la Carta, ²³ la Convención y su Estatuto. ²⁴ La Comisión se reúne al menos en tres sesiones ordinarias anuales, pero también puede convocar a sesiones extraordinarias. ²⁵ A este organismo se le ha encomendado el promover la observancia y protección de los derechos humanos en las Américas, ²⁶ mediante el ejercicio de poderes políticos, diplomáticos, legales y cuasijurisdiccionales.

La CIDH supervisa el cumplimiento de las obligaciones contenidas en la Convención por parte de los veintitrés Estados que la han ratificado. ²⁷ Además, supervisa el cumplimiento de ella por parte de los doce Estados que aún no son parte de la Convención o que la han denunciado, en función de las obligaciones establecidas por la Declaración. ²⁸ Por su parte, la Corte monito-

²¹ Organización de los Estados Americanos, “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”, OEA, res. XXX, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana el 2 de mayo de 1948 (en lo sucesivo “Declaración”).

²² Medina, *supra*, nota 2.

²³ “Carta de la Organización de los Estados Americanos”, 13 de diciembre de 1951, art. 106.

²⁴ Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, “Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, art. 1, res. 447, oct 1979 (en lo sucesivo “Estatuto de la Comisión”).

²⁵ CIDH, “Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, art. 14.1, 13 de noviembre de 2009 (en lo sucesivo “Reglamento de la Comisión”).

²⁶ Estatuto de la Comisión, *supra*, nota 24.

²⁷ Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Surinam y Uruguay.

²⁸ Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Canadá, Estados Unidos, Guyana, St. Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Trinidad y Tobago. El doceavo país que aún no ratifica la Convención es Cuba. El VI Resolutivo de la Octava Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, 1962, excluyó “al actual gobierno de Cuba de su participación en el Sistema

rea tan solo el cumplimiento de la Convención por parte de los veinte países miembros de la Convención que han reconocido su jurisdicción obligatoria.²⁹ Además de sus funciones cuasijurisdiccionales dentro del sistema de casos, la Comisión tiene importantes deberes promocionales, de monitoreo y diplomacia.³⁰ Por una parte, estas numerosas funciones compiten por el tiempo y los escasos recursos de la Comisión, mientras que, por la otra, se complementan. De hecho, en los últimos años la Comisión ha aumentado el número de actividades que lleva a cabo en adición a la adjudicación de casos. Por ejemplo, la CIDH ha aumentado el número de informes temáticos que emite, pasando de solamente 1, antes de 2001, a 20 en el periodo de 2002-2010.³¹ En 2011, la CIDH atendió más de 400 solicitudes de medidas cautelares, celebró 91 audiencias y 54 reuniones de trabajo, realizó más de 30 visitas de trabajo, emitió 138 comunicados de prensa y ofreció cinco seminarios y sesiones de entrenamiento.³² Esto significa

Interamericano". Véase 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, 1989, opinión consultiva OC-10/89, Corte IDH (Ser. A) núm. 10, párrs. 35-45; *James Terry Roach and Jay Pinkerton vs. Estados Unidos de América*, núm. 3/87, CIDH, 1987, párrs. 46-49.

²⁹ Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam y Uruguay.

³⁰ Estas funciones adicionales incluyen: estimular la conciencia de los derechos humanos; formular recomendaciones a los gobiernos de los Estados miembro; preparar los estudios e informes; 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 le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, prestarle el asesoramiento que estos le soliciten; [...] y rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. Convención Americana, *supra*, nota 6, art. 41; "Maximizándolo...", *cit.* en nota 19, p. 17.

³¹ Información preparada por la Clínica de Derechos Humanos de la Escuela de Derecho de la Universidad de Texas en relación al proyecto de Estudio sobre la Eficiencia y Eficacia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en lo sucesivo "Respuestas de la Comisión").

³² CIDH, Documento de Posición sobre el Proceso de Fortalecimiento del Sistema Interamericano para la Protección de los Derechos Humanos, párr. 29, 9 abr 2012 (en lo sucesivo, "Documento de Posición de la Comisión",

que, a diferencia de los jueces y abogados de la Corte, los comisionados y abogados de la CIDH no pueden dedicarse exclusivamente a atender los casos.

Algunas de estas funciones promocionales de la Comisión afectan de manera directa y positiva a su labor en la adjudicación de los casos.³³ Por ejemplo, la Comisión ha creado varias relatorías que se enfocan en ciertos grupos vulnerables y/o promueven diversas áreas temáticas.³⁴ En ocasiones, las relatorías participan en la tramitación de las peticiones individuales y casos, al proyectar las decisiones de admisibilidad y fondo cuando ellas versan sobre sus respectivas áreas temáticas, litigan o asisten en los casos relacionados con sus temas ante la Corte,³⁵ y ofrecen a la Comisión su conocimiento especializado para el manejo de estos casos.³⁶ Además, las relatorías dan seguimiento a las recomendaciones de la Comisión en sus áreas temáticas, promoviendo así su implementación.

La Comisión también puede realizar visitas *in loco* y de trabajo a los Estados para monitorear y promover los derechos humanos en cada país. En la última década, la Comisión aumentó el número de visitas que llevó a cabo.³⁷ Estas visitas representan un importante apoyo a su función cuasijurisdiccional. Permiten contextualizar las peticiones individuales y entender los proble-

disponible en www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/PosicionFortalecimientoSPA.pdf

³³ “Maximizando...”, cit. en nota 19, p. 17.

³⁴ González, Felipe, “The Experience of the Inter-American Human Rights System”, *Victoria U. Wellington L. Rev.*, vol. 40, núm. 1, 2009-2010, pp. 116-125.

³⁵ Véase, por ejemplo, CIDH, *Demanda en el caso Marcel Claude Reyes, Sebastián Cox Urrejola y Arturo Longton Guerrero, Caso núm. 12.108 contra la República de Chile*, designando a Eduardo Bertoni, en aquel entonces Relator Especial para la Libertad de Expresión, como representante legal de la Comisión disponible en www.cidh.oas.org/demandas/12.108%20Claude%20Reyes%20Chile%208jul05%20SPANISH.pdf

³⁶ Véase, por ejemplo, el sitio web de la Relatoría sobre los Derechos de la Niñez, (sosteniendo que “asesora a la CIDH en el trámite de peticiones, casos y solicitudes de medidas cautelares y provisionales en materia de niñez y adolescencia”), disponible en www.oas.org/es/cidh/infancia/default.asp

³⁷ En 2002, la CIDH llevó a cabo cinco visitas *in loco*. En 2010, fueron diez (respuestas de la Comisión, *supra*, nota 31, p. 12).

mas subyacentes de los casos. La presencia de la Comisión en los países atrae nuevas peticiones,³⁸ o la presentación de pruebas en casos ya en trámite. También consolida su legitimidad, facilitando en alguna medida la implementación de sus decisiones. Por último, las visitas otorgan a la Comisión la posibilidad de negociar soluciones amistosas, evaluar la implementación de las recomendaciones previas, y promover sus estrategias para aplicar la Convención y facilitar el pleno cumplimiento de las decisiones de la Comisión y de la Corte.³⁹

En resumidas cuentas, la multiplicidad de funciones puede ser vista como una ventaja al facilitar el desempeño cuasijurisdiccional. Pero también puede representar un obstáculo. Las variadas atribuciones de la Comisión, y la expansión de cada una de ellas, incluyendo la cuasijurisdiccional, no solo han contribuido al congestionamiento actual, sino que también representan un importante reto para su identidad. Hoy, los Estados miembros de la OEA discuten sobre dónde se deben enfocar los esfuerzos de la Comisión y cómo deben equilibrarse todas aquellas distintas actividades.⁴⁰

3. ADJUDICACIÓN DE CASOS

La Comisión tramita peticiones individuales con el carácter de organismo contencioso cuasijurisdiccional.⁴¹ En esta sección

³⁸ Por ejemplo, durante la visita a Perú en 1999, la Comisión recibió más de 600 peticiones nuevas. CIDH, “Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú”, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 jun 2000, párr. 30.

³⁹ Véase por ejemplo, CIDH, Comunicado de Prensa 89/11-CIDH, Culmina Visita de Trabajo a Paraguay. Washington, D.C., 12 ago 2011, manifestando que el objetivo de la visita fue realizar actividades de promoción, impulsar el cumplimiento de decisiones de la Comisión Interamericana y la Corte Americana de Derechos Humanos y promover la utilización del mecanismo de solución amistosa y profundizar su conocimiento sobre la situación de derechos humanos en Paraguay.

⁴⁰ Grupo de Trabajo de la OEA, *supra*, nota 7.

⁴¹ Reisman, W. Michael, “Practical Matters for Consideration in the Establishment of a Regional Human Rights Mechanism: Lessons from

explicaremos brevemente el procedimiento de la CIDH. Cualquier persona, grupo de personas u organización no gubernamental —ONG— puede presentar una petición ante la CIDH alegando una violación de los derechos protegidos por la Convención Americana,⁴² la Declaración Americana y/u otros instrumentos interamericanos.⁴³ La petición puede ser presentada a nombre propio o de un tercero.⁴⁴ La Comisión solo puede tramitar peticiones individuales contra Estados miembros de la OEA.⁴⁵

Las peticiones interpuestas ante la Comisión deben demostrar que la víctima ha agotado todos los recursos internos o que se encuentra presente alguna de las causales de excepción a este requisito.⁴⁶ La petición debe ser presentada dentro de los seis

the Inter-American Experience”, en *St. Louis Warsaw Transatlantic LJ*, vol. 89, 1995.

⁴² Convención Americana, *supra*, nota 6, art. 44.

⁴³ Reglamento de la Comisión, *supra*, nota 25, art. 23. Los otros instrumentos son la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, “Convención de Belém Do Pará”, 9 jun 1994, OASTS, 1994, A-61, que entró en vigor el 5 de marzo de 1995, art. 12 (Convención de Belém do Pará); la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, 9 jul 1994, OASTS, 1994, A-60, que entró en vigor el 28 de marzo de 1996, art. 13 (Convención sobre Desaparición Forzada); la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, 12 sep 1985, OASTS, 1985, núm. 67, A-51, que entró en vigor el 28 de febrero de 1987, arts. 8, 16; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, 17 nov 1988, OASTS, 1988, núm. 69, A-52, que entró en vigor el 16 de noviembre de 1999, art. 19, inc. 6º.

⁴⁴ CIDH, informe 88/03, petición 11.533, Inadmisibilidad, Parque Natural Metropolitano, Panamá, 22 e oct 2003, párr. 27, sosteniendo que la interposición de peticiones ante la Comisión no requiere, a diferencia de la práctica del sistema europeo o del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que los peticionarios sean víctimas *per se*.

⁴⁵ Tittlemore, Brian D., “The Dann Litigation and International Human Rights Law: The Proceedings and Decision of the Inter-American Commission on Human Rights”, *Am. Indian L. Rev.*, vol. 31. 2007, pp. 593 y 600.

⁴⁶ Convención Americana, *supra*, nota 6, art. 46, y Reglamento de la Comisión, art. 31. Véase, por ejemplo, CIDH, informe núm. 90/09, Caso 12.644,

meses siguientes a la resolución definitiva del procedimiento interno.⁴⁷

Al recibir una queja, la Comisión actúa por medio de su Secretaría Ejecutiva asignándole un número e iniciando su evaluación.⁴⁸ Si la petición cumple *prima facie* con los elementos de “procedibilidad”, se remite al Estado solicitando su respuesta sobre los requisitos de admisibilidad.⁴⁹ La Comisión puede declarar inadmisibile la petición y emitir una decisión en dicho sentido, concluyendo así la petición, o puede encontrarla admisible, en cuyo supuesto la petición se registra como caso.⁵⁰ La Comisión no está obligada a emitir una resolución formal de admisibilidad antes de entrar al estudio del fondo,⁵¹ aunque de acuerdo con su actual reglamento la regla general es que lo emita. Tratándose de casos graves o urgentes, o cuando se considere que la vida o la integridad de una persona esté en peligro real e inminente, la Comisión puede solicitar que el Estado presente de manera conjunta su respuesta sobre la admisibilidad y el fondo.⁵² De igual manera, en circunstancias excepcionales, la Comisión puede diferir su decisión de admisibilidad y abordarla simultáneamente con su resolución final sobre el fondo.⁵³ Una vez que el caso ha quedado registrado, la CIDH otorga a los peticionarios un plazo para presentar sus observaciones sobre el fondo.⁵⁴ Posteriormente, la Comisión remite dichas observaciones al Estado, solicitando a su vez, que proporcione las observaciones que estime pertinentes.⁵⁵

Admisibilidad y Fondo (Publicación), Medellín, Ramírez Cárdenas y Leal García, Estados Unidos, 7 ago 2009, párrs. 107-109.

⁴⁷ Convención Americana, *supra*, nota 6, art. 47, y reglamento de la Comisión, *supra*, nota art. 31.

⁴⁸ Reglamento de la Comisión, *supra*, nota 25, art. 29.1.a.

⁴⁹ *Ibidem*, art. 30.2.

⁵⁰ *Ibidem*, art. 36.2.

⁵¹ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, núm. 4.

⁵² Reglamento de la Comisión, *supra*, nota 25, arts. 30.4 y 7.

⁵³ *Ibidem*, art. 36.3.

⁵⁴ *Ibidem*, art. 37.1.

⁵⁵ *Idem*.

La CIDH puede convocar, a iniciativa de parte o *motu proprio*, a audiencias sobre casos y peticiones.⁵⁶ Durante las audiencias, las partes pueden presentar cualquier documento, testimonio, peritaje o elemento de prueba. Asimismo, la Comisión podrá recibir en ellas el testimonio de testigos o peritos, ya sea a petición de parte o de oficio.⁵⁷

En cualquier punto del procedimiento, pero antes de la decisión de fondo, la Comisión debe poner a disposición de las partes los procedimientos de solución amistosa, sea a petición de parte o por iniciativa propia.⁵⁸ Si se llega a un acuerdo entre las partes, la CIDH emitirá un informe sobre el acuerdo.⁵⁹ En caso contrario, resolverá sobre el fondo y transmitirá su informe preliminar al Estado, otorgándole el tiempo suficiente para implementar sus recomendaciones. Si el Estado ha ratificado la Convención y aceptado la jurisdicción de la Corte, la CIDH puede someter el caso a la consideración de la Corte para que esta resuelva sobre el fondo.⁶⁰ El reglamento contempla una presunción de que la Comisión debe someter el caso a la Corte cuando considere que el Estado no ha cumplido con sus recomendaciones.⁶¹

Si el caso no es remitido ante la Corte, la Comisión emitirá un informe final de fondo y otorgará al Estado un plazo adicional para cumplir con sus recomendaciones. Después, la CIDH decidirá si lo publica o no.⁶² Finalmente, la Comisión podrá adoptar las medidas de seguimiento que considere adecuadas.⁶³

Así delineado, es el procedimiento que siguen todas las peticiones y casos ante la CIDH. En las próximas secciones analizaremos los tiempos que requiere la CIDH para completar estas etapas, así como el volumen de casos y peticiones pendientes en las diferentes etapas y el número y porcentaje de decisiones que la Comisión adopta.

⁵⁶ *Ibidem*, art. 64.1.

⁵⁷ *Ibidem*, art. 65.1.

⁵⁸ *Ibidem*, art. 40.1.

⁵⁹ *Ibidem*, art. 40.5.

⁶⁰ Convención Americana, *supra*, nota 6, art. 51.

⁶¹ Reglamento de la Comisión, *supra*, nota 25, art. 45.

⁶² Convención Americana, *supra*, nota 6, art. 51.

⁶³ Reglamento de la Comisión, *supra*, nota 25, art. 46.

4. UNA BREVE NOTA SOBRE LA METODOLOGÍA
DE NUESTRA INVESTIGACIÓN⁶⁴

Para estudiar el ritmo de adjudicación, creamos una base de datos documentando la duración de cada etapa de los procedimientos resueltos por la Comisión desde 1996 hasta 2010. Las fuentes de información fueron las decisiones públicas de la CIDH que se encuentran en su sitio web.⁶⁵ La base de datos omite las peticiones y casos que actualmente se encuentran pendientes de resolución, dado que no tuvimos acceso a ellos, pues la CIDH no publica información al respecto. Asimismo, registramos la duración de cada procedimiento que se llevó ante la Corte en el mismo periodo.

Como he mencionado, la base de datos solamente incluye aquellos casos cuya resolución ha sido publicada. No obstante, consideramos que dicha limitante no afecta nuestras conclusiones de una manera significativa, dado que, en todo caso, esta omisión nos lleva a subestimar la magnitud de las demoras. En el pasado, la Comisión decidía qué peticiones revisar en función de la solidez de los hechos expuestos por el peticionario, la argumentación jurídica planteada, la actitud del gobierno acusado y/o el nivel de seguimiento dado por el peticionario.⁶⁶ No fue sino hasta recientemente que la Comisión adoptó criterios más estrictos respecto de la atención de los casos en orden cronológico.⁶⁷ Debido a que las decisiones publicadas con anterioridad se

⁶⁴ “Maximizando...”, *cit.* en nota 19, pp. 30-31.

⁶⁵ www.oas.org/es/cidh/decisiones/casos.asp Hemos decidido comenzar en 1996 para medir el funcionamiento de la Comisión desde cinco años antes de las cruciales reformas al Reglamento de 2001.

⁶⁶ “Maximizando...”, *cit.* en nota 19, p. 31. Hasta donde tenemos conocimiento, esta práctica no es común para los organismos internacionales y regionales de derechos humanos.

⁶⁷ Aun así, existen claras excepciones a esta regla. Véase, por ejemplo, las divergencias entre estas tres decisiones originadas de peticiones brasileñas emitidas en marzo de 2010. *José Do Egito Romão Diniz vs. Brasil*, petición 262-05, CIDH, informe núm. 6/10, 15 de marzo de 2010, presentado el 14 de marzo de 2005; *Fátima Regina Nascimento de Oliveira y Maura Tatiane Ferreira Alves vs. Brasil*, Petición 12.378, CIDH, informe núm. 7/10, 15 de marzo de 2010, (presentado el 22 de marzo de 2001); *Ivanildo Amaro da*

priorizaban con base en su solidez, es de esperarse que la base de datos presentara un sesgo hacia las peticiones y casos resueltos con mayor rapidez. Los datos suministrados por la CIDH comprobaron nuestras sospechas, como se explicará más adelante. Las conclusiones de este trabajo se basan en el análisis de datos cuantitativos, entrevistas con funcionarios de la Secretaría Ejecutiva de la Comisión, la extensa investigación y análisis de fuentes primarias y secundarias y mis experiencias personales al haber sido secretario ejecutivo adjunto de la Comisión de 2001 a 2007. En marzo de 2011, la Clínica preparó una lista de preguntas, las cuales fueron presentadas al secretario ejecutivo de la Comisión. El 4 de octubre de 2011, la Clínica recibió detalladas respuestas a estas preguntas por parte de la CIDH. En diciembre de 2011 elaboramos nuestro informe y en marzo de 2012 presentamos nuestros resultados ante el pleno de la Comisión. Finalmente, en julio de 2012 hicimos público nuestro informe.

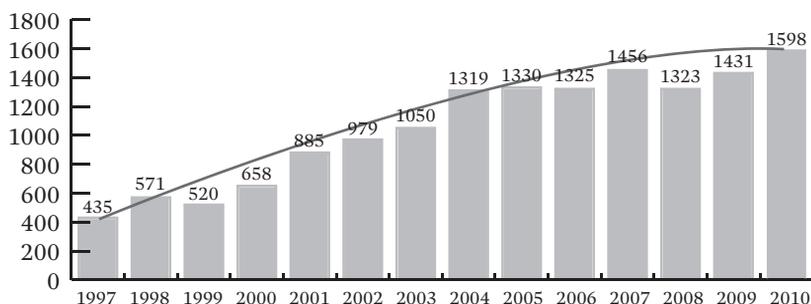
5. ESTADO ACTUAL DEL SISTEMA DE CASOS: CONGESTIONAMIENTO, SOBRECARGA EN LAS ETAPAS INICIALES, POCAS DECISIONES FINALES Y GRANDES DEMORAS

Hay un consenso generalizado en que el procedimiento contencioso de la Comisión es complicado, extenso y lento.⁶⁸ Nuestra investigación comprobó estadísticamente que la Comisión tiene un gran congestionamiento de casos y peticiones y que hay ex-

Silva y otros vs. Brasil, petición 1198-05, CIDH, informe núm. 38/10, 17 mar 2010, presentado el 24 de octubre de 2005, todas disponibles en www.cidh.oas.org/casos/10.sp.htm

⁶⁸ Véase *supra*, nota 14. El Grupo de Trabajo de la OEA identificó que uno de los “principales desafíos” del sistema es “lograr una mayor eficiencia y agilidad en la tramitación de peticiones y casos”. Grupo de Trabajo de la OEA, *supra*, nota 7, sec. VIII.ii.1. En 2000, la OEA recomendó a la Comisión realizar “todos los esfuerzos necesarios para que la tramitación de casos individuales se realice de la manera más expedita posible”, Asamblea General de la OEA, resolución AG/RES. 1701 (XXX-O/00), Evaluación del Funcionamiento del Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos para su Perfeccionamiento y Fortalecimiento, art. 6º.c (en lo sucesivo, resolución AG/RES. 1701).

GRÁFICA 1 Peticiones recibidas por año



tensos retrasos procesales.⁶⁹ La Comisión está consciente de esta situación y coincide con este diagnóstico.⁷⁰

La Comisión recibe entre 1 300 y 1 500 peticiones al año.⁷¹ En los últimos quince años, estas cantidades aumentaron exponencialmente, de 439, en 1997, a 1 598 en 2010.⁷² Dado que la CIDH no tiene capacidad de analizar este volumen, se ha venido creando un rezago procesal muy preocupante. Actualmente hay aproximadamente 5 200 peticiones pendientes de su revisión inicial por la Secretaría Ejecutiva y algunas se remontan hasta 2008.

Este congestionamiento es drásticamente menor de lo que previamente existía, gracias a que la Secretaría Ejecutiva asignó recursos adicionales con el propósito específico de eliminar aquel congestionamiento antes de 2015, algo que lamentablemente no se logrará. Ello, en parte, debido a que el único año en que la Comisión pudo atender más peticiones de las que recibió fue en 2008 (véase gráfica 1).⁷³

⁶⁹ “Maximizando...”, *cit.* en nota 19, p. 24.

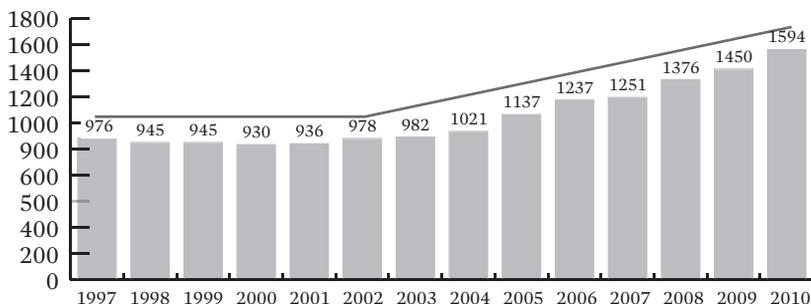
⁷⁰ CIDH, “Plan Estratégico 2011-2015, Parte I: 50 Años Defendiendo los Derechos Humanos: Resultados y Desafíos”, p. 18, ene 2011 (en lo sucesivo: Plan Estratégico Parte I).

⁷¹ Véase CIDH, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2010, cap. III (en lo sucesivo Informe Anual 2010), disponible en www.cidh.oas.org/annualrep/2010sp/indice2010.htm

⁷² “Maximizando...”, *cit.* en nota 19, p. 24.

⁷³ *Idem.*

GRÁFICA 2 Número de peticiones y casos pendientes



Solo entre el 10 y 13% de las peticiones nuevas son estimadas *tramitables* por la Secretaría por cumplir con los requisitos mínimos para ser remitidas al Estado.⁷⁴

Entre el 87 y 90% de ellas son desechadas sumariamente por la Secretaría Ejecutiva, sin ameritar una decisión formal y pública por parte de la Comisión.⁷⁵

Aun con este alto porcentaje de peticiones desechadas, entre 130 y 275 nuevas peticiones son agregadas cada año a la cartera de peticiones en etapa de admisibilidad de la Comisión (véase gráfica 2).⁷⁶

Tampoco, la Comisión ha sido capaz de atender la creciente demanda de nuevas peticiones que se agregan anualmente a su cartera, ocasionándose así un nuevo congestionamiento. Por ejemplo, en 2010 la Comisión añadió 275 nuevas peticiones a su cartera de asuntos. Ese año, su más productivo, la Comisión solo emitió decisiones en 153 peticiones y casos, de las cuales 55 fueron decisiones de archivo.⁷⁷ En la práctica, los efectos de estos 55

⁷⁴ *Ibidem*, p. 26.

⁷⁵ Como tal, este procedimiento carece de todo tipo de supervisión y mecanismos de rendición de cuentas. Ni los miembros de la Comisión como tampoco el público en general conocen los motivos por los cuales la Secretaría Ejecutiva desecha aquel 90% de las peticiones nuevas.

⁷⁶ “Maximizando...”, *cit.* en nota 19, p. 24.

⁷⁷ Los casos son archivados cuando carecen de, o se agota su, fundamento o cuando no se cuenta con la información necesaria para emitir una resolución. Como resultado, la Comisión notifica a las partes sobre la posibilidad de una

casos archivados son similares a las de las decisiones de inadmisibilidad, en tanto que ambas dan lugar a que las peticiones o casos sean eliminados de la cartera de asuntos pendientes. Preocupantemente, solo 15 casos fueron resueltos en cuanto al mérito, con cuatro decisiones de fondo y 11 de solución amistosa. También en ese año la Comisión remitió 16 casos a la Corte.⁷⁸ 73 informes tan solo resolvieron sobre la admisibilidad, apenas el primer paso del procedimiento.⁷⁹

Las cifras demuestran que la Comisión no está enfocada en la etapa de fondo, la única que ofrece a las víctimas una oportunidad para recibir algún tipo de reparación, sea a través del informe de fondo de la CIDH o de una solución amistosa.⁸⁰ Desde 2002, la Comisión ha publicado menos de diez decisiones de fondo al año, con la excepción de 2009. Apenas poco más del 15% de las decisiones emitidas por la Comisión en 2010, adjudicaron plenamente la controversia, ya sea con una decisión de fondo o de solución amistosa.⁸¹ Incluso contando los casos remitidos a la Corte, el número solo aumenta a 29%.

Si bien la Comisión emite más decisiones ahora que en el pasado, el número de peticiones y casos que permanecen pendientes de ser resueltos sigue creciendo, en parte por la concentración de esfuerzos en las etapas de admisibilidad. Según la Secretaría Ejecutiva, a finales de 2008 se tramitaban 1 296 peticiones y casos, de los cuales 904 (69%) estaban en la etapa de admisibilidad

determinación de archivo, solicita más información y eventualmente determina archivar el caso. Reglamento de la Comisión, *supra*, nota 25, art. 42.

⁷⁸ Informe Anual 2010, *supra*, nota 71, párr. 39.

⁷⁹ “Maximizando...”, *cit.* en nota 19, p. 25.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 27.

⁸¹ No hemos contado las decisiones de archivo dentro del número de decisiones que resuelven definitivamente los casos y peticiones, a pesar de que este tipo de determinaciones retiran de la cartera de asuntos pendientes. Las decisiones de archivo no contienen determinaciones implícitas o explícitas sobre la queja y tampoco provocan algún tipo de satisfacción o resarcimiento para el peticionario. En cualquier caso, como se desarrolla en este escrito, el carácter y los efectos de las decisiones de archivo son equiparables a aquellos de la inadmisibilidad, ya que ambas ocasionan que la petición o caso sea retirada de la lista de asuntos pendientes de la CIDH sin pronunciarse de manera alguna sobre el fondo del asunto.

y 392 (31%) en la de fondo.⁸² Para el 30 de agosto de 2011, los números crecieron a 5 213 peticiones pendientes de una evaluación inicial,⁸³ 1 137 (69%) esperaban una decisión de admisibilidad⁸⁴ y 515 (31%) una decisión sobre el fondo.⁸⁵ Aun en su año más productivo (2010), el porcentaje de decisiones de fondo emitidas por la Comisión no pudo igualar el porcentaje de casos pendientes en la etapa de fondo —29% de decisiones de fondo frente al 31% de casos en la misma etapa—. Esta desproporción entre las decisiones de admisibilidad y de fondo, por más útil que pueda ser para desechar las peticiones claramente infundadas, aumenta el congestionamiento —particularmente en la etapa de fondo que es la que más tiempo requiere— e impide que se emitan recomendaciones finales en un número aceptable de casos.⁸⁶

Incluso tomando en cuenta las decisiones procesales —archivo e inadmisibilidad—, el porcentaje de peticiones y casos que se resuelven o se retiran de la cartera de asuntos es inferior a lo que fue en 1996. Al día de hoy, la Comisión elimina 20% menos casos y peticiones de su cartera de asuntos de lo que lo hacía hace dieciocho años. Además, ahora la Comisión resuelve más casos y peticiones mediante decisiones procesales —archivo o inadmisibilidad— que con decisiones de fondo, solución amistosa o remisión a la Corte. En 1996 la Comisión concluyó casi el 70% de sus casos mediante decisiones de solución amistosa, de fondo, o de remisión a la Corte y el 20% aproximadamente, con decisiones de archivo e inadmisibilidad. En 2010 las proporciones se revirtieron, siendo poco más del 45% de las decisiones de archivo e inadmisibilidad y poco más del 20% sobre el fondo (véase cuadro 1 y gráfica 3).⁸⁷

⁸² Presentación del secretario ejecutivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Santiago A. Cantón, en la Sesión Conjunta de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos con la Comisión de Asuntos Administrativos y Presupuestarios, “Requerimientos Presupuestarios de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Corto, Mediano y Largo Plazo”, 8, CP/CAJP-2694/09, 5 feb 2009, en adelante la Presentación del Secretario Ejecutivo.

⁸³ Respuestas de la Comisión, *supra*, nota 31, p. 16.

⁸⁴ *Idem*.

⁸⁵ *Idem*.

⁸⁶ “Maximizando...”, *cit.* en nota 19, p. 27.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 30.

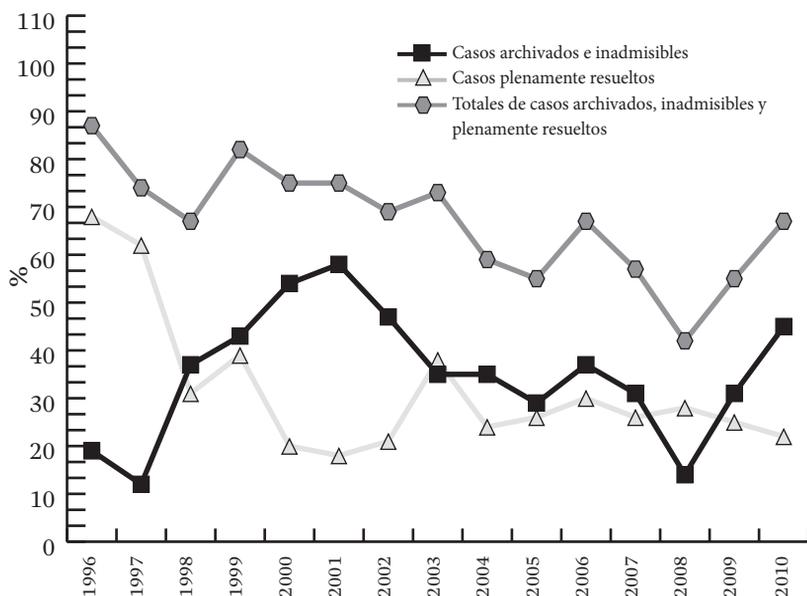
CUADRO 1. Decisiones por año (1996-2010)

	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	
Admisibilidad	8	13	35	26	35	29	38	
Archivo	0	0	26	41	61	47	41	
Solución amistosa	1	1	2	4	13	8	3	
Inadmisibilidad	6	5	10	5	8	9	6	
Fondo	16	23	25	30	10	4	11	
Total	31	42	98	106	127	97	99	
Porcentaje de casos concluidos	55%	57%	28%	32%	18%	12%	14%	
Porcentaje de casos archivados e inadmisibles respecto del total	19%	12%	37%	43%	54%	58%	47%	
Remisión a la Corte	4	2	3	7	3	5	7	
Porcentaje plenamente resuelto	68%	62%	31%	39%	20%	18%	21%	
Porcentaje de casos archivados, inadmisibles y plenamente resueltos	87%	74%	67%	82%	75%	75%	69%	

Muy poco, muy tarde: la morosidad procesal de la Comisión...

	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	Totales
	38	45	53	49	52	51	62	62	596
	21	19	12	27	14	0	20	55	384
	11	3	8	10	5	4	4	11	88
	9	9	16	13	14	10	15	7	142
	6	4	7	8	4	7	13	4	172
	85	80	96	107	89	72	114	139	1382
	20%	9%	16%	17%	10%	15%	15%	11%	22%
	35%	35%	29%	37%	31%	14%	31%	45%	35%
	15	12	10	14	14	9	11	16	132
	38%	24%	26%	30%	26%	28%	25%	22%	32%
	73%	59%	55%	67%	57%	42%	55%	67%	67%

GRÁFICA 3 Casos archivados e inadmisibles, plenamente resueltos y casos totales (%)



De acuerdo con la CIDH, este énfasis en las etapas iniciales del procedimiento y dados los limitados recursos, la Comisión justifica una estrategia escalonada para lidiar con el congestionamiento.⁸⁸ Dado que actualmente el congestionamiento se concentra predominantemente en las fases iniciales, es entendible que la Comisión focalice sus esfuerzos en dichas primeras etapas.⁸⁹ Una vez que se hayan alcanzado índices de demora más razonables en las primeras etapas, de acuerdo con la CIDH⁹⁰ se podrán destinar recursos adicionales a las otras etapas.⁹¹ Si bien es cierto que la Comisión debía empezar por algún lado y que hay un mayor congestionamiento respecto de las peticiones nuevas, y de aquellas

⁸⁸ Información proporcionada por miembros previos y actuales de la Secretaría.

⁸⁹ Respuestas de la Comisión, *supra*, nota 31, p. 5. Documento de Posición de la Comisión.

⁹⁰ Información proporcionada por miembros previos y actuales de la Secretaría.

⁹¹ Documento de Posición de la Comisión, *supra*, nota 32, párr. 50.

en la etapa de admisibilidad, es cuestionable un enfoque que no considere al proceso como un todo. De hecho, esta estrategia escalonada no ha ayudado a reducir el congestionamiento global. En la práctica, ha significado en parte simplemente transferirlo a etapas posteriores que requieren de más tiempo para su desahogo.

Veamos ahora algunas cifras que ilustran las consecuencias del congestionamiento en la Comisión. Tomemos como base 2010, que fue el año en que la CIDH emitió el mayor número de informes de admisibilidad, 83. Al 30 de agosto de 2011, había 1 137 asuntos pendientes de una decisión de admisibilidad.⁹² Aun y si no se presentara ninguna petición nueva, al ritmo de 2010, tomaría casi dieciséis años decidir todas las peticiones de admisibilidad. En cuanto a las decisiones de fondo, en 2010 solo se resolvieron 26 casos de fondo, pero al 30 de agosto de 2011 había 515 asuntos pendientes de una decisión de esta clase.⁹³ A este ritmo, *tomaría alrededor de veinte años en eliminarse el congestionamiento en la etapa de fondo, siempre que no se atendiera ningún caso adicional.*

Inevitablemente, el congestionamiento está directamente relacionado con mayores tiempos de espera para obtener decisiones. *En promedio, una petición tarda más de cuatro años en recibir una decisión sobre su admisibilidad y casi dos años y medio más para que se resuelva el fondo, dejando a los peticionarios con un tiempo de espera promedio de seis años y medio para una decisión de fondo.*⁹⁴

⁹² *Ibidem*, p. 16.

⁹³ *Idem*.

⁹⁴ Nuestras cifras son similares a las de otros estudios que se enfocaron en periodos más cortos de tiempo. Basch y otros concluyeron que la duración promedio de los procedimientos, desde que la petición entra al sistema hasta su resolución, es de aproximadamente siete años y cuatro meses. Los acuerdos de solución amistosa presentan una menor duración promedio que los procedimientos que concluyen con sentencias de la Corte o informes de fondo de la Comisión. Véase Basch, Fernando y otros, "The Effectiveness of the Inter-American System of Human Rights Protection: a Quantitative Approach to its Functioning and Compliance with its Decisions", vol. 7, núm. 12, *Sur Int'l J. On Hum. Rts.*, vol. 9, núm. 20, 2010, p. 26 (en lo sucesivo Basch). Por su parte, Ramos, basándose en el Informe Anual de la Comisión de 2009, incluye un diagrama para ilustrar cuánto tiempo tarda la Comisión desde que recibe una petición hasta que emite su decisión so-

La misma Comisión ha identificado un promedio de seis años para una decisión final.⁹⁵ Si en vez de emitirse una decisión de fondo el caso se remite a la Corte, el tiempo de espera es aún mayor. Por supuesto que a todos estos plazos hay que agregarles el tiempo que ha transcurrido en el agotamiento de los recursos internos. Tal como se esperaba, nuestra base de datos favoreció a la Comisión, ya que solo refleja las decisiones publicadas y no aquellas que siguen pendientes de resolverse y sobre las cuales no hay datos públicos. *Según la propia CIDH, el tiempo promedio que tardan en tramitarse las peticiones pendientes en la etapa de admisibilidad es de setenta meses (5.83 años)*. Según los nuestros, el promedio es de 4.02 años. *De acuerdo con la CIDH, el tiempo que tardan en tramitarse los casos a la espera de una decisión de fondo es de 86 meses (7.2 años)*. De nuevo, dicha cifra es mayor que los 6.51 años que nuestros datos sugieren (véase cuadro 2).

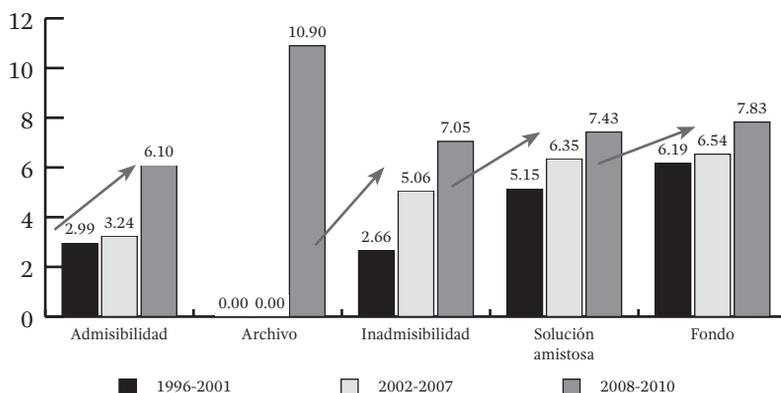
Cuadro 2. Años promedio para las decisiones de la Comisión

	<i>Admisibilidad</i>	<i>Archivo</i>	<i>Inadmisibilidad</i>	<i>Solución amistosa</i>	<i>Fondo</i>	<i>Total</i>
<i>Número de peticiones</i>	596	69	136	86	172	1.059
<i>Años promedio</i>	4.02	10.90	4.78	6.16	6.51	5.14
<i>Desviación estándar anual</i>	2.86	4.82	2.98	3.37	3.29	3.63
<i>Media anual</i>	3.25	8.04	4.40	5.87	5.96	4.29
<i>Años máx.</i>	20.92	19.85	14.60	20.56	14.67	
<i>Años mín.</i>	0.39	2.36	0.31	0.99	1.29	

bre el fondo. Su diagrama estima un promedio de 10.6 años. Véase Ramos, *supra*, nota 15, p. 166. CEJIL calculó el tiempo promedio que tarda en tramitarse una petición de los casos sometidos ante la Corte por la Comisión de 2006 a 2007. Aquellos casos exhibieron un tiempo promedio de 8.2 años en tramitarse desde que la petición fue presentada ante la Comisión hasta que fue resuelta por la Corte, y una duración promedio de 4.8 años desde que la queja es interpuesta hasta que se emite el informe de admisibilidad. Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), “Observaciones al Proyecto de Reglamento de la CIDH”, 30 jul 2009, p. 10 (en lo sucesivo, Observaciones de CEJIL).

⁹⁵ Plan Estratégico Parte I, *supra*, nota 70, p. 20.

GRÁFICA 4 Año promedio para una decisión



Más aún, en el periodo abarcado por la base de datos (1996-2010) la duración promedio de los cuatro tipos de decisiones aumentó.⁹⁶

El tiempo de espera promedio para una decisión de admisibilidad fue mayor a cuatro años para las decisiones publicadas entre 2002 y 2010, y ligeramente menor a tres años en el periodo de 1996 a 2001. Nuestros datos sugieren que las reformas al reglamento en el año 2000 aumentaron el tiempo de adjudicación. De igual manera, el número de años que en promedio tiene que esperar actualmente una petición para obtener una decisión de fondo, es mayor al que era previo a 2008, año en que la Secretaría Ejecutiva fue reorganizada (véase gráfica 4).⁹⁷

No es sorprendente que si la Comisión lidia con el congestionamiento de las nuevas peticiones, la duración del procedimiento aumentará en la medida en que se ocupe de peticiones y casos que llevaban años en la CIDH. La nueva práctica de atender a las peticiones y casos en orden cronológico, y no en función de cualquier otro criterio, puede contribuir a que aumenten los tiempos de espera. Esto es así, pues ahora la Comisión está resolviendo casos que ya presentaban alguna demora.

⁹⁶ La Clínica excluyó las decisiones de archivo, dado que se hicieron públicas con posterioridad a este estudio.

⁹⁷ “Maximizando...”, *cit.* en nota 19, p. 32.

Sin embargo, sería erróneo atribuir el aumento en el promedio de los tiempos de espera únicamente a este cambio de práctica, ya que la tendencia al alza de los tiempos de espera comenzó con anterioridad a la creación del registro establecido en 2007 para atender el congestionamiento y la implementación rigurosa del enfoque cronológico. Para eliminar el posible efecto que existe al lidiar con el congestionamiento de peticiones antiguas, medimos también el tiempo que transcurre entre el momento en que la petición se remite al Estado y la fecha de la decisión de fondo de la Comisión. De esta manera controlamos el impacto de atender y reducir el congestionamiento de nuevas peticiones —tal como lo hace el registro— sobre la duración promedio del procedimiento de peticiones ya evaluadas y tramitándose. En el periodo comprendido entre 1996 y 2001, transcurrían en promedio 4.1 años desde que la petición era remitida al Estado hasta que la Comisión emitía su resolución de fondo. De 2002 a 2007, ese tiempo se redujo a poco menos de tres años y medio.⁹⁸ Sin embargo, en el periodo de 2008 a 2010, dicho plazo aumentó a seis años contados desde la remisión de la petición al Estado hasta la decisión de fondo del caso. En otras palabras, el criterio de orden cronológico ha implicado un aumento en el tiempo de espera promedio, pero ello, tal como se observó, no es suficiente para explicar íntegramente el aumento en los tiempos de la adjudicación de las peticiones y casos (véase gráfica 5).⁹⁹

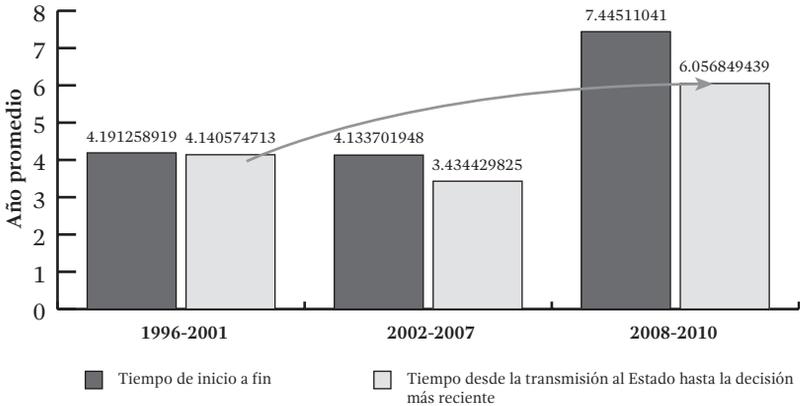
El tiempo que tarda la Corte en adjudicar los casos ocasiona un aumento adicional en los tiempos de espera. Los casos sometidos ante la Corte toman en promedio casi ocho años contados desde que se interpone la petición ante la Comisión hasta que ella es resuelta por la Corte de manera definitiva.¹⁰⁰ En prome-

⁹⁸ Sin embargo, en ese periodo todavía hubo una duración promedio de poco más de cuatro años desde la presentación de una petición hasta la decisión de fondo. Por tanto, se le dedicó más tiempo a la tramitación inicial y el tiempo promedio general no disminuyó.

⁹⁹ “Maximizando...”, *cit.* en nota 19, pp. 33-34.

¹⁰⁰ No obstante, estos plazos están subestimados, ya que en algunos casos la determinación final no es la sentencia en sí, sino una interpretación de la resolución de la Corte, conforme a lo dispuesto por el artículo 68 del Reglamento de la Corte. También es posible sumar el tiempo que el caso pasa

GRÁFICA 5 Duración del procedimiento ante la Comisión por periodo: duración total comparada con la duración después de la transferencia al Estado



dio, los casos pasan un año y nueve meses ante la Corte después de haber pasado, en promedio, más de cinco años y nueve meses ante la Comisión. Debido a la mayor carga de trabajo de la Comisión y a las etapas adicionales en su procedimiento, es de esperarse que la Comisión requiera de más tiempo para disponer de los casos. Además, como ya se ha desarrollado, la Comisión tiene muchas más funciones que la Corte. Por ende, a diferencia de la Corte, no todos los recursos de la Comisión, ya sea tiempo, fondos o personal, pueden ser asignados para atender a las peticiones individuales. Sin embargo, puesto que la Comisión es un organismo cuasijurisdiccional con normas probatorias menos estrictas, mayor flexibilidad y más facultades de negociación, tampoco debería descartarse la idea de que la Comisión requiriese de menos tiempo para adjudicar sus asuntos que la Corte.

No se identificaron diferencias significativas entre el tiempo que los casos pasan en los procedimientos de la Comisión cuando

en la etapa de supervisión hasta que no se haya dado cabal cumplimiento a la determinación del tribunal. Hemos decidido no contar esos años, ya que solo estamos interesados en el tiempo que tardan los organismos interamericanos en resolver sobre el fondo de una queja.

fueron finalmente decididos por esta o cuando fueron eventualmente resueltos por la Corte.¹⁰¹

Los casos sometidos ante la Comisión fueron resueltos, en promedio, nueve meses más rápido que aquellos que nunca le fueron remitidos a la Corte. Esta discrepancia puede ser explicada por la manera en que medimos los plazos o por el proceso de publicación de los informes de fondo. La base de datos registra la fecha de *publicación* de los informes de fondo emitidos por la Comisión, en vez de la fecha del informe de fondo preliminar no publicado.¹⁰²

Como podemos ver, los plazos que corren entre la emisión de la decisión preliminar de fondo y la publicación del informe final de fondo son largos porque, en primer lugar, la Comisión está obligada a conceder tiempo al Estado para que cumpla con el informe preliminar de fondo antes de emitir el informe final y, en segundo lugar, se concede tiempo adicional al Estado antes de decidir sobre su publicación (véase cuadro 3).¹⁰³

CUADRO 3. Corte: Promedio de tiempo por periodo (años)

<i>Periodo</i>	<i>Promedio de años desde que se interpone la petición ante la Comisión hasta su remisión a la Corte</i>	<i>Promedio de años desde que el caso se remite a la Corte hasta la decisión de fondo</i>	<i>Promedio de años de inicio a fin</i>
1989-1996	2.53	2.38	6.93
1996-2001	3.09	2.36	6.57
2002-2007	5.80	1.68	7.67
2008-2010	7.37	1.49	9.08

El tiempo que tarda una petición/caso en ser tramitado por la Comisión es mucho mayor que el tiempo que tarda la Corte.

¹⁰¹ “Maximizando...”, *cit.* en nota 19, p. 35.

¹⁰² Véase Convención Americana, *supra*, nota 6, arts. 50-51; véase también Reglamento de la Comisión, *supra*, nota 25, arts. 45 y 47.

¹⁰³ Reglamento de la Comisión, *supra*, nota 25, art. 47.

La duración de los casos ante la Comisión ha aumentado consistentemente, mientras que la duración del procedimiento de ellos ante la Corte ha disminuido.¹⁰⁴

6. REFORMAS PROCESALES Y ADMINISTRATIVAS Y SU IMPACTO EN LA EFICIENCIA DE LA COMISIÓN¹⁰⁵

En la última década, la Comisión ha llevado a cabo múltiples e importantes cambios procesales, administrativos y tecnológi-

¹⁰⁴ “Maximizando...”, *cit.* en nota 19, p. 38.

¹⁰⁵ Además de las reformas procesales y los cambios organizacionales, la Comisión publicó por primera vez un Plan Estratégico que incluye objetivos hasta el año 2015. Plan Estratégico Parte I, *supra*, nota 70; CIDH, Plan Estratégico 2011-2015, Parte II: Programas y Planes de Acción, febrero de 2011, p. 5 (en adelante, Plan Estratégico Parte II). El plan establece metas concretas y objetivos específicos que incluyen la disminución del congestionamiento y los tiempos de adjudicación como una de sus prioridades. Según las estimaciones de la Comisión, para alcanzar las metas del plan, el presupuesto debe aumentarse en al menos dos veces y media de lo que es al día de hoy antes de 2015. CIDH, Plan Estratégico 2011-2015: Presupuesto del Plan Estratégico, enero de 2011 (en adelante Presupuesto del Plan Estratégico). La Comisión espera que para el 31 de diciembre de 2013 ninguna petición interpuesta antes del 31 de diciembre de 2013 siga en estudio. El Plan Estratégico busca eliminar el congestionamiento en las etapas de admisibilidad y fondo para el año 2015. En este periodo, las Secciones tendrían que cuadruplicar su capacidad de producción de informes de admisibilidad y sextuplicar su capacidad de producción en la etapa de fondo. “Maximizando...”, *cit.* en nota 19, pp. 59-61. El Plan Estratégico sugiere que la Comisión está tomando medidas en la dirección correcta y que está comprometida con obtener el financiamiento adicional que se necesita para eliminar el congestionamiento y agilizar el procedimiento. Sin embargo, al analizarse las probabilidades de que dichas metas efectivamente se alcancen, el Plan Estratégico se queda corto, ya que depende en gran medida en la obtención de fondos adicionales, sin considerar alternativas en caso de que dichos fondos no se materialicen. La Comisión reconoce que su principal estrategia es la de recibir fondos adicionales al afirmar que “(s)i los recursos que han sido proyectados no están disponibles, o lo están solo en forma parcial, las estimaciones de este plan deberán ser revisadas”. Plan Estratégico Parte II, p. 7. Además, el Plan Estratégico omite mencionar que si no se logra cambiar la manera en que las peticiones y casos son adjudicadas, hay muy pocas razones para creer que podrán alcanzarse las metas del año 2015, incluso si se obtienen los fondos adicionales. “Maximizando...”,

cos, algunos de los cuales fueron específicamente diseñados para lidiar con el congestionamiento y las demoras procesales anteriormente descritas. Particularmente, la Comisión reformó extensivamente su reglamento en dos ocasiones, que afectaron drásticamente la estructura de los procedimientos. Lamentablemente, las primeras reformas, las del año 2000, separaron las etapas de admisibilidad y fondo del procedimiento, desplazando la concentración de los recursos de la Comisión a las etapas preliminares del procedimiento e incrementaron su duración total.

6.1. Reformas del año 2000 al reglamento de la Comisión

Las reformas más integrales al reglamento se produjeron en 2000. Dichas reformas no tuvieron como objetivo expreso la reducción del congestionamiento o la pronta resolución de las peticiones y casos.¹⁰⁶ De hecho, al dividir las fases de admisibilidad y fondo en etapas distintas, el impacto global de las reformas de 2000 en cuanto a la duración y el congestionamiento de los casos fue negativo.

Previo a 2000, la Comisión generalmente se pronunciaba sobre la admisibilidad y el fondo de un caso en *una sola* decisión conjunta.¹⁰⁷ En su nuevo reglamento, la Comisión creó un

cit. en nota 19, p. 62. La viabilidad de estos objetivos también omite considerar las limitaciones en las capacidades del personal y la carencia generalizada de tiempo tanto de los/as comisionados/as como del personal para atender el nuevo número de informes que se busca sin transformar a la CIDH en un organismo permanente. Steelman, David C., "What Have We Learned About Court Delay, «Local Legal Culture», and Caseflow Management Since The Late 1970s?", en *Just. Sys. J.*, vol. 19, núm. 2, 1997, p. 159; afirmando que un tribunal puede llegar a un punto de "saturación" después del cual otras medidas deben tomarse (en lo sucesivo, Steelman).

¹⁰⁶ Comunicado de prensa, CIDH, Clausura del 109º Periodo Extraordinario de Sesiones, párr. 11, núm. 18/00, 8 de diciembre de 2000 (en lo sucesivo, Comunicado de Prensa 18/00), disponible en www.cidh.org/Comunicados/Spanish/2000/Comunicado18-00.htm

¹⁰⁷ Pinto, Mónica, *La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Ed. del Puerto, 1994, p. 83.

proceso de dos etapas y se obligó a resolver por separado si las peticiones cumplen con los requisitos de admisibilidad, algo no requerido por la Convención.¹⁰⁸ El reglamento estableció plazos determinados para el ofrecimiento de alegatos respecto de la admisibilidad de la petición, los cuales de ninguna manera podían ser extendidos a más de tres meses, pero no estipuló las consecuencias que habrían de darse en caso de que el Estado no respondiera dentro de dicho plazo.¹⁰⁹

El impacto de estas reformas no tardó en manifestarse: entre 1996 y 2001, la Comisión emitió 146 resoluciones exclusivamente de admisibilidad. Entre 2002 y 2007, esa cifra casi se duplicó en 275. Entre 2008 y 2010, la CIDH emitió 175 admisibilidades.¹¹⁰ El procedimiento de dos etapas desplazó el enfoque de la Comisión en las decisiones mixtas de admisibilidad y fondo hacia las de únicamente admisibilidad. De 1996 a 2001, el 54% de las decisiones de la Comisión fueron de admisibilidad —o inadmisibilidad— y 46% fueron de fondo, contando las de solución amistosa, fondo y de remisión a la Corte. De 2002 a 2010 las proporciones se invirtieron, quedando tan solo 17% de decisiones sobre el fondo o de solución amistosa, y 83% de admisibilidad o de archivo. Si contamos los casos sometidos ante la Corte, solo cambian los números a 32% de casos que fueron plenamente resueltos y 68% de decisiones de admisibilidad o archivo (véase gráfica 6).¹¹¹

El reglamento de 2000 contiene diversas disposiciones que permitían a la Comisión acelerar el proceso de admisibilidad,

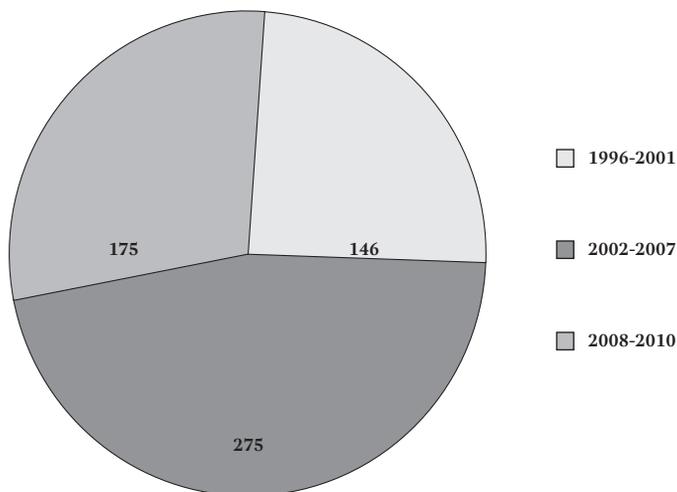
¹⁰⁸ En parte, la Comisión estaba respondiendo a las solicitudes formuladas por los Estados en años pasados. Véase Resolución AG/RES. 1701, *supra*, nota 68, art. 6º.b, recomendando a la Comisión el resolver “cuestiones de admisibilidad de peticiones individuales mediante la apertura de una etapa procesal independiente y necesaria, emitiendo el pronunciamiento correspondiente a través de resoluciones en las que, de manera sucinta, manifieste su determinación y sin que su publicación prejuzgue la responsabilidad de los Estados”.

¹⁰⁹ Como podría haber sido la caducidad procesal de cuestionar la admisibilidad. Reglamento de la Comisión, *supra*, nota 25, art. 30.4.

¹¹⁰ “Maximizando...”, *cit.* en nota 19, p. 47.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 49.

GRÁFICA 6 Decisiones de admisibilidad



particularmente ante la gravedad o urgencia de los casos. Por ejemplo, el artículo 30 (30.4 y 30.7) permite a la Comisión solicitar al Estado que presentara su respuesta, tanto sobre las cuestiones de admisibilidad como las de fondo en un plazo razonable —en lugar de únicamente sobre su admisibilidad y dentro de tres meses—. El artículo 37.3 permite a la Comisión abrir un caso y diferir el tratamiento de su admisibilidad hasta el debate y la decisión sobre el fondo en “circunstancias excepcionales”.

En la etapa de fondo se permite a los peticionarios presentar observaciones adicionales. Si el Estado no da respuesta después de que la Comisión le remitió la petición para que realizara sus observaciones, los hechos expuestos por el peticionario se presumen ciertos.¹¹² La Comisión también incluyó normas más específicas para el desahogo de las declaraciones testimoniales y las formas de presentar y conservar la evidencia, para que posteriormente pudiese ser admitida por la Corte.¹¹³ Adicionalmente, esta fase incluye directrices más claras respecto de la etapa de solución amistosa, imponiendo una obligación mayor a la Comisión

¹¹² Reglamento de la Comisión, *supra*, nota 25, art. 39.

¹¹³ *Idem*.

de facilitar soluciones amistosas y ponerlas a disposición de las partes en cualquier momento del procedimiento.¹¹⁴

Las reformas de 2000 también establecieron una presunción de remisión automática de los casos ante la Corte, salvo que la Comisión adoptara una decisión mayoritaria y razonada en el sentido contrario.¹¹⁵ Antes de estas reformas, se presumía la necesidad de emitir y publicar un informe final con recomendaciones en cada caso. El reglamento también incluye pautas claras respecto de los criterios para evaluar si se debía remitir un caso a la Corte. Consecuentemente, el número de casos sometidos ante la Corte aumentó de 24 de 1996 a 2001 —promediando menos de cuatro por año—, a 71 de 2002 a 2007 —poco más de once por año—.¹¹⁶ Al parecer, esta tendencia persiste. En 2008, la Corte decidió 16 casos, 17 en 2009, 9 en 2010 y 12 en 2011.¹¹⁷ Evidentemente, estos cambios implicaron una mayor carga de trabajo para la Comisión, dado que le exigían continuar participando en los diversos casos que había que litigarse ante la Corte en lugar de simplemente publicar un informe de fondo.

Para lidiar con este repentino aumento en su carga de trabajo, la Corte combinó sus resoluciones sobre excepciones preliminares, fondo y reparaciones en una sola, tomando justamente el enfoque opuesto al de la Comisión. Como resultado de este y otros cambios, la Corte ha sido capaz de reducir el tiempo que le toma conocer un caso, a pesar del aumento en el número de casos que atiende.¹¹⁸ Cuando la Corte tomaba sus decisiones sobre excepciones preliminares, fondo y reparaciones por separado, le tomaba en promedio dos años y dos meses resolver por completo un caso. Una vez que combinó sus decisiones, al Tribunal le toma en promedio poco más de un año y siete meses resolver los casos. Si bien el tiempo promedio que tarda una petición en ser tramita-

¹¹⁴ Comunicado de Prensa 18/00, *supra*, nota 106, párr. 13.

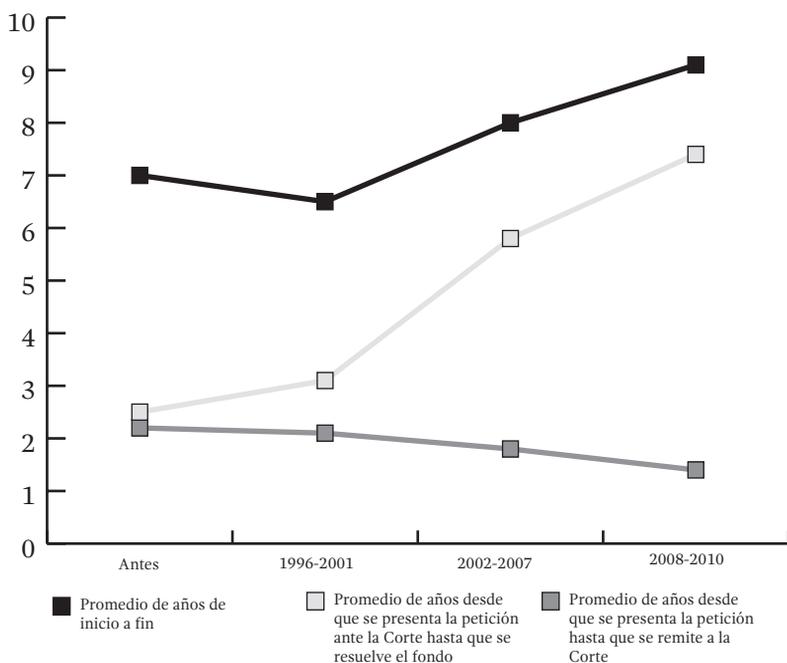
¹¹⁵ *Ibidem*, párr. 16.

¹¹⁶ Corte IDH, Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 2010, cap. IV, disponible en inglés en www.corteidh.or.cr/docs/informes/2010_eng.pdf

¹¹⁷ “Jurisprudencia: sentencias y decisiones”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, consulta 27 ago 2011, disponible en www.corteidh.or.cr/casos

¹¹⁸ “Maximizando...”, *cit.* en nota 19, pp. 38 y 74.

GRÁFICA 7 Promedio de años de inicio a fin, presentación de la petición ante la Corte, resolución de fondo



da, desde que se interpone ante la Comisión hasta que se resuelve por la Corte, aumentó un año y cinco meses. Después de que la Corte decidió combinar sus decisiones, dicho aumento responde a un incremento en los tiempos del procedimiento ante la Comisión, y no en el de la Corte. Después de que la Corte cambió su procedimiento para combinar sus decisiones —al mismo tiempo que la Comisión optó por dividir las—, el tiempo promedio que una petición o caso pasa ante la Comisión incrementó a más del doble, mientras que el tiempo promedio que los casos pasan ante la Corte disminuyó (véase gráfica 7).

Por último, las reformas reglamentarias de 2000 por primera vez incorporaron un mecanismo de seguimiento para monitorear la implementación de las recomendaciones de la Comisión, el cual debía incluirse en sus informes de fondo o solución amistosa.¹¹⁹

¹¹⁹ Reglamento de la Comisión, *supra*, nota 25, art. 46.

6.2. Reformas del año 2009 al reglamento de la Comisión

En 2009, la Comisión adoptó una segunda serie de reformas al reglamento,¹²⁰ cuyos objetivos centrales fueron propiciar el afianzamiento de “la participación de las víctimas, de las garantías al equilibrio procesal y de la publicidad y la transparencia”.¹²¹ Nuevamente, ni la disminución del congestionamiento ni la aceleración del procedimiento figuraron dentro de los objetivos formales de estas reformas. Las reformas incluyeron la posibilidad de conceder prórrogas a los peticionarios y a los Estados para presentar sus observaciones adicionales respecto del fondo.¹²² Si bien estas prórrogas podían ser necesarias a menudo, son o podrían ser utilizadas por los Estados como mecanismo de dilación y, por ende, considerarse antitéticas al objetivo de reducir la duración del procedimiento de la Comisión, salvo que buscaran dar lugar a observaciones sustantivas oportunas. Asimismo, se incluyeron disposiciones que prescriben restricciones sobre el momento en que pueden presentarse las excepciones respecto de la admisibilidad de la petición¹²³ y otra más que permite el desahogo de testimoniales durante las visitas *in situ*.¹²⁴ El reglamento también contempla disposiciones claras sobre la procedencia del archivo de los asuntos.¹²⁵ El archivar peticiones y casos reduce el congestionamiento en la Comisión, ya que elimina las peticiones que no han tenido actividad procesal durante largos periodos. Una práctica positiva es que a partir de 2010 la Comisión comenzó a publicar información sobre los casos que archiva.¹²⁶

Asimismo, según las reformas de 2009, la Comisión puede suspender los términos para someter un caso ante la Corte si el Es-

¹²⁰ “Maximizando...”, *cit.* en nota 19, p. 52.

¹²¹ Comunicado de Prensa, CIDH, “CIDH publica su nuevo Reglamento”, núm. 84/09 (10/12/2009), disponible en www.cidh.org/Comunicados/Spanish/2009/84-09sp.htm

¹²² *Ibidem*, arts. 37.1 y 37.2.

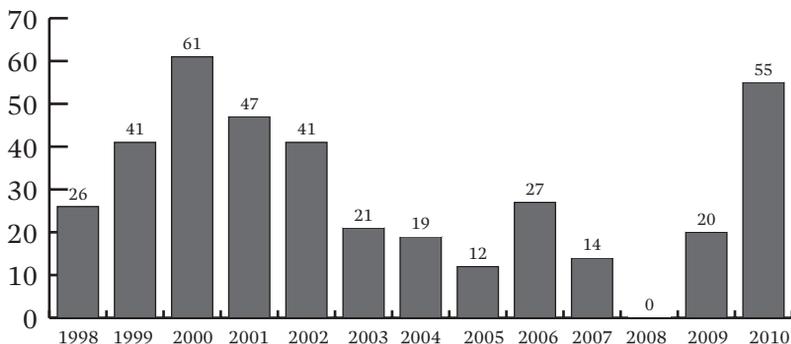
¹²³ *Ibidem*, art. 30.

¹²⁴ *Ibidem*, art. 39.

¹²⁵ *Ibidem*, art. 46.

¹²⁶ “Maximizando...”, *cit.* en nota 19, p. 53.

GRÁFICA 8



tado en cuestión se compromete a aplicar las recomendaciones de la Comisión y consiente dicha suspensión.¹²⁷ Esta disposición puede implicar una tensión entre la eficiencia y eficacia del sistema. Es decir, esta disposición podría reducir su eficiencia al extender el procedimiento mientras la Comisión espera a ver si el Estado implementa sus recomendaciones. Al mismo tiempo, puede ser efectivo al aumentar el cumplimiento de sus resoluciones, ya que ofrece a los Estados una alternativa al sometimiento del caso ante la Corte si implementan las recomendaciones de la Comisión.

Además, las reformas de 2009 ahondan más sobre las funciones de los Grupos de Trabajo.¹²⁸ Conforme a los artículos 15 y 35, debía constituirse un Grupo de Trabajo sobre admisibilidad “a fin de estudiar, entre sesiones, la admisibilidad de las peticiones y formular recomendaciones al pleno”.¹²⁹

También en 2009, la Comisión y la Corte¹³⁰ modificaron la forma en que la Comisión remite un caso ante la Corte. Previo a 2009, la Comisión debía elaborar un informe legal comprensivo

¹²⁷ Reglamento de la Comisión, *supra*, nota 25, art. 46.

¹²⁸ “Maximizando...”, *cit.* en nota 19, p. 54.

¹²⁹ *Ibidem*, art. 35. El Grupo de Trabajo sobre la Admisibilidad ya había sido establecido en el Reglamento previo.

¹³⁰ Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tít. II, cap. 1, art. 25 (en lo sucesivo, Reglamento de la Corte), disponible en www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_esp.pdf

que narrara todos los elementos probatorios y argumentos legales expuestos antes de poder someter el caso ante la Corte para su análisis. Ahora, para someter un caso ante la Corte, la Comisión solo tiene que presentar su informe de fondo, sus observaciones sobre la respuesta del Estado y los motivos por los cuales decide someter el caso ante la Corte.¹³¹ Debido a las reformas de 2009, la Corte ha reducido el rol litigioso de la Comisión en el procedimiento de la Corte, asignándole un papel más neutral.¹³² Este cambio enfatiza el papel que juegan los peticionarios y el Estado como partes en el procedimiento.¹³³ No obstante, la Comisión aún ofrece sus observaciones finales una vez que ambas partes han expuesto sus alegatos orales.¹³⁴ Al momento de concluir nuestro estudio, era aún muy temprano para juzgar si las reformas de 2009 afectaron el congestionamiento y las demoras en la Comisión, ya que la base de datos llegaba hasta 2010. Si la Comisión no asume un rol prominente en el litigio de los casos ante la Corte, si no se le exige preparar un informe adicional antes de someter el caso ante la Corte y si juega un papel más limitado en las audiencias públicas, quizás pueda reasignar más tiempo y recursos humanos para lidiar con el congestionamiento. Al escribir estas líneas, nos encontramos actualizando la base de datos para cuantificar estos y otros posibles impactos.

6.3. Cambios en la Secretaría Ejecutiva de la CIDH

La Secretaría Ejecutiva de la CIDH es una “unidad funcional especializada que forma parte de la Secretaría General de la Organización (que...) debe disponer de los recursos necesarios para cumplir las tareas que le sean encomendadas por la Comisión”.¹³⁵ Como órgano permanente —en contraste con el carácter de tiempo parcial de los comisionados—, la Secretaría Ejecutiva juega un

¹³¹ Reglamento de la Comisión, *supra*, nota 25, art. 74.

¹³² Corte IDH, Exposición de motivos de la Reforma Reglamentaria, p. 2, disponible en www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_motivos_esp.pdf

¹³³ *Idem*.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 3.a

¹³⁵ Convención Americana, *supra*, nota 6, art. 40, y Estatuto de la Comisión, *supra*, nota 24, art. 21.1.

“importante y discrecional papel en los esfuerzos de la Comisión” al tramitar las peticiones individuales.¹³⁶ La Secretaría Ejecutiva elabora todos los informes sobre las peticiones y casos, así como las presentaciones ante la Corte; recibe y procesa la correspondencia de las peticiones y casos; y requiere a las partes que proporcionen cualquier información que considere relevante.¹³⁷ Crucialmente, la Comisión ha delegado a la Secretaría Ejecutiva sus facultades para analizar nuevas peticiones y desechar aquellas que no cumplan *prima facie* con los requisitos legales establecidos.¹³⁸ De modo que el funcionamiento de la Secretaría tiene un impacto esencial en el ritmo de procesamiento de los casos y peticiones. Desde 2001, la Secretaría ha sido sometida a dos series de reforma tendentes a maximizar su rendimiento y mejorar el aprovechamiento de sus limitados recursos.¹³⁹ En la primera etapa, las principales prioridades fueron la “estandarización y coherencia” de las funciones legales de la Comisión.¹⁴⁰ La Secretaría Ejecutiva creó grupos internos para realizar el análisis de las peticiones iniciales y evaluar preliminarmente las solicitudes de medidas cautelares con el objetivo asegurar de la aplicación de criterios consistentes para todos los Estados. En 2004, la Secretaría Ejecutiva creó el Grupo de Litigio —o Corte— responsable de asistir a la Comisión en su participación en los procedimientos de la Corte.¹⁴¹

La segunda etapa de reorganización tuvo como objetivo específico mejorar la eficiencia del sistema de casos individuales. En 2007, la Secretaría Ejecutiva creó cuatro grupos regionales en lugar de asignar a abogados a países específicos. Los nuevos

¹³⁶ Harris, David, “Regional Protection of Human Rights; The Inter-American Achievement”, en Harris, David y Livingstone, Stephen (eds.), *The Inter-American System of Human Rights*, Oxford, 1998, p. 19 (en lo sucesivo, Harris y Livingstone). La traducción es nuestra.

¹³⁷ Reglamento de la Comisión, *supra*, nota 25, art. 13, también arts. 30 y 37.

¹³⁸ *Ibidem*, arts. 26, 27 y 29.

¹³⁹ Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, “Reorganización de la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)”, CP/CAJP-2693/09 rev. 1, 20 feb 2009.

¹⁴⁰ *Idem*.

¹⁴¹ “Maximizando...”, *cit.* en nota 19, p. 55.

grupos regionales son responsables del enlace, observaciones y visitas *in loco* en sus respectivas regiones y Estados. Las secciones regionales tramitan las peticiones y casos, evalúan las observaciones de las partes, determinan la necesidad de información adicional y recomiendan la convocatoria de audiencias, cuando sea necesario. Estas secciones también dan seguimiento a las recomendaciones formuladas por la Comisión.¹⁴² Esto permitió la distribución uniforme de peticiones y casos entre las regiones con una carga de entre 300 y 400 casos y peticiones activas por grupo regional. Esta configuración también permitió, en teoría, especializar a los abogados de cada grupo regional en función de su antigüedad, asignando los informes de admisibilidad a los funcionarios con menos experiencia y los de fondo a los de mayor antigüedad. La coordinación y supervisión de cada grupo regional quedaba bajo responsabilidad de un especialista *senior*.

Además, en marzo de 2007, la Secretaría creó el registro para lidiar con el gran congestionamiento de peticiones nuevas.¹⁴³ A partir de octubre de 2008, la Secretaría transfirió todas las nuevas peticiones pendientes de ser analizadas a esta unidad, un total de 4 471 peticiones iniciales que estaban pendientes de ser evaluadas. Actualmente, el registro analiza las nuevas peticiones en orden cronológico, así como también aquellas que ya estaban en la lista de espera. Para crear el registro, y gracias al financiamiento adicional de fuentes externas, la Comisión contrató más personal y reasignó al registro a personal de otras etapas del procedimiento. La idea de la Comisión era reducir las demoras en la etapa inicial del procedimiento al concentrar sus recursos en el registro durante los primeros tres años, para después, una vez que se hubiese logrado obtener plazos más razonables, destinar los recursos a otro lugar.¹⁴⁴

¹⁴² La Secretaría Ejecutiva creó un grupo de protección para atender a las medidas cautelares. El Grupo de Protección estudia las solicitudes de medidas cautelares y analiza la necesidad de tales medidas, haciendo las recomendaciones pertinentes a la Comisión. Adicionalmente, se encarga del trámite de aquellas medidas cautelares y le da seguimiento al peticionario y al Estado para asegurarse de que las medidas sean suficientes después de que se han solicitado.

¹⁴³ “Maximizando...”, *cit.* en nota 19, p. 56.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 5.

Recientemente, la Secretaría creó el Grupo de Solución Amistosa, una unidad especializada que asiste a los comisionados en casos en los cuales las partes han acordado celebrar un procedimiento de solución amistosa.¹⁴⁵ Este Grupo se encarga de dar seguimiento y facilitar el procedimiento, preparar los informes necesarios y proveer asistencia general a los comisionados.¹⁴⁶ Este es un paso muy positivo por diferentes razones, aunque su impacto podría ser limitado por falta de información detallada. Ante una pregunta concreta, lamentablemente la Comisión solo pudo proporcionar “estimaciones aproximadas” respecto a los entre 70 y 100 casos y peticiones que actualmente se encuentran en negociaciones de solución amistosa.¹⁴⁷ Esto plantea problemas para la planificación y el conocimiento del estado de cada caso y petición y es particularmente problemático para la Comisión a la hora de prever los recursos y personal necesarios.¹⁴⁸ Los acuerdos de solución amistosa aumentan la eficiencia de la Comisión al disponer de los casos —o peticiones— desde sus primeras etapas. Nuestros datos indican que el tiempo promedio que corre entre la presentación y la aprobación de un acuerdo de este tipo fue casi cinco veces menor que el tiempo promedio que corre entre la presentación de la petición y la decisión de fondo, y casi dos años menor que el tiempo promedio que corre entre la presentación de una queja y su determinación final que emite la Corte. Además, los acuerdos de solución amistosa pueden aumentar la eficacia de la Comisión. Según un estudio reciente sobre el cumplimiento de las resoluciones en el Sistema Interamericano, el 54% de los acuerdos de solución amistosa fueron cabalmente cumplidos por los Estados, mientras que solo fue así para el 29% de las sentencias de la Corte y tan solo el 11% de los informes de la Comisión fueron debidamente cumplidos.¹⁴⁹ Adicionalmente, como cualquier otro método de resolución alternativa de conflictos, los acuerdos de solución amistosa pueden ser más flexibles que las decisiones de la Comisión y de la Corte.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 10.

¹⁴⁶ *Idem*.

¹⁴⁷ Respuestas de la Comisión, *supra*, nota 31, p. 16.

¹⁴⁸ “Maximizando...”, *cit.* en nota 19, p. 105.

¹⁴⁹ Basch, *supra*, nota 94.

La Secretaría también ha implementado diversos cambios tecnológicos. En 2002 se instauró el Sistema de Manejo de Peticiones y Casos —PCMS, por sus siglas en inglés—, una base de datos electrónica que documenta el progreso de las peticiones y casos, manteniendo un registro electrónico de cada uno de los pasos procesales desde la presentación de la petición. El PCMS estandariza las comunicaciones de la Comisión con las partes de los casos o peticiones al ofrecer formatos de cartas modelo.¹⁵⁰

En mayo de 2010, la Secretaría comenzó a utilizar un Sistema de Manejo de Documentos Electrónicos —DMS, por sus siglas en inglés— para efecto de dar seguimiento y archivar documentos digitalmente y de manera integrada con el PCMS. En esta base de datos, cada nuevo documento que las partes presentan o que la Comisión elabora es digitalizado —si es que no existe ya la versión electrónica—, se registra y es vinculado a una petición o caso. El DMS crea un archivo electrónico completo para cada petición y caso y, de esta manera, facilita el acceso a los documentos de cada archivo. Además, este sistema elimina el uso de papel al digitalizar por completo el sistema de casos. El DMS también facilita la supervisión y el monitoreo de los casos al proporcionar a los administradores acceso electrónico a las distintas etapas del procedimiento, así como a los documentos pertinentes.¹⁵¹ Este sistema presenta también algunas limitaciones, particularmente debido a que solo se han digitalizado peticiones y documentos nuevos y no se tienen planes para digitalizar aquellos que ingresaron antes de junio de 2010.¹⁵²

La Secretaría Ejecutiva también espera implementar un “Portal de Usuarios” —en lo sucesivo, PPP— mediante el cual los Estados y los peticionarios sean capaces de acceder a los documentos relacionados con su petición o caso y dar seguimiento a su progreso en el sistema. En un principio, el portal dará acceso a los peticionarios a los principales documentos procesales relacionados con su petición o caso. Eventualmente, todos los Estados y

¹⁵⁰ “Maximizando...”, *cit.* en nota 19, p. 57.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 58.

¹⁵² Basch, *supra*, nota 94, p. 22.

los peticionarios tendrán acceso a la información de la base de datos en lo que respecta a su petición o caso. Además, el PPP ofrecerá la posibilidad de notificar digitalmente a peticionarios y Estados de las decisiones de la CIDH.

La Secretaría también ha iniciado un procedimiento por medio del cual se puedan presentar peticiones en línea.¹⁵³ Después de registrarse en el sitio web de la Comisión, los peticionarios pueden completar una petición llenando una solicitud en línea. Al enviar esta solicitud, los peticionarios inmediatamente reciben un correo electrónico automatizado para darle seguimiento, que al mismo tiempo confirma la recepción de la petición electrónica y solicita al peticionario que envíe una copia firmada de la solicitud. No existen registros públicos sobre el número de peticiones presentadas en línea.¹⁵⁴ Por ende, aún es muy pronto para medir el impacto de este proceso.

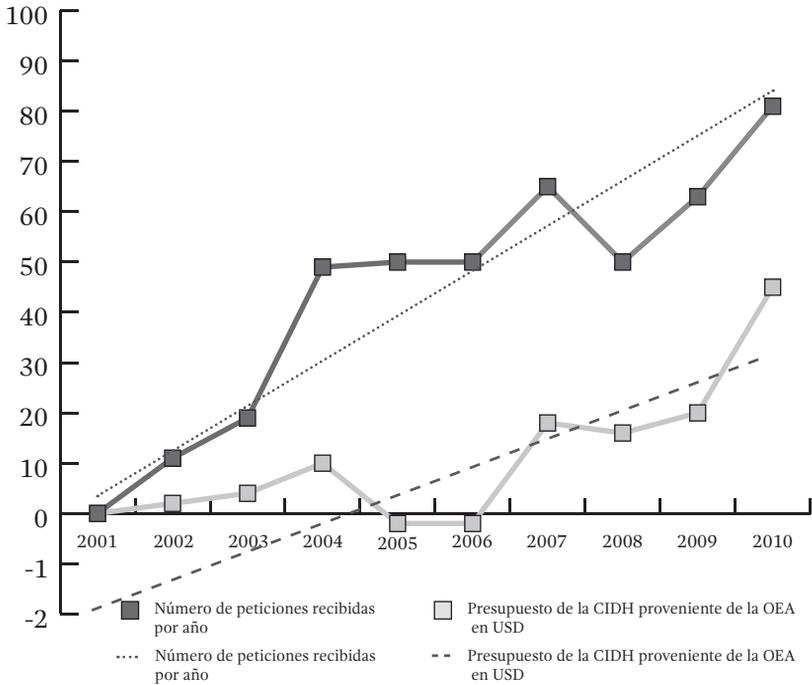
7. EXPLICACIONES ADICIONALES SOBRE LA SITUACIÓN ACTUAL

Como hemos indicado hasta aquí, la reforma reglamentaria de 2000, al dividir el procedimiento en admisibilidad y fondo, es un factor esencial en el estado de congestiónamiento y retardo procesal existente. Sin embargo, existen otros problemas estructurales que contribuyen a, y explican el congestiónamiento y las demoras actuales.

¹⁵³ “Formulario de Denuncia”, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, disponible en www.cidh.oas.org/cidh_apps/instructions.asp?gc_language=S

¹⁵⁴ Respuestas de la Comisión, *supra*, nota 31, p. 15. Sin embargo, en las Respuestas de la Comisión se proporcionó su estimación. Hasta el 30 de agosto de 2011, de un total de 1 030 peticiones recibidas, 308 se recibieron a través del formulario en línea (33%). La Comisión calcula, a través de un muestreo de 100 peticiones consecutivas para identificar las peticiones electrónicas, que 37 fueron presentadas por correo electrónico. Usando la misma fórmula, estima que esto representa que 37% de las peticiones se reciben a través del correo electrónico, lo que se traduce en que “aproximadamente el 55%” de las peticiones recibidas al año se reciben por medios electrónicos. *Idem*.

GRÁFICA 9 Cambios en el presupuesto de la CIDH y número de peticiones recibidas por año en función de los valores de 2001



7.1 La falta de presupuesto adecuado

El principal problema y factor que contribuye al rezago procesal es la falta de financiamiento. Particularmente, esto se debe al hecho de que los aumentos en la demanda de nuevas decisiones, los nuevos mandatos de la OEA a la CIDH y el incremento de las actividades realizadas y esperadas de la CIDH nunca fueron correspondidos con la debida asignación proporcional de recursos adicionales.¹⁵⁵ Por ende, es fácil entender las dificultades a las que se enfrenta la Comisión al lidiar con sus peticiones y casos de manera eficiente. En otras palabras, la OEA es responsable de haber creado una situación fuera del control de la Comisión. La CIDH ha padecido esta deficiencia en su financiamiento de

¹⁵⁵ “Maximizando...”, cit. en nota 19, p. 22.

forma permanente y estructural desde sus primeros años de operación.¹⁵⁶ Por ende, continuamente intenta resolver esta falta de recursos mediante la obtención de fondos adicionales de fuentes externas.¹⁵⁷ En 2010, la CIDH tenía un presupuesto de poco más de USD 7 millones, de los cuales USD 3.4 millones provenían de donaciones y USD 4 millones de la OEA.¹⁵⁸ Estos USD 4 millones suministrados por la OEA solamente representaban el 5% del presupuesto total de la organización, según el Programa-Presupuesto de 2010 de la OEA.¹⁵⁹ En 2007 y 2008, la CIDH logró aumentar su financiamiento externo.¹⁶⁰ Sin embargo, la crisis financiera mundial previno que la Comisión obtuviera financiamiento externo adicional, por lo que, a partir de 2009, las contribuciones de los donantes disminuyeron drásticamente. En 2010, los Estados miembros donaron casi USD 500 000 menos que en 2009, en gran medida debido a que Estados Unidos redujo sus contribuciones en más de USD 1 000 000. Por ende, Canadá es ahora el mayor donante, seguido por la Unión Europea.¹⁶¹

¹⁵⁶ En 1970 se dijo que “el pequeño presupuesto (de la Comisión)... restringe sustancialmente su autonomía... (Este) escaso presupuesto restringe la capacidad de la Comisión para contratar a un personal especializado y le hace difícil participar en operaciones especiales”. Schreiber, Anna, “The Inter-American Commission on Human Rights”, Leyden, A. W. Sijthoff, 1970, p. 42. Véase también CIDH, Informe Anual de la CIDH 1976, párr. 1D, OEA/Ser.L/VII.40 doc. 5, corr. 1, 10 marzo 1977. “Las labores de la Comisión han venido creciendo en volumen y en intensidad con el aumento constante de las denuncias sobre violación de los derechos humanos en distintas regiones del continente y, como queda ya señalado en otro lugar, a ese incremento del trabajo no ha correspondido una extensión proporcional en los medios y elementos para llevarlo a cabo. La Comisión sigue reducida al personal y a los elementos de que disponía hace varios años”.

¹⁵⁷ Plan Estratégico Parte I, *supra*, nota 70.

¹⁵⁸ CIDH, Recursos Financieros, 2010, disponible en www.oas.org/es/cidh/mandato/recursos_financieros.asp

¹⁵⁹ *Idem*.

¹⁶⁰ Véase CIDH, Recursos Financieros, 2008, disponible en www.cidh.org/pdf%20files/Participation%20of%20IAaCHR%20in%20the%202008%20OAS%20Budget_esp%C3%B1ol.pdf CIDH, Recursos Financieros, 2007, disponible en www.cidh.org/recursos2007.sp.htm

¹⁶¹ *Idem*. En 2010, de los USD 1,267,500 dólares aportados por los Estados miembros, USD 748,600 fueron proporcionados por Canadá. Estados Unidos aportó la segunda mayor cantidad, USD 400 000, mientras que

El hecho de que parte de los fondos voluntarios de la CIDH provengan de los Estados miembros puede aparentar un conflicto de intereses para la Comisión, quien debe resolver los casos que involucran a estos Estados de manera imparcial.¹⁶² Más aún, como se ha visto en los últimos dos años, este financiamiento adicional parece no ser sostenible. Los fondos ajenos al presupuesto de la OEA usualmente provienen de contribuciones voluntarias que dependen de las prioridades y capacidades financieras de los donantes, dos factores altamente contingentes.¹⁶³ Además, las organizaciones externas y los gobiernos por lo general comprometen estos fondos adicionales a proyectos especiales y no a las funciones básicas de la Comisión, como lo es la tramitación de las peticiones y casos.

Debido a esta deficiencia de recursos financieros, la Comisión no cuenta con el personal necesario.¹⁶⁴ Al concluir nuestro estudio, trabajaban en la Comisión 37 profesionales y 18 asistentes administrativos.¹⁶⁵ No obstante, el secretario ejecutivo ha sostenido que “a fin de contar con un sistema de casos individuales sano y fuerte, que funcione [...] en oportunidad, se requiere de un total de 87 profesionales y 25 asistentes administrativos”.¹⁶⁶ Adicionalmente, más de 50% del personal de la Comisión estaba financiado por fondos de cooperación externa.¹⁶⁷

Colombia contribuyó con USD 105 000 y Chile con USD 10 000. Finalmente, Costa Rica contribuyó con USD 3 900 a la Comisión. Una gran parte de los fondos, USD 1 154 900 provinieron de Estados observadores, de los cuales más de la mitad, USD 700 000 procedieron de España. La Comisión Europea y otras instituciones, tales como el UNICEF y el Banco Interamericano de Desarrollo, también contribuyeron con una porción significativa.

¹⁶² Cavallaro, James L. y Brewer, Stephanie Erin, “Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court”, *Am. J. Int’l L.*, vol. 102, pp. 768, 783, 2008 (en lo sucesivo, Cavallaro y Brewer).

¹⁶³ *Idem.*

¹⁶⁴ “Maximizando...”, *cit.* en nota 19, p. 22.

¹⁶⁵ CIDH, Composición de la CIDH 2010, disponible en www.oas.org/es/cidh/mandato/composicion.asp

¹⁶⁶ Presentación de la Secretaría Ejecutiva, *supra*, nota 82.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 5.

7.2 Debilidades del procedimiento de presentación de peticiones iniciales

Además de la falta de recursos, existen otros obstáculos que afectan el procedimiento de la Comisión y que contribuyen a las demoras y el congestionamiento.¹⁶⁸ En primer lugar, la Comisión no aprovecha todo el potencial de su sistema de peticiones en línea. Si un solicitante presenta una petición en línea, él o ella deben presentar también una copia física firmada. En algunas ocasiones, la Secretaría Ejecutiva registra por separado la queja física y la digital, asignándoles en sus informes fechas inconsistentes.¹⁶⁹ Si la petición se registra en más de una ocasión, se desperdician valiosos recursos, pues puede que los abogados de la Comisión tramiten la petición dos veces, duplicando el procedimiento de admisión. Aun si la petición no se registra más de una vez, la Comisión tiene que estudiar todas las distintas versiones para asegurarse de que efectivamente son iguales. La ventaja del sistema en línea es que la Comisión obtiene automáticamente una versión digital de la petición, reduciéndose así el tiempo de tramitación.¹⁷⁰ Claro, debido a la falta de acceso universal a internet en las Américas, jamás puede implementarse un sistema puramente digital, ya que ello limitaría el acceso a la CIDH para algunas personas.

Adicionalmente, el sistema actual de recepción de peticiones fomenta la interposición de demasiadas peticiones improcedentes.¹⁷¹ La información sobre los requisitos de admisibilidad de las peticiones está disponible al público mediante un folleto informativo o a través del sitio web de la Comisión, pero se limita a lo contemplado en el reglamento, contiene explicaciones legalistas y no ofrece suficientes ejemplos concretos que faciliten entender

¹⁶⁸ “Maximizando...”, *cit.* en nota 19, pp. 39-44.

¹⁶⁹ Véase, por ejemplo, CIDH, *Jiménez vs. Costa Rica*, petición 12.136, informe núm. 97/10, párrs. 1, 4, 12 jul 2010, disponible en www.cidh.oas.org/casos/10.sp.htm (“1. El 12 de mayo de 1998, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recibió una petición presentada por Seguismundo Gerardo Porrás Jiménez... (1) a petición fue recibida por la CIDH el 27 de agosto de 1998”).

¹⁷⁰ “Maximizando...”, *cit.* en nota 19, p. 39.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 40.

cuándo una petición es susceptible de ser tramitada por la Comisión y cuándo está ostensiblemente fuera de su jurisdicción.¹⁷² Esta ausencia de información fácilmente comprensible puede dar cuenta de parte del casi 90% de las peticiones que la Secretaría Ejecutiva desecha de manera sumaria. El congestionamiento de peticiones pendientes de una revisión inicial en gran medida responde al alto número de peticiones que no cumplen con los requisitos mínimos necesarios para superar la fase de preselección, impidiendo que las peticiones legítimas reciban la atención que requieren de la Comisión.¹⁷³

7.3 Un sistema ineficiente de recepción de información, alegatos y pruebas

El sistema por el cual los peticionarios y los Estados presentan sus alegatos y pruebas también contribuye a las demoras en el procedimiento.¹⁷⁴ En la actualidad, los peticionarios pueden presentar pruebas junto con su petición inicial. Posteriormente, pueden presentar información adicional y evidencias para cumplir con los requisitos del reglamento, tal como lo dispone el artículo 26.2, y más adelante pueden ofrecer información y pruebas adicionales por escrito o en una audiencia, de conformidad con el artículo 30.5. Una vez abierto el caso, el peticionario puede presentar otra serie de observaciones y pruebas (aunque ahora sobre el fondo del asunto, conforme al art. 37.1) y más adelante tendrá otra oportunidad adicional para presentar pruebas si la Comisión así lo requiere (art. 37.4). Sorprendentemente, el reglamento exige que si el peticionario tuviese interés en que el caso sea sometido a la Corte, debía presentar “la prueba documental, testimonial y pericial disponible” (art. 43, inc. 2º). La CIDH aceptaba que habría más evidencia que la que le había sido aportada en todas estas oportunidades.

¹⁷² www.oas.org/es/cidh/docs/folleto/CIDHFolleto_esp.pdf

¹⁷³ En 2010, se evaluaron un total de 1 676 peticiones, de las cuales solo en 275 se resolvió tramitarlas (considerándolas procesables). Informe Anual 2010, *supra*, nota 71.

¹⁷⁴ “Maximizando...”, *cit.* en nota 19, p. 40.

Por su parte, el Estado presenta sus alegatos y pruebas sobre la admisibilidad de la petición una vez que la CIDH le transfiera inicialmente la petición.¹⁷⁵ El Estado tendrá una segunda oportunidad para presentar pruebas por escrito o en una audiencia,¹⁷⁶ una tercera oportunidad para presentar sus observaciones adicionales sobre el fondo¹⁷⁷ y una cuarta para hacerlo en otra audiencia posterior.¹⁷⁸

Además de todas estas oportunidades expresas formales que el reglamento ofrece a las partes para presentar sus alegatos y pruebas, la Comisión tiene la costumbre de solicitar y/o permitir que los Estados y los peticionarios presenten información y pruebas en diversas etapas, yendo más allá de lo que contempla el reglamento.¹⁷⁹ Por ejemplo, en el caso de *Mateo Bruno*, tan solo en la etapa de admisibilidad, los peticionarios ofrecieron ocho escritos, mientras que el Estado presentó nueve, con sorprendentes lagunas y omisiones entre uno y otro. Entre noviembre de 1998 y mayo de 2004, y de nuevo de julio de 2004 a mayo de 2010, los peticionarios no ofrecieron alegato o prueba alguna. Asimismo, el Estado guardó silencio desde febrero de 1999 hasta septiembre de 2010.¹⁸⁰ Quizás sea el congestionamiento actual lo que fomenta estas costumbres. Dado el retraso existente, exigir la temprana presentación de las pruebas, puede ser visto como algo arbitrario. Además, después de años de retrasos, parte de la información y los argumentos pueden volverse anticuados tanto en términos de la evolución de la situación fáctica,¹⁸¹ como en términos de los avances de la jurisprudencia o costumbres del sistema. Por

¹⁷⁵ Reglamento de la Comisión, *supra*, nota 25, art. 30.3.

¹⁷⁶ *Ibidem*, art. 30.5.

¹⁷⁷ *Ibidem*, art. 30.7.

¹⁷⁸ *Ibidem*, art. 65.

¹⁷⁹ “Maximizando...”, *cit.* en nota 19, p. 40.

¹⁸⁰ CIDH, *Bruno vs. Perú*, petición 10.949, informe núm. 69/11, párrs. 4-5, 31 mar 2011.

¹⁸¹ El Grupo de Trabajo de la OEA recomendó a la Comisión llevar a cabo “(u)na actualización de los hechos materia de las peticiones iniciales cuando sean transmitidas a los Estados con considerable posterioridad a su registro, o bien en casos de larga inactividad procesal”. Grupo de Trabajo de la OEA, *supra*, nota 7, párr. 3.A.g.

otro lado, al permitirse la presentación tardía de los alegatos y pruebas, se incentiva a las partes a retener la información que revele las fortalezas y debilidades de sus casos, previniendo así que la Comisión pueda elaborar sus informes con anticipación y, en algunas ocasiones, reduce su capacidad para fomentar las negociaciones de solución amistosa.¹⁸²

7.4 Aplicación inconsistente y poco transparente de las facultades reglamentarias para acelerar el proceso

En la mayoría de los casos, la Comisión actúa de forma pasiva en vez de administrar el proceso, simplemente transmitiendo las múltiples comunicaciones entre las partes. En aquellas comunicaciones, la CIDH mecánicamente requiere información adicional, a pesar de que las partes pueden haber ya presentado toda la documentación objetiva y ofrecido sus argumentos jurídicos. En raras ocasiones la CIDH solicita evidencias puntuales. También contribuye el hecho de que la Comisión aplica de manera inconsistente aquellas normas que le permiten acelerar el procedimiento.¹⁸³

Por ejemplo, el artículo 36.4¹⁸⁴ permite a la Comisión combinar sus decisiones sobre admisibilidad y fondo en circunstancias excepcionales, pero dicho artículo no se aplica consistentemente y no es claro el porqué se aplica en algunos casos y en otros no.¹⁸⁵ La falta de información pública sobre las decisiones pro-

¹⁸² “Maximizando...”, *cit.* en nota 19, p. 41.

¹⁸³ *Idem.*

¹⁸⁴ Reglamento de la Comisión, *supra*, nota 25, art. 36.4.

¹⁸⁵ Por ejemplo, en 2010, la Comisión resolvió dos casos brasileños en los que el gobierno omitió presentar sus alegatos controvirtiendo la admisibilidad de las peticiones. No obstante, la Comisión tomó enfoques absolutamente opuestos en el tratamiento de estos dos casos. La petición 12.308 se presentó ante la Comisión el 22 de mayo de 2000. Diez meses después, el 22 de marzo de 2001, la petición 12.378 fue presentada. El Estado no respondió a la petición en ninguno de estos casos. El 17 de marzo de 2010 la Comisión adoptó el informe 37/10 sobre la admisibilidad y el fondo de la petición/caso 12.308, *Manoel Leal de Oliveira vs. Brasil*, caso 12.308, publicación

cesales¹⁸⁶ representa un obstáculo persistente para la evaluación del procedimiento de la Comisión. La Comisión ha manifestado que en la actualidad tramita las peticiones y casos en orden cronológico, pero a algunos casos se les da prioridad y se colocan en una lista de espera preferente. La Comisión ha establecido que se le debe dar un trato preferente a 10% de las peticiones nuevas, las cuales deben evaluarse de inmediato.¹⁸⁷ Sin embargo, no existe ningún documento público que discuta los criterios por los cuales la Comisión decide dar prioridad a ciertas peticiones o casos y a otros no. La Comisión explicó que, a fin de entender o identificar dichos criterios, es necesario atender a los casos individuales que ya han sido decididos a manera de guía.¹⁸⁸ Si bien esa estrategia puede ser útil respecto de determinados aspectos del procedimiento y para algunos usuarios del sistema, para gran parte de los peticionarios tal abundancia de documentación sería abrumadora. Además, los informes públicos no responden diversas preguntas básicas, como por qué la Comisión concede a veces prórrogas, solicita información adicional o decide no combinar las decisiones de admisibilidad y fondo. Finalmente, los informes públicos no pueden explicar las decisiones procesales de las miles de peticiones y casos de la cartera de asuntos de la Comisión que no tienen un informe aprobado.¹⁸⁹

(art. 51), informe de la CIDH 37/10, 17 mar 2010, disponible en www.cidh.oas.org/casos/10.sp.htm En aquel caso, debido al silencio del Estado, la Comisión decidió combinar la admisibilidad con el fondo del caso. *Ibidem*, párr. 29. Dos semanas antes, el 3 de marzo de 2010, la Comisión adoptó un informe declarando a la segunda petición, la petición 12.378, admisible, *Fátima Regina Nascimento de Oliveira y Maura Tatiane Ferreira Alves vs. Brasil*, petición 12.378, informe de la CIDH 7/10, párr. 14, 15 mar 2010, disponible en www.cidh.oas.org/casos/10.sp.htm. A pesar de que el Estado se mantuvo igualmente silencioso en este caso, la Comisión no combinó la admisibilidad y el fondo sin explicar el porqué de esta inconsistencia.

¹⁸⁶ Además de los propios informes de admisibilidad y fondo.

¹⁸⁷ Plan Estratégico Parte II, *supra*, nota 105.

¹⁸⁸ El Grupo de Trabajo de la OEA recomendó a la Comisión “(c)ontinuar desarrollando criterios objetivos para determinar prioridades en cuanto al tratamiento de peticiones y otros casos, a la luz de la naturaleza, complejidad e impacto de las situaciones alegadas”. Grupo de Trabajo de la OEA, *supra*, nota 7, párr. 3.A.h.

¹⁸⁹ Grossman, Claudio, “The Inter-American System of Human Rights: Challenges for the Future”, en *Ind. L.J.*, vol. 83, núm. 4, 2008, pp. 1267 y 1281,

7.5 La falta de plazos procesales aplicables a la propia CIDH y los efectos contradictorios de un procedimiento demasiado flexible

Salvo en contadas excepciones,¹⁹⁰ la Comisión no contempla plazos dentro de los cuales ha de emitir sus decisiones.¹⁹¹ Por supuesto que siendo un órgano cuasijurisdiccional, la Comisión debe ser flexible respecto de la forma y orden en que tramita las peticiones, a fin de fomentar la cooperación y compromiso de los Estados, facilitar las soluciones amistosas y fortalecer las posibilidades de su impacto. Por ende, tanto la existencia de normas procesales estrictas como la tramitación ritualista del procedimiento pueden dificultar su eficacia. Sin embargo, el exhibir una consistencia y transparencia razonables no se traduce necesariamente en una pérdida de esta flexibilidad.

El procedimiento que la Convención contempla es un mecanismo de intensidad creciente destinado a estimular al Estado a cooperar con la CIDH para la solución del caso antes de que sea

donde sostiene que la Comisión no cuenta con un sistema transparente para conceder audiencias, admitir casos para su trámite o dar seguimiento a los asuntos ya iniciados. Igualmente, en la actualidad no se tienen términos establecidos dentro de los cuales tenga la Comisión que analizar la admisibilidad o el fondo de cualquier caso en particular. Consecuentemente, a menudo los peticionarios desconocen el estado procesal de su queja que, a su vez, afecta su oportunidad de ser representado de manera competente y oportuna.

¹⁹⁰ Estatuto de la Comisión, *supra*, nota 24, art. 23.2 que estipula “(d)e no llegarse a la solución amistosa referida en los arts. 44 al 51 de la Convención, la Comisión redactará dentro del plazo de ciento ochenta días el informe requerido por el art. 50 de la Convención”.

¹⁹¹ Véase OEA, Resultados del Proceso de Reflexión sobre el Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, 2008-2009, CP/CAJP-2665/08, rev. 8, corr. 3, add.1, Anexo 1, p. 11, concluyendo que “el Reglamento de la CIDH no contempla ningún plazo a cumplir por parte de la CIDH en las etapas de tramitación inicial, admisibilidad y fondo”; que la inexistencia de plazos “puede provocar inseguridad jurídica entre todos los actores” y que “es una de las tantas razones en la demora de los pronunciamientos” y, por último, “(1)a incertidumbre en los plazos deteriora la legitimidad y confianza en el sistema” (en lo sucesivo Resultados de la OEA).

sometido ante la Corte.¹⁹² El procedimiento de la CIDH depende de la “voluntad de cooperación del gobierno involucrado para la investigación del asunto y para la adopción de las medidas necesarias para solventarlo”.¹⁹³ La CIDH ha utilizado sus procedimientos de manera flexible al tratar de lograr que el Estado coopere. En muchas ocasiones, esta flexibilidad le ha permitido a la CIDH participar en un diálogo productivo con los gobiernos, aun en los momentos más oscuros de la región. Al usar los diferentes niveles de intensidad inherentes a las distintas etapas del procedimiento, así como la diplomacia fuera de los rígidos límites del procedimiento, la Comisión ha buscado y a menudo obtenido la cooperación de renuentes Estados para resolver situaciones específicas. Por ejemplo, en el caso de la *Masacre de Villatina* en Colombia, las partes iniciaron un procedimiento de solución amistosa en 1995. Durante casi tres años, la Comisión estuvo involucrada en los procedimientos que facilitaron la creación del Comité de Impulso para la Administración de Justicia para este y otros casos, y el Comité de Seguimiento de las recomendaciones formuladas por el Comité de Impulso. En 1998, el presidente de Colombia reconoció la responsabilidad internacional del Estado por la masacre y entregó a los familiares de cada una de las víctimas un documento como acto de reparación moral y desagravio. Sin embargo, las partes dieron fin a la solución amistosa por el incumplimiento del gobierno con la mayoría de los acuerdos. Por tanto, la Comisión decidió continuar con la tramitación del caso y el 16 de noviembre de 2001 aprobó un informe de fondo preliminar, el cual fue notificado al Estado. En febrero de 2002, en vista de las recomendaciones de la CIDH, el nuevo gobierno de Colombia manifestó su voluntad de retomar las conversaciones con los peticionarios. La Comisión permitió a las partes reanudar este proceso, a pesar de que el reglamento no contempla la posibilidad de una solución amistosa en esta etapa del procedimiento, pues el artículo 50 de la Convención presupone el fracaso del proceso de solución amistosa.¹⁹⁴ El 29 de julio de 2002, las partes firmaron un acuerdo de

¹⁹² *Caso Velásquez Rodríguez*, Excepciones Preliminares, sentencia de 26 jun 1987, párr. 60.

¹⁹³ *Idem*.

¹⁹⁴ Convención Americana, *supra*, nota 6, art. 50: “(d)e no llegarse a una solución [...] (la Comisión) redactará un informe en el que expondrá los hechos y sus conclusiones” (las cursivas son nuestras).

solución amistosa.¹⁹⁵ La flexibilidad y la voluntad de la Comisión de ir más allá del texto de la Convención y su reglamento, permitió a las partes resolver el asunto con un acuerdo conteniendo importantes compromisos. El procedimiento tardó siete años en concluirse, pero permitió a la Comisión reconectarse con un nuevo gobierno y facilitar un beneficioso acuerdo.

La desventaja de esta flexibilidad es permitir un uso abusivo por parte de los Estados sobre el nivel de cooperación que ofrecen a la Comisión. Pero también la CIDH ha considerado muchas veces a su procedimiento como un marco normativo flexible, en lugar de un conjunto de reglas claras y transparentes a las que las partes saben perfectamente a qué ajustarse. Todo ello ha tenido un impacto negativo en muchos casos y especialmente sobre los derechos de las víctimas a obtener una decisión oportuna y, consecuentemente, ha generado altos niveles de incertidumbre procesal.

8. LA EFICACIA Y EFICIENCIA DE LA COMISIÓN COMO MARCO NORMATIVO PARA ENTENDER Y ATENDER EL CONGESTIONAMIENTO Y LAS DEMORAS PROCESALES

Para resolver su congestiónamiento y atender las demoras, la Comisión debe encontrar el equilibrio adecuado entre su eficacia y eficiencia. Mientras que la eficacia de la Comisión podría verse afectada si no se tramitan suficientes peticiones en un plazo razonable, la adopción de ciertas medidas en busca de un proceso cuasijurisdiccional más eficiente podría, en ciertas circunstancias, afectar la eficacia general de la Comisión.¹⁹⁶

8.1 Los objetivos de la CIDH como base analítica de su eficacia

Para analizar si se ha alcanzado el equilibrio adecuado entre eficiencia y eficacia, deben identificarse los objetivos de la Comisión,

¹⁹⁵ CIDH, informe núm. 105/05, párrs. 3-12.

¹⁹⁶ “Maximizando...”, *cit.* en nota 19, p. 63.

dado que ellos ofrecen los parámetros bajo los cuales será posible evaluar y medir su eficiencia y eficacia. Es decir, para determinar si la Comisión o el Sistema Interamericano en general son eficaces, se debe contar con un punto de partida o referencia respecto del cual contrastarlos. Las diferentes perspectivas bajo las cuales puede ser analizada la eficacia de un mecanismo intergubernamental de derechos humanos reflejan las distintas concepciones que existen acerca de las metas de dicho sistema.¹⁹⁷ Por ende, se deben identificar sus objetivos o metas —cuáles son los resultados deseados— y a partir de ello establecer un marco de tiempo razonable para alcanzar algunas o todas estas metas y analizar si el tiempo actual del procesamiento contribuye o debilita a su eficacia.¹⁹⁸

En su análisis sobre la eficacia de la adjudicación supranacional, Slaughter y Helfer reconocen que “para poder definir eficacia [...] se requiere inevitablemente preguntar «¿eficaz para qué?» —interrogante que a su vez depende de una concepción de las funciones de los tribunales dentro de sistemas jurídicos concretos—. Estas funciones [...] pueden entrar en conflicto unas con otras; también puede cada una generar criterios distintos de eficacia”.¹⁹⁹

¹⁹⁷ Véase también el informe “Lucerne Academic Consultation on Strengthening the United Nations Treaty Body System”, 24-25 octubre de 2011, Lucerna, Suiza, sosteniendo que “si bien pueden haber muchas maneras en que el sistema puede hacerse más «eficiente» (como, por ejemplo, reduciendo el número de informes o limitando las oportunidades del involucramiento de la sociedad civil), dichas medidas pueden no ser apropiadas si otros objetivos (tales como la expansión de las oportunidades de involucramiento de la sociedad civil) son vistos como importantes para el sistema. Para decidir cuál de los cambios propuestos debe implementarse deben contrastarse estos cambios con los objetivos generales del sistema y preguntarse qué tan factibles son de promover dichos propósitos” (la traducción es nuestra).

¹⁹⁸ Shany, *supra*, nota 20, p. 230.

¹⁹⁹ Slaughter, Anne-Marie y Helfer, Laurence, “Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication”, en *Yale L.J.*, vol. 107, 1997, pp. 273 y 282 (en lo sucesivo, Slaughter y Helfer) (la traducción es nuestra). La definición de los conceptos de eficacia o éxito parecen ser temas controversiales, no sólo en el ámbito de los derechos humanos, sino en el derecho internacional en general. López, David, “Dispute Resolution Under NAFTA: Lessons from the Early Experience”, en *Texas Int'l L.J.*, vol. 32, 1997, pp. 163, 200, definir el concepto de “éxito” en el contexto de resolución de conflictos bajo el TLCAN es altamente controversial.

Por su parte, Steiner ha formulado preguntas similares al discutir la proliferación de comisiones, comités y cortes de derechos humanos: “¿Cuáles son los fines que dichas formas internacionales de resolución de controversias entre los individuos y su Estado nacional han de servir? ¿Qué metas deben orientar a estos procesos innovadores? ¿Existen respuestas de validez objetiva a estas preguntas (...), o necesariamente dependerán del contexto?”.²⁰⁰

En mi criterio, un sistema de derechos humanos, tal como el interamericano, solamente será eficaz si logra alcanzar los objetivos que se ha fijado y cuya consecución es razonable dado el contexto económico, social y político en el que opera, la gravedad de las violaciones cometidas y las facultades otorgadas a sus órganos de supervisión.²⁰¹ Es decir, el contexto no solo delimita las posibilidades del sistema, sino que también condiciona sus objetivos y su eficacia.²⁰² Una de las principales dificultades con-

²⁰⁰ Steiner, Henry, “Individual Claims in a World of Massive Violations: What role for the Human Rights Committee?”, en Alston, Philip y Crawford, James (eds.), *The Future of the UN Human Rights Treaty Monitoring*, 2000, p. 16. (en lo sucesivo, Steiner) (la traducción es nuestra). Las referencias que aquí y en otras secciones se hacen a otros organismos de derechos humanos y tribunales buscan ofrecer una idea sobre el cómo se analizan temas similares o se consideran reformas potenciales al procedimiento de la Comisión. Como en este escrito se expone, debido a las singulares metas y objetivos de la Comisión como organismo de derechos humanos con múltiples funciones, las cuales incluyen algunas de adjudicación cuasijudiciales y el contexto en el cual opera, las comparaciones deben tomarse con cautela. No hago referencia a otros organismos y tribunales para hacer comparaciones sobre su rendimiento. Al contrario, las referencias a otros organismos son, en parte, para delinear y justificar cuáles son las diferencias importantes entre la Comisión y estos otros organismos. Al hacer referencia a las experiencias de los otros organismos busco generar una conciencia crítica de la manera en que las prácticas procesales de la Comisión debidamente se distinguen de otros organismos similares. Con ello pretendo resaltar las particularidades y fortalezas de la Comisión, así como también sus debilidades. Véase Carozza, Paolo, “Advocacy Before Regional Human Rights Bodies: A Cross-Regional Agenda”, en *American University Law Review*, vol. 59, pp. 163 y 215 (en lo sucesivo Advocacy).

²⁰¹ Mower Jr., A. Glenn, “Regional Human Rights: A Comparative Study of the West European and Inter-American Systems”, p. 164, 1991 (la traducción es nuestra).

²⁰² Véase, García Ramírez, Sergio en Advocacy, *supra*, nota 200, p. 210, sosteniendo que no es necesario imponer las normas y reglamentos de un sistema

ceptuales de mi propuesta deviene del hecho de que el análisis respecto de los objetivos de los sistemas de derechos humanos en general, y del Sistema Interamericano en particular, ha sido insuficiente.²⁰³ Una de las dificultades resulta del hecho de que no hay un consenso entre los diferentes actores sobre cuáles son estos objetivos²⁰⁴ y no se han realizado suficientes esfuerzos por identificarlos. De hecho, al igual que cualquier otro organismo jurisdiccional internacional, la Comisión tiene diversos objetivos, los cuales reflejan las expectativas de los diferentes participantes internos y externos.²⁰⁵ En este trabajo hago hincapié en que la Comisión fue establecida con el mandato de promover y proteger los derechos humanos.²⁰⁶ Por ende, solo será eficaz si su sistema de casos refleja y busca lograr este importante objetivo. Pero, siendo un organismo con funciones cuasijurisdiccionales, promocionales, diplomáticas y políticas, la CIDH tiene objetivos específicos que, en determinados momentos, podrían contradecirse entre sí. La forma en que se diseña y administra el sistema de casos se informa, restringe y limita por todos estos múltiples

de derechos humanos sobre los otros, ya que cada uno de ellos funciona en condiciones y circunstancias que a menudo son profundamente distintas. Los logros de cada sistema se dan en las circunstancias de cada uno de ellos.

²⁰³ Davis y Werner identificaron cuatro objetivos para los tribunales internacionales que conocen de casos de derechos humanos en democracias posconflictuales, incluyendo la Corte Interamericana. Primero, deben operar para disuadir violaciones futuras con sentencias que permitan a las personas exigir rendición de cuentas. Segundo, deben facilitar la condena legal y moral de las violaciones a los derechos humanos. Tercero, su jurisprudencia debe trascender a las partes del caso para efectos de expresar el valor normativo de la justicia y equidad bajo la ley de amplias clases de víctimas. Cuarto, deben establecer conocimiento de eventos pasados suscitados bajo el color de la ley y crear un registro histórico. Warner, Edward y Davis, Jeffery, "Reaching Beyond the State: Judicial Independence, the Inter-American Court of Human Rights and Accountability in Guatemala", en *Journal Of Human Rights*, vol. 6, núm. 2, 2007, pp. 233-255.

²⁰⁴ Véase Méndez, Juan y Cox, Francisco, "Prólogo", en Méndez y otros, "El futuro", *supra*, nota 14, p. 9, afirmando que el Sistema está sufriendo una crisis de identidad causada por los fundamentales desacuerdos que existen entre los principales actores respecto a la dirección legal y política actual del propio Sistema.

²⁰⁵ Shany, *supra*, nota 20, p. 233.

²⁰⁶ Convención Americana, *supra*, nota 6, art. 41.

objetivos. La CIDH solamente será eficaz si su sistema de casos facilita la consecución de una gran parte de sus objetivos la mayoría del tiempo.

8.2 Las limitaciones del cumplimiento de las decisiones como único criterio de eficacia

En su concepción más simple, una adjudicación efectiva podría definirse en términos de la capacidad del órgano jurisdiccional o cuasijurisdiccional como la CIDH, para obligar o persuadir el cumplimiento de sus decisiones.²⁰⁷ Para ser eficaz en su función jurisdiccional, las cortes supranacionales y los órganos cuasijurisdiccionales deben asegurar la obediencia de sus decisiones convenciendo a los gobiernos nacionales a adecuar su comportamiento conforme a sus sentencias y recomendaciones.²⁰⁸ Por ende, tanto el problema del congestionamiento como el de las demoras, así como las posibles soluciones a ellos, deben considerarse en función de su impacto en la capacidad de la Comisión para lograr la observancia de sus decisiones en los casos individuales. De hecho, el único estudio cuantitativo sobre la eficacia de las decisiones de la Comisión y la Corte, explícitamente se refiere a la duración del procedimiento como uno de los factores a tomar en cuenta.²⁰⁹ Pero, dado que el Sistema Interamericano en general y el sistema de casos en particular, persiguen múltiples objetivos,²¹⁰ el nivel de observancia dado a las recomendaciones

²⁰⁷ Slaughter y Helfer, *supra*, nota 199, p. 110.

²⁰⁸ *Idem*.

²⁰⁹ Basch, *supra*, nota 94, p. 26.

²¹⁰ Véase también, Shaver, Lea Bishop, "The Inter-American Human Rights System: An Effective Institution for Regional Rights Protection?", en *Wash. U. Global Stud. L. Rev.*, vol. 9, 2009, p. 665. La eficacia de un tribunal internacional puede juzgarse de acuerdo con diversos aspectos, de los cuales no todos son fácilmente medibles. En pocas palabras, la eficacia de un tribunal puede ser medida según el número de casos que resuelve, o si las órdenes que emite son de hecho obedecidas. Sin embargo, últimamente el impacto que buscan tener los tribunales de derechos humanos es mucho más amplio que lo establecido por solamente esos criterios.

o decisiones de la Comisión y la Corte, tal como será explicado seguidamente, es solo uno de los factores que hay que tomar en consideración al evaluar la eficacia del sistema.²¹¹

El trámite y la adjudicación de las peticiones individuales por la Comisión produce un efecto dominó sobre esta multiplicidad de objetivos que alcanza tanto a la esfera doméstica como la internacional. Esos efectos son cruciales para definir los objetivos del Sistema Interamericano, evaluar su eficacia y analizar y lidiar con su congestión y demoras. Sin embargo, no todos esos efectos, objetivos o metas²¹² están exclusiva o preponderantemente ligados con el nivel de observancia de las decisiones de la CIDH. “La tramitación de casos tiene efectos de gran valor. En primer lugar, permite hacer justicia en situaciones que no han podido ser resueltas en el ámbito interno. En segundo término, el sistema enriquece el acervo jurídico regional y nacional al elaborar interpretaciones de normas de derechos humanos, creando una visión hemisférica jurídicamente compartida sobre la base de tratados libremente ratificados [...] [e...] interpretaciones sólidas y bien fundamentadas sobre —diferentes— derechos [...]”.²¹³ Como podemos ver, ninguno de esos efectos está vinculado a los índices de observancia.

²¹¹ Huneus, *supra*, nota 1, p. 505, afirmando que la implementación de las decisiones no es el único o el más importante resultado potencial de una sentencia. De hecho, la conformidad con sus decisiones es distinta, aunque se relaciona con cuestiones de eficacia. En otras palabras, los regímenes internacionales podrían mostrar altos índices de cumplimiento al mismo tiempo que contienen estándares bajos e ineficaces. Engstrom, Par, “Effectiveness of International and Regional Human Rights Regimes”, en Dene-mark, Robert A. (ed.), *The International Studies Encyclopedia*, 2010 (en lo sucesivo, Engstrom).

²¹² Entiendo que objetivos, metas y efectos no son necesariamente lo mismo. En este artículo utilizo estos conceptos de manera indistinta con el propósito de mostrar que la conformidad con las decisiones de la Comisión es un criterio muy limitado para analizar su eficacia y demostrar que el procedimiento es tan importante como su resultado.

²¹³ Decano Claudio Grossman, expresidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la presentación del “Informe Anual 2000 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la OEA”, Washington, D.C., 26 abr 2001.

La Comisión —y la Corte— no solo busca reparar a las víctimas en los casos individuales, lo cual requiere de la observancia estricta y plena de sus decisiones. Si así fuere, se podría concluir que el sistema y la CIDH no son plenamente eficaces. Pero como hemos dicho, el sistema y la CIDH procuran establecer un conjunto de principios y normas, con miras a influir en los procesos democráticos internos y fortalecer los mecanismos nacionales de protección.²¹⁴ Sin embargo, la influencia de la Comisión —y de la Corte— tampoco se limita al impacto de su jurisprudencia en los tribunales locales. La Comisión —y la Corte— busca tramitar y resolver los casos individuales para persuadir a los Estados a que formulen políticas que corrijan la situación que dio lugar a cada caso, y atender los problemas estructurales que dan lugar al conflicto analizado en el caso.²¹⁵ Por ello, la mayoría de los involucrados con el Sistema Interamericano concuerdan en que su objetivo fundamental debe ser el aumentar su impacto local.²¹⁶ Por lo general, los organismos supranacionales tendrán un mayor impacto cuando sus procedimientos y sentencias sean relevantes para los actores locales que buscan promover derechos humanos específicos en estos países.²¹⁷ Pero incluso en este amplio sentido, no puede negarse la importancia de la observancia de las resoluciones de la Comisión —y de la Corte— por parte de los Estados.²¹⁸

9. LOS OBJETIVOS ESPECÍFICOS DEL SISTEMA DE CASOS DE LA CIDH

En este sentido, tanto para evaluar la eficacia de la Comisión como la forma en que maneja el procedimiento de peticiones individuales, se requiere identificar los objetivos que el Sistema Interamericano pretende alcanzar al ofrecer un mecanismo de pe-

²¹⁴ Abramovich, Víctor, “From Massive Violations to Structural Patterns: New Approaches and Classic Tensions in the Inter-American Human Rights System”, en *Sur, International Human Rights Law Journal*, vol. 6, núm. 11, dic 2009, p. 10 (en lo sucesivo, Abramovich).

²¹⁵ *Ibidem*, p. 12.

²¹⁶ Cavallaro y Brewer, *supra*, nota 162, para el mismo argumento respecto de la Corte.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 770.

²¹⁸ Huneus, *supra*, nota 1, p. 505.

ticiones individuales.²¹⁹ De manera resumida, consideramos que los objetivos específicos del procedimiento de la Comisión son:

i. proteger a las personas;²²⁰

²¹⁹ Shany, *supra*, nota 20, p. 231. Steiner sostiene, por ejemplo, que el Comité de Derechos Humanos podría servir tres objetivos que se asocian con los organismos jurisdiccionales en general: a) hacer justicia en el caso individual; b) proteger derechos mediante la disuasión y la modificación de comportamientos, y c) “elucidar, interpretar y explicar el Pacto a fin de involucrar al Comité en un continuo y fructífero diálogo con los Estados, instituciones no-gubernamentales e intergubernamentales, activistas, académicos y estudiantes”, Steiner, *supra*, nota 200, p. 31 (la traducción es nuestra). Shany ha identificado cuatro objetivos genéricos que todos, o casi todos, los tribunales internacionales pretenden alcanzar: 1. promover el cumplimiento de las normas internacionales vigentes; 2. resolver disputas internacionales y problemas específicos; 3. contribuir a la operación de regímenes institucionales y normativos, y 4. legitimar a las normas e instituciones asociadas. Shany, *supra*, nota 20, pp. 244-246. En Europa, el debate sobre cómo lidiar con la crisis generada por el congestionamiento de la Corte Europea se ha centrado en si la Corte debe proveer justicia “individual” o “constitucional”. Los partidarios de la primera postura alegan que el derecho de petición individual es la pieza central de sistema europeo, exigiéndole que la Corte Europea conozca cada caso y ofrezca remedio para todos y cada uno de los individuos cuyos derechos humanos hayan sido violados. Los postulantes de la posición constitucional sostienen que, de manera similar a la posición de Steiner respecto del Comité de Derechos Humanos, la Corte Europea debe concentrarse en proporcionar decisiones razonadas y autoritativas en aquellos casos que plantean temas importantes o nuevos y complejos sobre los derechos humanos, sean de especial importancia para los Estados relacionados o versen sobre acusaciones de violaciones graves a los derechos humanos y ameriten el desarrollo pleno de un proceso de adjudicación razonado. Helfer, *supra*, nota 13, p. 127.

²²⁰ En su preámbulo, la Declaración Americana establece que “la protección internacional de los derechos debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución”, Declaración, *supra*, nota 21. Asimismo, la Convención creó a la Comisión y a la Corte como “medios de la protección”. Convención Americana, *supra*, nota 6, Parte II. Por tanto, la Corte y la Comisión tienen la obligación de preservar todos aquellos recursos que la Convención ofrece a las víctimas de violaciones de los derechos humanos para que se les otorgue la protección a la que tienen derecho en virtud de la Convención. En el asunto de *Viviana Gallardo et al.*, resolución del presidente, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A, núm. G 101/81, párr. 15, 15 jul 1981. Esta podría ser la meta “oficial” del Sistema tal y como se postula en el documento oficial que podría distinguirse de las metas operativas del sistema. Shany, *supra*, nota 20, p. 231. Véase también Basch, *supra*, nota 94, p. 27, afirmando que la variedad de remedios

ii. crear conciencia,²²¹ actuar como un sistema de alerta temprana;²²²

que adoptan la CIDH y la Corte Interamericana parece confirmar la idea generalizada de que los objetivos buscados por el Sistema Interamericano son ofrecer reparaciones para las personas o grupos afectados y proteger a las víctimas y a los testigos. La Coalición Internacional de Organizaciones por los Derechos Humanos de las Américas ha sostenido que “el objetivo primordial del SIDH no es realizar un ideal de justicia abstracto, sino garantizar la protección de la dignidad humana sin distinción y brindar justicia a las víctimas concretas de violaciones a sus derechos humanos”. OEA, OEA/ Ser.G CP/INF.6386/12, 25 ene 2012, “Observaciones al Proceso de Reflexión sobre el Funcionamiento de la Comisión Interamericana para el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos”, p. 3 (en lo sucesivo Observaciones de la Coalición). Pero no todos están de acuerdo con esta posición. Por ejemplo, en el contexto africano se ha sostenido que si bien la Corte Africana de Derechos Humanos debe proteger a los individuos, “no debe ser vista como un foro para el ofrecimiento de justicia individual para las víctimas de violaciones de derechos humanos. Si bien dicho objetivo ciertamente es noble, el mismo es inasequible” (la traducción es nuestra). Mutua W., Makau, “The African Human Rights Court: A Two-Legged Stool?”, 1999, *Human Rights Quarterly*, vol. 21, 342-363, p. 361 (en lo sucesivo, Mutua).

²²¹ La Convención expresamente dispone que una de las funciones principales de la CIDH es “estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América”. Convención Americana, *supra*, nota 6, art. 41.1. Véase Farer, Tom J., “The Future of the Inter-American Commission of Human Rights: Promotion versus Exposure”, en Méndez y otros, “El futuro”, *supra*, nota 14, p. 524. En el sistema de casos, este objetivo podría implicar prestar mayor atención a los casos que sugieran problemas estructurales o aquellos que dan visibilidad a temas o grupos tradicionalmente marginalizados

²²² Véase por ejemplo Canton, Santiago, “Amnesty Laws”, en “Victims Unsilenced: The Inter-American Human Rights System and Transitional Justice in Latin America”, en *Due Process of Law Foundation*, 2007, p. 178, sosteniendo que “el mandato de la CIDH de recibir peticiones de violaciones de derechos humanos le ha permitido comprender a detalle las situaciones que ocasionan abusos a los derechos humanos de gran escala. Así, tiene la capacidad de tomar oportunamente las medidas necesarias para alertar a la comunidad internacional acerca de estas situaciones. Comúnmente conocida como «alerta temprana» esta función quizás sea la más importante de la CIDH, ya que ofrece una oportunidad de intervención oportuna para la comunidad internacional para evitar que estas violaciones masivas de derechos humanos persistan” (la traducción es nuestra), y Grossman, Claudio, “Strengthening the Inter-American Human Rights System: The Current Debate”, en *Proceedings of the Annual Meeting*, American Society of International Law, vol. 92, The Challenge of Non-State Actors, 1-4 abr

- iii. desarrollar criterios de derechos humanos;²²³
- iv. ofrecer un foro democrático donde se discutan temas de derechos humanos;²²⁴ y
- v. legitimar actores.²²⁵

1998, p. 188, indicando que “el enfoque del sistema de casos puede ser particularmente eficaz, ya que realiza una función preventiva y sirve también una función de alerta temprana: tan solo una violación podría ser el primer indicio del inicio de un proceso, que de permitirse proceder podría dar lugar a un retorno a estructuras autoritarias” (la traducción es nuestra). Para un argumento similar en el caso de Europa, véase Helfer, *supra*, nota 13, p. 129, en donde alega que los gobiernos nacionales establecieron la Convención como sistema de alerta temprana en caso de que las incipientes democracias de Europa dieran indicios de reincidir hacia el totalitarismo.

²²³ Véase, por ejemplo Abramovich, Víctor, “The Rights-Based Approach in Development Policies and Strategies”, en *CEPAL Review*, núm. 88, abril 2006, alegando que las decisiones de la Comisión y la Corte en un caso en particular tienen un valor heurístico, ya que pueden ser vistas como interpretación de los tratados por los cuales debe regirse el conflicto, lo cual trasciende el caso particular de las víctimas inmediatas. La jurisprudencia interamericana sirve de guía para las subsecuentes decisiones nacionales emitidas por los tribunales domésticos (la traducción es nuestra). En el contexto africano, véase Mutua, argumentando a favor de que la Corte Africana conozca solo de aquellos casos que puedan potencialmente exponer el contenido de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos y emitir normas que orienten a los Estados africanos en el desarrollo de una cultura legal y política que respete los derechos humanos. Mutua, *supra*, nota 22, p. 362. Steiner, *supra*, nota 200, p. 246, respecto del Comité de Derechos Humanos.

²²⁴ Gómez, Verónica, “The Interaction between the Political Actors of the OAS, the Commission and the Court”, en Harris y Livingstone, *supra*, nota 136. A menudo, el Sistema Interamericano representa el único espacio en el cual pueden debatir sin correr peligro las organizaciones de la sociedad civil y los gobiernos sobre los derechos humanos en donde los gobiernos se ven obligados a escuchar y discutir sus políticas de derechos humanos. La tramitación de peticiones individuales ofrece un espacio en el cual ocurre una discusión bilateral entre el peticionario y el Estado en donde la CIDH funge como mediadora en la discusión entre las partes. Eventualmente, esta discusión proveerá a la CIDH con la información necesaria para emitir una decisión, en caso de ser necesario, o permitir que el caso se resuelva mediante una solución amistosa. Por ende, la Comisión es una plataforma sobre la cual se desarrolla la lucha por los derechos humanos entre los activistas y los Estados. Engstrom, *supra*, nota 211.

²²⁵ Tal como Cohen ha expresado en diversas ocasiones: “los Estados argumentan que «las víctimas están mintiendo y no se les debe creer porque

10. LA TRAMITACIÓN DE PETICIONES COMO VALOR EN SÍ MISMO

El trámite de los casos por la Comisión —y por la Corte— se ha convertido gradualmente en un espacio privilegiado de activismo de la sociedad civil, que apela a la repercusión internacional para solucionar aquellos casos y situaciones denunciadas. Pero las organizaciones no solo usan a la CIDH y al sistema de casos para lograr que sus decisiones finales sean cumplidas. Tampoco para simplemente denunciar violaciones y traer a luz ciertas prácticas controversiales de los Estados, sino también para alcanzar cierto grado de legitimidad que les permita dialogar con los gobiernos desde una posición distinta, invertir la relación de poder y alterar la dinámica de los procesos políticos internos.²²⁶ De esta manera, la tramitación de los casos por la Comisión —y no necesariamente la decisión final— debe verse como un espacio que podría, y de hecho logra obligar, facilitar y expandir la participación social y/o legitimar a actores sociales y abrir estos espacios de diálogo.²²⁷

Desde esta perspectiva, y dado que hay mayores posibilidades de respeto al derecho internacional si se asegura la repetida interacción con otros actores en el proceso legal transnacional, un

tienen un interés político en desacreditar al gobierno. Los testigos son poco fiables o seleccionados por la oposición política. Los periodistas y las organizaciones de derechos humanos son selectivos, parciales, trabajan con intenciones ocultas desde un programa político oculto o son ingenuos, crédulos y fácilmente manipulados. Si puede sospecharse de la fuente de las pruebas en cualquiera de una de estas formas, obviamente las violaciones no se llevaron a cabo o están siendo exageradas».Cohen, Stanley, “Government Responses to Human Rights Reports: Claims, Denials, and Counterclaims”, en *Human Rights Quarterly*, vol. 18, 1996, p. 524. Al analizarse cada queja con el mismo grado de respeto por los peticionarios y otorgarle el mismo peso a sus argumentos, el procedimiento en sí le da legitimidad a los actores. Si además, la Comisión falla en su favor, su legitimidad y credibilidad aumenta enormemente.

²²⁶ Véase, Engstrom, Par y Hurrell, Andrew, “Why the Human Rights Regime in the Americas Matters”, en Serrano, Mónica y Popovski, Vesslin (eds.), *Human Rights Regimes in the Americas*, 2010, p. 37 (en lo sucesivo, Engstrom, “Régimen”).

²²⁷ Abramovich, *supra*, nota 221, p. 214.

primer paso es facilitar la participación de más actores y una continua interacción.²²⁸ En este sentido, los procedimientos legales transnacionales, tales como el sistema de casos de la Comisión, provocan interacciones para buscar una interpretación jurídica que tenga por resultado la internalización de normas globales en el derecho interno.²²⁹ Las interacciones entre expertos, representantes gubernamentales y organizaciones también fortalecen la posición de las víctimas.²³⁰

En este sentido, la tramitación de los casos por la Comisión contribuye a lo que Helfer ha denominado un arraigo difuso²³¹ y satisface parte de las funciones de socialización que las instituciones internacionales pueden ejercer sobre el comportamiento de los actores nacionales, tal como Jinks y Goodman han sostenido.²³² Ambas teorías demuestran que la forma en que los mecanismos internacionales, incluido el sistema de casos de la Comisión, influyen en el comportamiento de los actores nacionales, no descansa en su poder coercitivo sino en el “hábil uso de la persuasión para realinear los intereses e incentivos de los agentes estatales a favor de la observancia de las sentencias de los tribunales”.²³³ También muestran cómo esas instituciones modifican el entendimiento que tienen los actores estatales y de la sociedad civil sobre los problemas.²³⁴ La interacción con el sistema puede afectar el poder relativo de los sectores del gobierno que tratan con las cuestiones de derechos humanos. Al operar

²²⁸ Hongju Koh, Harold, “Why Do Nations Obey International Law?”, en *Yale L.J.*, vol. 106, 1996-1997, p. 2659 (la traducción es nuestra).

²²⁹ Hongju Koh, Harold, “Jefferson Memorial Lecture Transnational Legal Process After September 11th”, en *Berkeley J. Int’l L.*, vol. 22, 2004, pp. 348-349.

²³⁰ Contesse, Jorge, “Constitucionalismo interamericano: algunas notas sobre las dinámicas de creación e internalización de los derechos humanos”, en Rodríguez Garavito, César (ed.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, 2012, p. 267.

²³¹ Helfer, *supra*, nota 13, p. 135 (la traducción es nuestra).

²³² Goodman, Ryan y Jinks, Derek, “How to Influence States: Socialization and International Human Rights”, en *Duke LJ*, vol. 54, 2004, pp. 621, 635-638 (en lo sucesivo, Goodman y Jinks).

²³³ Helfer, *supra*, nota 13, p. 135 (la traducción es nuestra).

²³⁴ Goodman y Jinks, *supra*, nota 232, p. 638.

dentro del sistema, tienen que justificar las políticas oficiales en términos del discurso de este, es decir, el de los derechos humanos, y tienen que interactuar con otros actores —particularmente con grupos de derechos humanos locales—, fomentándose así el proceso de socialización.²³⁵ Adicionalmente, la autoridad de las decisiones y de la jurisprudencia del Sistema Interamericano, y particularmente de la Comisión, depende en parte de su legitimidad social y de la existencia de una comunidad de actores comprometidos que den seguimiento y difundan sus decisiones y normas. Por ello, al tramitar los casos, la Comisión debe estar consciente y facilitar su interacción con los procesos políticos de los países y apoyar y expandir la comunidad de actores sociales, políticos y académicos que se consideren protagonistas en la evolución del Sistema Interamericano y participar activamente en la implementación nacional de sus decisiones y principios.²³⁶ El procedimiento en sí, más que su resultado, es un componente esencial del funcionamiento y eficacia de la Comisión. El mero hecho de iniciar un caso puede significar la promoción de importantes objetivos a corto plazo, tales como traer a luz un problema, tema o violación subyacente, identificando y estigmatizando tanto las violaciones como la responsabilidad del Estado, atrayendo la atención de la comunidad internacional y validando el sufrimiento de las víctimas.²³⁷ Para aquellos propósitos, como servir de alerta temprana, la apertura de un caso, la celebración de una audiencia o la emisión de un comunicado de prensa pueden ayudar a crear conciencia sobre el tema, la víctima o violación en particular, inclusive aún más que la adjudicación definitiva del caso.

Para promover el diálogo y la defensa de los derechos humanos, es tan importante la mera tramitación de los casos como su resultado. Por ende, en ciertas circunstancias el resolver rápidamente un caso puede perjudicar dicha función. Por ejemplo, si los responsables de las violaciones denunciadas siguen en el poder, difícilmente podrá contarse con la cooperación y buena voluntad del Estado para discutir temas de derechos humanos en

²³⁵ Engstrom, “Régimen”, *supra*, nota 226, p. 39.

²³⁶ Abramovich, *supra*, nota 214, pp. 23-24.

²³⁷ Whiting, *supra*, nota 16, p. 328.

tanto los perpetradores no sean alejados del poder. Así, un procedimiento extenso podría aumentar la condena internacional, presionar a los funcionarios involucrados a abandonar su cargo y facilitar la futura cooperación de los nuevos gobiernos.

Por el otro lado, un procedimiento lento, selectivo y frustrante también afecta la credibilidad y la legitimidad de la Comisión. Es decir, circunstancias como años de inactividad, redundancia e incertidumbre aumentan la frustración y la distancia de los Estados y las ONG por igual. Si bien en ciertas circunstancias un procedimiento flexible y lento puede facilitarle a la Comisión el promover algunos de sus objetivos, hay un punto en el que un ritmo letárgico de adjudicación afecta la eficacia global de la CIDH. Las demoras reducen el valor disuasivo de la tramitación de casos, socavan la calidad de las pruebas, permiten a los responsables seguir viviendo en la impunidad, desalientan y marginan a las víctimas y conducen a la pérdida de interés de la comunidad internacional.²³⁸

11. LOS OBJETIVOS DEL SISTEMA DE CASOS COMO LÍMITE A LAS POSIBLES RESPUESTAS AL REZAGO Y RETARDO PROCESAL

Así concebida, la Comisión debe procurar que sus procedimientos aumenten la relevancia de sus casos para los movimientos nacionales —y en algunos casos, internacionales— que buscan eliminar las causas estructurales de las violaciones de derechos humanos. También debe diseñar un sistema que facilite el acceso, la legitimación y el diálogo.

²³⁸ *Ibidem*, p. 326. 2. De hecho, uno podría preguntarse cómo es que el procedimiento de peticiones individuales, que tarda aproximadamente ocho años, afecta a quienes usan el sistema. Parecería que los únicos actores que estarían interesados en hacer uso de este sistema serían miembros de la sociedad civil bien establecidos con estrategias a largo plazo. Los individuos y las ONG con visiones a más corto plazo evitarán el Sistema Interamericano o buscarán medidas cautelares o delegarán todo el proceso de litigio a otras ONG más establecidas. Así, las demoras favorecen a aquellos actores que interactúan con frecuencia con la Comisión y el tipo de estrategias que estos ejercen. Agradezco a Alex Huneus por esta observación.

Al igual que cualquier otra organización, la Comisión puede ser eficaz para cumplir con todos o la mayoría de sus objetivos y, a pesar de ello, ser ineficiente al generar costos y externalidades negativas desproporcionadas. De la misma manera, la Comisión puede ser eficiente al actuar de forma expedita, pero ineficaz si no cumple con todos o la mayoría de sus objetivos.²³⁹ Por ende, las demoras y el congestionamiento y la solución a estas de la Comisión, deben ser analizadas a la luz de sus distintos objetivos. El diseño y la gestión de un procedimiento jurisdiccional ágil deben apearse a los objetivos de la Comisión, y las soluciones propuestas deben buscar mejorar la capacidad de la Comisión para alcanzar esos objetivos. En resumidas cuentas, cualquier debate sobre la reestructuración del procedimiento debe tomar en cuenta el impacto que las diferentes medidas puedan tener sobre esos objetivos.

En ese sentido, diversos autores han criticado algunas de las medidas adoptadas por la Corte —como la reducción del número de testigos que comparecen de manera personal en las audiencias o la disminución de días de audiencias públicas para cada caso—. Si bien esas medidas redujeron la duración del procedimiento de la Corte, ello se logró a costa de reducir el impacto del procedimiento de la Corte como espacio para la promoción pública de los derechos humanos.²⁴⁰ Esta crítica muestra la conexión entre proceso, resultado e implementación. Paralelamente, la CIDH debe tener cuidado al diseñar y administrar un procedimiento que los actores involucrados perciban como legítimo. Si la Comisión actúa y tramita sus casos de manera que sea percibida como ilegítima, las probabilidades de que los Estados actúen conforme a sus recomendaciones serán menores.²⁴¹ Desde este punto de vista, es importante establecer cuándo es que la tramitación de estas peticiones y casos requiere celeridad, cierto grado de demora o un balance entre estas dos, tanto para facilitar el

²³⁹ Shany, *supra*, nota 20, p. 237.

²⁴⁰ Cavallaro y Brewer, *supra*, nota 162, pp. 781 y 799. Véase, sobre la Corte Europea, Helfer, describiendo cómo una herramienta procesal como las sentencias piloto cumplen con el propósito de aumentar el diálogo entre la Corte Europea y los Parlamentos Nacionales, Helfer, *supra*, nota 13, p. 136.

²⁴¹ Engstrom, *supra*, nota 211.

diálogo, interacción y el debate público, como la percepción de legitimidad.²⁴²

La multiplicidad de objetivos y propósitos de la Comisión en lo general, y de la tramitación de peticiones individuales en lo particular, puede dar lugar a posiciones muy diversas y a menudo directamente contradictorias respecto a si se debe, y cómo, agilizar el mecanismo de peticiones individuales.²⁴³ En el contexto de los tribunales penales internacionales, se ha postulado que “el tiempo y la demora pueden ser esenciales para una acusación exitosa” y que la “celeridad en las acusaciones de crímenes de guerra no es siempre posible, o incluso deseable”.²⁴⁴ Si las sociedades que apenas superan guerras civiles no están listas para buscar justicia en la secuela inmediata de los acontecimientos traumáticos, el paso del tiempo puede ofrecer mayores posibilidades para la detención o el enjuiciamiento de las personas acusadas de cometer crímenes internacionales.²⁴⁵

En el mismo sentido, para garantizar reparación a las víctimas se requiere de cooperación, participación y compromiso del Estado. Para fomentar esta participación del Estado, la Comisión puede necesitar ofrecer más tiempo y oportunidades para que el Estado responda a un caso particular en vez de emitir una decisión sin que el Estado se involucre. En este sentido, un procedimiento flexible y un manejo flexible de él, da al Estado la oportunidad de rectificar las situaciones que dieron origen a la petición. Como dijimos y ejemplificamos con el caso *Villatina*, un procedimiento flexible que permita la discusión fluida entre las partes aumenta la probabilidad de que la decisión final sea cumplida.²⁴⁶

Similarmente, dado que una de las metas del sistema de peticiones es promover el diálogo entre los peticionarios y el Estado,

²⁴² De manera similar, en el contexto de la justicia penal internacional, véase Whiting, *supra*, nota 16, p. 326.

²⁴³ De manera similar, en el contexto de la justicia penal internacional, véase Galbraith, *supra*, nota 17, p. 82.

²⁴⁴ Whiting, *supra*, nota 16, p. 326 (la traducción es nuestra).

²⁴⁵ *Idem*.

²⁴⁶ Cosgrove, Michael, “Protecting the Protectors: Preventing the Decline of the Inter-American System for the Protection of Human Rights”, en *Case W. Res. J. Int’l L.*, vol. 32, 2000, pp. 39, 48-49 (citas internas omitidas).

la Comisión ha adoptado una postura laxa respecto de sus plazos en aras de ofrecer a los Estados el tiempo suficiente para responder a las peticiones. Al servir como un espacio para el diálogo, el mecanismo de peticiones individuales a veces entra en conflicto con el propósito de tramitar de manera ágil las peticiones, dado que los tiempos que se requieren para una discusión sobre políticas públicas y aquellos que se requieren para el trámite de un caso no son necesariamente los mismos. A veces es necesario emitir informes repetitivos, celebrar varias audiencias o llevar a cabo múltiples reuniones de trabajo, a pesar de que con ello se demore la decisión final. Claro, si los diálogos se llevan a cabo durante años, o incluso décadas después de que tuvo lugar la supuesta violación de derechos humanos, en muchos casos pueden resultar completamente irrelevantes. Durante esos años o décadas, las víctimas, los testigos y/o los responsables pueden haber fallecido, el daño puede haberse exacerbado, los gobiernos y regímenes pueden haber cambiado, las pruebas desaparecido y el impulso y la movilización social en torno al tema en cuestión pueden haberse diluido. Esas mismas críticas también podrían argumentarse respecto del objetivo del sistema de servir de alerta temprana. ¿Cómo puede alcanzarse este objetivo si la Comisión resuelve un caso diez o quince años después de que la violación se dio?²⁴⁷

El objetivo de proteger a las víctimas y legitimar a los actores en el procedimiento de peticiones individuales requiere permitir el acceso de tantas personas como sea posible, especialmente de aquellas marginadas y perseguidas. En este sentido, no es viable la transición hacia un sistema más automatizado, digitalizado y basado en la web, si con ello se pone en peligro el derecho a ac-

²⁴⁷ Véase, por ejemplo, CIDH, informe núm. 35/08, *caso 12.019*, Admisibilidad y Fondo, (Publicación), Antonio Ferreira Braga, Brasil, 18 jul 2008. En este caso, la Comisión atendió las acusaciones de tortura que sufrió el señor Ferreira Braga por la policía en 1993. La Comisión resolvió el caso quince años después de que sucedieron los actos de tortura. Seguramente, para esas fechas el gobernador del Estado no era el mismo, el jefe de la policía pudo haberse retirado y los agentes policiales implicados probablemente ascendieron de rango, el señor Ferreira no obtuvo ningún tipo de resarcimiento y, lo que es más preocupante, probablemente muchas otras personas sufrieron el mismo tipo de tortura.

ceder a la Comisión de aquellas personas que no tienen acceso a computadoras o a internet, como es el caso en muchas áreas de la región. De igual manera, las medidas tendentes a reducir el congestionamiento de la CIDH al incrementar los requisitos de admisibilidad, dificultar la interposición de peticiones o implementar algún tipo de filtro *a certiorari* atentarían contra los objetivos de la Comisión.

Para resumir, la Comisión tiene varios objetivos al promover y proteger los derechos humanos. A veces estos objetivos se contradicen unos a otros. La Comisión debe encontrar el equilibrio apropiado entre resolver las peticiones con relativa celeridad y asegurarse de que los Estados reparen a las víctimas oportunamente. De esta manera, a veces tendrá que sacrificar su meta de un procedimiento ágil en aras de alcanzar otras metas. La arquitectura de su sistema de casos necesita reflejar esas tensiones y ser lo suficientemente flexible para acomodarlas. Por último, el procedimiento es tan importante como su resultado, consistente en una decisión de la Comisión. En la siguiente sección, proponemos diversas recomendaciones para la Comisión, sin perder de vista dichas tensiones.

12. RECOMENDACIONES A LA COMISIÓN INTERAMERICANA

En función de lo hasta aquí analizado, hay varias recomendaciones que la CIDH podría adoptar. Los cambios que se proponen requieren únicamente de modificaciones a las prácticas o al reglamento de la Comisión. Por ende, todas las recomendaciones —con excepción de las relacionadas con su financiamiento— podrían ser implementadas por la misma Comisión. Deliberadamente hemos evitado proponer medidas que requieran reformar la Convención o el Estatuto, que implicarían el consentimiento y participación de los Estados miembros de la OEA. Sin embargo, en varias otras publicaciones hemos defendido medidas más radicales tendentes a reformar la Convención Americana de manera tal que se prescriba una tajante y clara división de las funciones de la Comisión y la Corte al tramitar las peticiones individuales.²⁴⁸

²⁴⁸ Yo propongo un cambio fundamental en el perfil de la CIDH al modificarse su participación en el sistema de peticiones individuales. La Comisión

En ese sentido, esta sección debe entenderse tan solo como un componente de la reforma multidimensional y a largo plazo que el Sistema Interamericano requiere.

Como ya hemos mencionado, el principal elemento que contribuye al retardo del proceso es la falta crónica de fondos y personal que padece la Comisión. La OEA debe asignar más recursos para ayudar a la Comisión a combatir las crecientes demoras y el congestionamiento. Desde nuestro punto de vista, al menos el 25% del presupuesto de la OEA debería asignarse a la Comisión y a la Corte.²⁴⁹ Mientras los Estados miembros no financien adecuadamente a la Comisión, seguirán siendo ellos en gran medida responsables del congestionamiento y las demoras actuales. El proporcionar fondos suficientes evita los conflictos de interés con los Estados miembros y observadores y, al mismo tiempo, es la solución más sostenible a largo plazo.²⁵⁰ La Comisión ha lanzado diversas campañas de recaudación de fondos con objetivos concretos relacionados con algunas de sus funciones específicas.²⁵¹ El enfoque de la Comisión para recaudar fondos debe seguir centrándose en los objetivos específicos, incluyendo la reducción del congestionamiento. Hay quienes han sostenido que si no logra obtener fondos adicionales, la Comisión está en riesgo de colapsar.²⁵²

solo debería de actuar como órgano de admisibilidad y de soluciones amistosas y la Corte como el tribunal que realiza las determinaciones fácticas y jurídicas y emite las decisiones sobre el fondo de los casos. Véase, por ejemplo, Dulitzky, *Fifty Years*, *supra*, nota 1; Dulitzky, Ariel, “La OEA y los derechos humanos: nuevos perfiles para el Sistema Interamericano”, en *Diálogo Político*, núm.4, pp. 69-108, Buenos Aires, Konrad-Adenauer-Stiftung A. C., 2008, y Dulitzky, Ariel, “Reflexiones sobre la judicialización interamericana y propuesta de nuevos perfiles para el amparo interamericano”, en Abad Yupanqui, Samuel Bernardo y Pérez Tremps, Pablo (eds.), *La reforma del proceso de amparo: la experiencia comparada*, Lima, Palestra, 2009, p. 327.

²⁴⁹ Véase las publicaciones de la nota previa.

²⁵⁰ Cavallaro y Brewer, *supra*, nota 162, p. 783.

²⁵¹ Presupuesto del Plan Estratégico, *supra*, nota 105.

²⁵² Pulido, María C., “Los desafíos presupuestarios y financieros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA”, *Aportes DPLF*, núm. 16, año 5, marzo de 2012, *Due Process of Law Foundation*, p. 61.

Si bien es cierto que aumentar el financiamiento y los recursos humanos de la Comisión le permitiría atender más casos y peticiones de manera oportuna, también lo es que esta no es la solución a todos los desafíos que enfrenta en cuanto a su rezago. La CIDH puede llevar a cabo varios cambios que no requieren de financiamiento adicional. Dichos cambios permitirían a la Comisión reasignar sus recursos de manera más eficiente y, de esta manera, aumentaría su eficacia general.

13. ESTRUCTURA DE LOS PROCEDIMIENTOS

13.1. Decisiones combinadas de la Comisión

La Comisión debe modificar su reglamento y combinar las decisiones de admisibilidad y fondo en una sola. Nuestros datos sugieren que la separación de las decisiones de admisibilidad y fondo no aportó más claridad a los requisitos de admisibilidad y, de hecho, entorpeció más de lo que agilizó el ritmo de adjudicación. La aplicación de esta recomendación, más que cualquier otra, reduciría notablemente el congestionamiento y las demoras.²⁵³ La experiencia de la Corte sugiere que este cambio será efectivo en la reducción del congestionamiento y la duración del procedimiento. Es posible que muchos de los Estados y otros actores se opongan a este cambio.²⁵⁴ De hecho, la OEA ha recomendado exactamente lo opuesto, exigiendo que la Comisión defina criterios objetivos según los cuales decide combinar las etapas de admisibilidad y fondo.²⁵⁵ Sin embargo, la credibilidad y la legitimidad de la Comisión se han construido —y aún descansan— en su determinación de crear un sistema que responda a las necesidades de las víctimas. Una de las exigencias principales de las víctimas es que sus peticiones queden cabalmente resueltas de manera oportuna.

²⁵³ “Maximizando...”, *cit.* en nota 19, p. 101.

²⁵⁴ Resultados de la OEA, *supra*, nota 191, p. 10, indicando que en la práctica, el diferir las determinaciones de admisibilidad hasta que se traten las cuestiones de fondo “afecta el debido proceso de manera sustancial” y “restringe el procedimiento de solución amistosa”.

²⁵⁵ Grupo de Trabajo de la OEA, *supra*, nota 7, p. 12, 3.d.

13.2. Tratamiento de temas estructurales

La Comisión debe considerar el uso de decisiones piloto similares a las de la Corte Europea de Derechos Humanos.²⁵⁶ Las decisiones piloto serían aplicables a aquellos casos que fuesen prácticamente iguales.²⁵⁷ Este método sería más eficaz si la Comisión implementa un procedimiento conforme al cual, una vez que se tome una decisión, sean identificados todos aquellos casos pendientes que versen sobre el mismo problema e inmediatamente se resuelven con una decisión *per curiam*. Para estos efectos, las modificaciones al reglamento consistirían en crear un procedimiento que entre en operación cuando la Comisión reciba un número significativo de peticiones derivadas de la misma causa. En esas situaciones, la Comisión podrá optar por seleccionar una o varias de ellas para darles un tratamiento prioritario. Al tratar

²⁵⁶ “Maximizando...”, cit. en nota 19, p. 103.

²⁵⁷ En Europa, una vez que se identifica el carácter sistemático de un caso, se suspenden todos los otros casos que tratan con los mismos temas. Véase The Lord Woolf, “Review of the Working Methods of the European Court of Human Rights”, #1545044, 49, dic 2005, p. 39 (en lo sucesivo Woolf), disponible en inglés en www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/40C335A9-F951-401F-9FC2-241CDB8A9D9A/0/LORDWOOLFREVIEWONWORKING-METHODS.pdf El hecho de que solo un caso sea litigado y que se emita una “sentencia piloto” sobre él, tiene por objetivo que el Estado en cuestión atienda el problema sistemático a nivel nacional para todos aquellos involucrados. Por ende, todos los casos subsecuentes caen bajo el ámbito de la “sentencia piloto”. *Idem*. El primer procedimiento de sentencia piloto de la Corte Europea sobre los denominados casos del Río Bug de Polonia, *Broniowski vs. Polonia (GC)*, 2004-V, Corte Europea de Derechos Humanos y *Broniowski vs. Polonia (solución amistosa) (GC)*, 2005-IX, Corte Europea de Derechos Humanos, obtuvo una conclusión exitosa, ya que se introdujo nueva legislación y se resolvieron casos pendientes. Véase, por ejemplo, *Kachel vs. Polonia*, núm. 50425/99, Corte Europea de Derechos Humanos, y 175 otros fallos del tipo Río Bug, 23 sep 2008, disponible en www.echr.coe.int Véase Council of Europe, Committee of Ministers, resolución Res[2004]3 del Comité de Ministros sobre las sentencias en donde revelan un problema sistémico subyacente (emitida por el Comité de Ministros el 12 de mayo de 2004, disponible en inglés en <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=743257&Lang=-fr> Las sentencias piloto han ahorrado enormes cantidades de tiempo y esfuerzo a la Corte Europea y han contribuido a hacer pública su determinación por encontrar soluciones comprensivas para problemas sistémicos de derechos humanos. Helfer, *supra*, nota 13, p. 148.

con la petición/caso, o peticiones/casos, seleccionado(s) procurará obtener una solución que vaya más allá de la petición/caso en particular, a fin de abarcar todos los casos similares.²⁵⁸ Si bien el artículo 29.1.d del reglamento permite acumular las peticiones que se encuentren en la misma etapa, no le permite dar el mismo trato a aquellas que se encuentren en distintas fases. Asimismo, no prevé un mecanismo claro que establezca las consecuencias de una decisión sobre aquellos casos y peticiones que versen sobre el “mismo patrón de conducta”.

Asimismo, la Comisión debe considerar la posibilidad de “aplazar o «congelar», por un periodo de tiempo determinado, el estudio de todos los otros casos relacionados”.²⁵⁹ Si la Comisión adopta este modelo, debe establecer ciertas condiciones. En primer lugar, debería limitar el “congelamiento” a un periodo determinado o darlo por terminado si el Estado es incapaz de dar indicios de buena fe de adopción de medidas estructurales que solucionen el problema.²⁶⁰ En segundo lugar, debe asegurarse de que los casos seleccionados sean de hecho y de derecho verdaderamente representativos del grupo y la problemática sistémica subyacente. En tercer lugar, debe obligar al Estado a cumplir con las recomendaciones contempladas en la decisión piloto sin demoras.²⁶¹ Cuarto, debe mantener constantemente informados a todos los peticionarios sobre el procedimiento en curso.²⁶² Quinto, la Comisión debe incluir en sus recomendaciones que las posibles soluciones amistosas garanticen resarcir a todas las víctimas de afectaciones similares y remedien las circunstancias sistémicas de derechos humanos que se han resuelto.²⁶³ La Comisión debe enfatizar el hecho de que puede reanudar el estudio

²⁵⁸ “Maximizando...”, *cit.* en nota 19, p. 104. Para una propuesta similar véase Ramos, *supra*, nota 15, p. 175.

²⁵⁹ Corte Europea de Derechos Humanos, “El Procedimiento de Sentencias Piloto”, nota informativa emitida por el Registro, 2009, párr. 5, www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/DF4E8456-77B3-4E67-8944-B908143A7E2C/0/Information_Note_on_the_PIP_for_Website.pdf (la traducción es nuestra).

²⁶⁰ *Idem.*

²⁶¹ *Idem.*

²⁶² *Idem.*

²⁶³ Véase, Helfer, *supra*, nota 13, p. 154.

de los casos “congelados” en cualquier momento si el Estado no cumple con las recomendaciones estructurales.²⁶⁴

Las decisiones piloto solo funcionan si los Estados obedecen los informes dictados en el caso piloto. Debido al bajo nivel de observancia que tienen las decisiones de la Comisión, la utilidad de las decisiones piloto debe ser cuidadosamente analizada. La Comisión debe incluir estas disposiciones pertinentes en su reglamento. El uso de decisiones piloto no debe ser obligatorio y, más bien, debe proveer la suficiente flexibilidad a la Comisión para decidir cuándo es pertinente aplicar este procedimiento. A fin de crear un incentivo para que el Estado resuelva el problema, el reglamento debe establecer un procedimiento sumario para aquellos casos “descongelados” y estipular una fuerte presunción respecto de la necesidad de someterlos ante la Corte de inmediato —asumiendo que el Estado haya aceptado la jurisdicción de la Corte—. ²⁶⁵

13.3. Sistema para la recepción de las peticiones

La Comisión debe reformar la forma en que recibe y registra las peticiones. Particularmente, debe tomar las medidas necesarias para aumentar el número de peticiones que se presentan

²⁶⁴ Véase *Idem*. Este parece ser el caso de docenas de peticiones relacionadas con el procedimiento de confirmación de jueces y fiscales hecha por el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) en Perú. La Comisión tuvo que reiterar “el llamado al Estado para que logre una solución integral al problema de la no ratificación por parte del Consejo Nacional de la Magistratura y solicitar que en el plazo de un mes contado a partir de la notificación del presente informe presente a la Comisión una propuesta de solución integral a la situación de todos los fiscales y magistrados no ratificados”. Véase informe 20/08, petición 494-04, Romeo Edgardo Vargas Romero, Perú. La ausencia de un mecanismo de decisiones piloto, la renuencia de la Comisión para proceder con la acumulación de todas las peticiones, la actitud reticente de algunos peticionarios y la falta de implementación de un remedio integral por parte de Perú forzó a la Comisión a tomarse el tiempo de emitir al menos seis informes prácticamente idénticos de solución amistosa. Véanse informes núms. 107/05, 50/06, 109/06, 20/07, 20/08 y 22/11.

²⁶⁵ “Maximizando...”, *cit.* en nota 19, p. 104.

en línea sin envíos duplicados y reducir el número de peticiones improcedentes. Asimismo, la Comisión debe publicar el reglamento dentro del sistema de peticiones en línea junto con una nota explicativa redactada en un lenguaje accesible, en la que se muestren ejemplos de peticiones claramente improcedentes.²⁶⁶ El formulario de peticiones en línea debería impedir la presentación de peticiones que no contengan todos los datos esenciales para su tramitación. Explicaciones explícitas, simples y de fácil comprensión podrían contribuir a la disminución del número de peticiones improcedentes.²⁶⁷

13.4. Uso continuo de las decisiones de archivo

La Comisión debe seguir utilizando a las decisiones de archivo como medida para eliminar las peticiones y casos inactivos de su cartera de asuntos.²⁶⁸ No obstante, las decisiones de archivo no deben adoptarse automáticamente como consecuencia de la inactividad procesal de una petición. De hecho, tal inactividad puede deberse a las demoras en que incurre la Comisión al tramitar la petición o por otras razones que nada tienen que ver con la inactividad del peticionario.²⁶⁹ La CIDH no puede perder de vista que en muchas ocasiones los casos inactivos no adquieren dicho carácter debido a la pasividad del peticionario, sino más bien a las demoras de la Comisión. Por ende, las demoras no deben operar automáticamente en contra de las víctimas o peticionarios.

²⁶⁶ Para un análisis similar respecto del sistema de órganos de tratados de la ONU, véase “Fortalecimiento del Sistema de Órganos de Tratados de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Reunión Dublín II”, Dublín, 10 y 11 de noviembre de 2011, documento final, párrs. 89: “Los órganos de tratados deberían incrementar la visibilidad de los procedimientos de comunicaciones individuales, incluyendo los requisitos de admisibilidad, para facilitar su uso efectivo por individuos” y 101: “la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos debería recuperar la práctica de celebrar coloquios judiciales y jurídicos que fomenten el conocimiento de los procedimientos de comunicaciones individuales y complementen la jurisprudencia de los órganos de tratados en instancias nacionales e internacionales”.

²⁶⁷ “Maximizando...”, *cit.* en nota 19, p. 100.

²⁶⁸ Véase Resultados de la OEA, *supra*, nota 191, p. 11.

²⁶⁹ Observaciones de la Coalición, *supra*, nota 220, p. 11.

Debido a que muchos de los peticionarios o víctimas cambian de ubicación por razones de seguridad personal o dificultades económicas, la CIDH debe proceder únicamente cuando se notificó debidamente al peticionario o cuando se tomaron todas las medidas razonables para localizarlo. Además, si la procedencia del archivo se supedita al ofrecimiento de información adicional, y dado que muchas de las víctimas y peticionarios forman parte de comunidades que tradicionalmente han sido excluidas de las protecciones legales, o no cuentan con los recursos para hacer el trabajo documental que la Comisión les requiere, deben establecerse plazos apropiados para dar respuesta a estas solicitudes.²⁷⁰

13.5. Mayor promoción de soluciones amistosas

La Comisión debe seguir haciendo de la solución amistosa una prioridad en su misión. La creación del Grupo de Soluciones Amistosas representa un importante primer paso. La Comisión debe aumentar sus esfuerzos para evaluar sus estadísticas sobre este tema. El Grupo de Soluciones Amistosas debe identificar aquellos casos en los que haya más probabilidades de llegar a un acuerdo y alentar a las partes a asistir a las sesiones de mediación y encontrar así una solución.²⁷¹

El reglamento permite a la Comisión ponerse a disposición de las partes en cualquier momento durante la tramitación de un caso.²⁷² El Grupo de Soluciones Amistosas debe aprovechar esta prerrogativa desde las primeras etapas del procedimiento, como por ejemplo después de la revisión inicial de la petición, cuando la Comisión solicita por primera vez sus observaciones al Estado.

Asimismo, la solución amistosa puede ser una herramienta para atender problemas estructurales y temas recurrentes. El Grupo de Soluciones Amistosas debe fomentar la solución amistosa para resolver grupos de casos similares. En el supuesto de que unos pocos peticionarios que promueven casos similares se

²⁷⁰ Observaciones del CEJIL, *supra*, nota 94, pp. 11-12.

²⁷¹ “Maximizando...”, *cit.* en nota 19, pp. 105-106.

²⁷² Reglamento de la Comisión, *supra*, nota 25, art. 40.1.

negaran a aceptar un acuerdo en el cual la gran mayoría de los peticionarios ha accedido, el publicar un informe, y no someter el caso a la Corte, podría ofrecer una solución para todos aquellos con quienes no se alcanzó una solución amistosa. Puede ser que la Comisión necesite establecer una regla que estipule que cuando haya reservas sobre un acuerdo grupal —es decir, que uno o más peticionarios no acepten el acuerdo, pero que un gran número de ellos sí lo haga— exista la presunción de que los casos controvertidos no serán sometidos ante la Corte. Al redactar dicha norma, la Comisión tiene que decidir cuál es la proporción de rechazos necesaria para que tal presunción entre en juego. Además, la regla solo implicaría una presunción en contra de que el caso será sometido a la Corte. De esa manera, si el peticionario tuviese una razón de peso para no aceptar el acuerdo, la Comisión aún estaría en posición de considerar estas razones, superar la presunción y remitir el caso a la Corte. La experiencia de los acuerdos en las acciones colectivas y las regulaciones sobre los objetores en el sistema judicial de Estados Unidos podría ofrecer orientación sobre estos temas.²⁷³ El reglamento también debe especificar las consecuencias de incumplir con un acuerdo de solución amistosa. Actualmente, parece que una vez que la Comisión adopta un informe conforme al artículo 49, aprobando un acuerdo de solución amistosa, no hay forma de continuar con el procedimiento si el Estado incumple con dicho acuerdo. Esta situación puede provocar que muchos peticionarios se nieguen a firmar los acuerdos, dada la posibilidad de que el Estado lo incumpla. Es indispensable que el reglamento contemple la reapertura del caso después de que haya transcurrido un tiempo prudente y el Estado no haya cumplido con aspectos sustanciales del acuerdo.²⁷⁴

A fin de fomentar las soluciones amistosas, la Comisión debe llevar a cabo más visitas de trabajo a los Estados y hacer hincapié en la solución amistosa en estas visitas. Los comisionados pueden celebrar reuniones de mediación durante las visitas de trabajo para resolver los problemas entre los peticionarios y el Estado.²⁷⁵

²⁷³ “Maximizando...”, *cit.* en nota 19, p. 113.

²⁷⁴ *Idem.*

²⁷⁵ *Idem.*

13.6 Profundización de las medidas de seguimiento

El artículo 48.1 del reglamento debe modificarse para que la adopción de medidas de seguimiento sea obligatoria y no discrecional.²⁷⁶ La Comisión debe llevar a cabo un seguimiento más meticuloso y activo de los casos, realizando evaluaciones detalladas sobre el estado de cada recomendación. A fin de facilitar la aplicación y asegurar un seguimiento adecuado, la Comisión debe evitar usar un lenguaje vago que se limite a indicar que los Estados deben “adoptar las medidas necesarias”.²⁷⁷ La Comisión debe especificar qué tipo de medidas son suficientes o necesarias.²⁷⁸ Además, la CIDH debe crear y hacer públicos criterios claros según los cuales se pueda evaluar si, y en qué medida, la recomendación se ha cumplido. En su informe sobre el estado del cumplimiento de sus decisiones, la Comisión debe proporcionar más información clara que explique qué es lo que constituye un cumplimiento total y parcial.²⁷⁹

Existe una evidente correlación entre la cabal observancia de las decisiones de la Comisión y la reducción del congestionamiento. Si los Estados siguen las recomendaciones de la Comisión en los casos individuales, habrá un impacto positivo en los casos similares, ya que ellos podrían resolverse con soluciones amistosas, informes más breves o incluso simplemente eliminarse de la cartera de asuntos de la Comisión, o quizás jamás serían presentados.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 107.

²⁷⁷ Véase, por ejemplo, informe 79/11, caso 10.916, *James Zapata Valencia y José Heriberto Ramírez Llanos*, 21 jul 2011, sosteniendo que Colombia debe “adoptar las medidas necesarias que tiendan a asegurar la debida investigación de los casos de ejecuciones perpetradas por agentes de seguridad del Estado”.

²⁷⁸ Resultados de la OEA, *supra*, nota 191, p. 13. Para un análisis similar respecto del sistema de órganos de tratados de la ONU, véase “Fortalecimiento...”, *cit.*, párr. 93: “Las soluciones deberían, en la medida de lo posible, estar formuladas para permitir evaluar su implementación. Los órganos de tratados deberían usar un lenguaje correctivo especializado y específico. Las soluciones propuestas deberían estar estructuradas sobre metas a corto y largo plazo, especificando medidas concretas que los Estados deben tomar”.

²⁷⁹ La misma recomendación ha sido propuesta respecto a las decisiones de la Corte. Basch, *supra*, nota 94, p. 32.

Las visitas de trabajo son particularmente apropiadas para llevar a cabo las medidas de seguimiento. Por ende, la Comisión debe realizar visitas a los países con objetivos concretos y un itinerario que incluya:

1. Reuniones con los peticionarios y el gobierno para discutir las medidas tomadas para prevenir o remediar los abusos, de conformidad con las decisiones de la Comisión y la Corte.
2. Reuniones con funcionarios del Estado que tengan facultades para la toma de decisiones y la responsabilidad de implementar las recomendaciones clave.
3. La emisión de una declaración pública, antes de la visita, indicando el estado de cada caso discutido con las partes y una declaración pública al final, dando a conocer los compromisos asumidos por los Estados para implementar las recomendaciones, si las hubiere.²⁸⁰

Durante cada visita, la Comisión debe llamar la atención de las autoridades no solo sobre aquellos casos en los que se han emitido decisiones de fondo, acuerdos de solución amistosa o sentencias de la Corte, sino también hacia aquellos otros casos pendientes similares para poder así atender los problemas estructurales.

14. GESTIÓN DEL PROCEDIMIENTO

14.1. Reducción de la duplicación

La Comisión ha tomado medidas para eliminar la duplicación de pasos en su procedimiento. Algunos de ellos son pequeños pero, en el transcurso de un día o una semana, pueden sumarse y representar una cantidad relevante. Cuanto menos tiempo se gaste en asuntos duplicados, la Comisión podrá pasar más tiempo en la tramitación efectiva de casos. Por ejemplo, no fue sino hasta recientemente que los Estados ya no son notificados por métodos duplicados. A partir de mediados de 2011, únicamente se notifica a los Estados por un medio y a los peticionarios se les notifica por

²⁸⁰ “Maximizando...”, *cit.* en nota 19, p. 108.

correo electrónico o medios alternos en caso de que no cuenten con una cuenta de correo electrónico.²⁸¹

14.2 Nuevo formato simplificado para los informes de admisibilidad

Si la Comisión decide no adoptar nuestra recomendación de combinar las etapas de admisibilidad y fondo, debe encontrar maneras más sencillas de emitir sus informes de admisibilidad.²⁸² El único tema que la Comisión debe atender en cada informe es aquel que el Estado haya controvertido de una manera explícita. Si el Estado no ataca ningún tema de admisibilidad, la Comisión debe postergar su tratamiento hasta la etapa de fondo.²⁸³

14.3 Toma de decisiones de admisibilidad y análisis preliminar de los informes de fondo por un Grupo de Trabajo

Si la Comisión no implementa la recomendación de combinar las decisiones de admisibilidad y fondo, o hasta que dicho cambio

²⁸¹ *Ibidem*, p. 100.

²⁸² Ramos, *supra*, nota 15, p. 173, donde propone que el enfoque sobre la admisibilidad debe ser más conciso, como aquel del Sistema de Derechos Humanos Europeo y operar como una lista de requisitos en vez de una larga descripción y análisis legal de los hechos (la traducción es nuestra).

²⁸³ La Corte Europea también prevé decisiones sumarias simplificadas sobre cuestiones establecidas de derecho. El nuevo art. 28[1] (b) de la Convención Europea faculta a los jueces para resolver, en un procedimiento sumario simplificado, no solo la admisibilidad, sino también el fondo de una solicitud si la cuestión subyacente “ya ha sido objeto de jurisprudencia reiterada de la Corte”. Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, revisada de conformidad con los Protocolos 11 y 14, 1 jun 2010, STCE 194, art. 28[1] (b). Esto se aplica, en particular, a casos donde la aplicación es solo una dentro de una serie que se deriva de los mismos defectos sistémicos a nivel nacional; en pocas palabras, un caso repetitivo. Egli, Patricia, “Protocol No. 14 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: Towards a More Effective Control Mechanism?”, en *J. Transnat'l L. Y Pol'y*, vol. 17, núm. 1, 2007, p. 13, se omiten las referencias internas (la traducción es nuestra).

no entre en vigor, las decisiones de admisibilidad deben tomarse por un Grupo de Trabajo —que requiera de cuatro miembros para establecer quórum— en vez del pleno de la Comisión. Si la Comisión delega la toma de decisiones de admisibilidad a un Grupo de Trabajo, los comisionados podrán emitir el mismo número de decisiones en un plazo más corto, dejando más tiempo disponible para que el pleno discuta las decisiones de fondo. Más aún, el Grupo de Trabajo puede reunirse en persona o virtualmente cuando la Comisión no esté sesionando, dejando aún más tiempo para la toma de decisiones de fondo durante las sesiones. La Comisión no debe usar este cambio simplemente para adoptar más decisiones de admisibilidad, ya que ello solo traspasaría el congestiónamiento a las etapas posteriores del procedimiento. Los otros tres comisionados deben formar otro Grupo de Trabajo que realice un análisis preliminar de los informes de fondo, a fin de acelerar su discusión en el pleno.²⁸⁴ Estos cambios reubicarían la atención de la Comisión durante las sesiones a las decisiones de fondo.²⁸⁵

14.4. Uso de decisiones *per curiam* por la Comisión

La Comisión ha utilizado las decisiones *per curiam* como una valiosa herramienta en casos como los de *Fierro*²⁸⁶ y *Thomas*.²⁸⁷ Recientemente, la Comisión hizo referencia explícita a “la práctica de adoptar decisiones *per curiam* y, en un solo párrafo, declaró inadmisibles dos peticiones a la luz de una petición previamente

²⁸⁴ “Maximizando...”, *cit.* en nota 19, p. 102.

²⁸⁵ Para un análisis similar véase la resolución de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre el Establecimiento de un Grupo de Trabajo para las Comunicaciones y Nombramiento de Miembros, en la cual se establece un Grupo de Trabajo que se reúne dos veces al año entre sesiones, y puede también reunirse antes de que sesione la Comisión Africana, disponible en inglés en www.achpr.org/sessions/50th/resolutions/194/

²⁸⁶ *César Fierro vs. Estados Unidos*, caso 11.331, CIDH, informe 99/03 OEA/Ser.L./V/II.118, doc. 5 rev. 2, 2003, párr. 37. La Comisión hizo referencia a una decisión previa y resolvió “adopta(r) para los efectos de este informe sus decisiones en (el caso previo) [...] y analizará las circunstancias del señor Fierro a la luz de esas conclusiones”.

²⁸⁷ *Douglas Christopher Thomas vs. Estados Unidos*, caso 12.240, CIDH, informe 100/03, OEA/Ser.L./V/II.118, doc. 5, rev. 2, 2003, párrs. 39-41.

te decidida.²⁸⁸ La Comisión debe continuar con la práctica de usar decisiones simplificadas *per curiam*.²⁸⁹ El reglamento debe reformarse para expresamente permitir que la Comisión emita decisiones *per curiam*, en aquellos casos que son sustancialmente similares a otros que hayan sido previamente decididos. Tales decisiones versarán sobre criterios emitidos en casos previos y podrían limitarse a constatar que las cuestiones fácticas y jurídicas son las mismas, para que así la petición o caso pueda ser decidido de la misma forma que el caso anterior. La Comisión debe definir los criterios concretos sobre los cuales pueden basarse las decisiones *per curiam* y asegurarse de que dichos criterios y procedimientos para identificar cuáles casos son considerados similares, sean totalmente transparentes.

14.5. Recepción de información y documentación

La Comisión debe modificar su reglamento para exigir a los peticionarios y a los Estados que presenten sus pruebas y documentos en las etapas iniciales del procedimiento.²⁹⁰ La Comisión debe imitar al reglamento de la Corte en cuanto a que este requiere que las partes presenten todas sus pruebas junto con sus actuaciones iniciales.²⁹¹ En este sentido, el artículo 57 del reglamento de la Corte contempla muy pocas excepciones a esta regla, pues, de acuerdo con él, las partes solo podrán ofrecer pruebas en etapas posteriores cuando ellas fueron omitidas por causa de fuerza mayor o impedimento grave o se refieran a un hecho ocurrido con posterioridad a los citados momentos procesales.²⁹²

²⁸⁸ *Contribución a la Seguridad Social de Funcionarios Públicos Jubilados y Pensionistas-Sindicato de los Médicos del Distrito Federal vs. Brasil*, petición 989/04, informe de la CIDH 133/09, 2009, párr. 21, disponible en www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Brasil989-04.sp.htm *Contribuciones de Seguridad Social de Funcionarios Jubilados y Pensionistas-UNAFISCO, CONAMP, et al. vs. Brasil*, peticiones 1133/04 y 115-05, informe de la CIDH 134/09, 2009, párr. 23, disponible en www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Brasil1133-04.sp.htm

²⁸⁹ “Maximizando...”, cit. en nota 19, p. 103.

²⁹⁰ *Ibidem*, p. 105.

²⁹¹ Reglamento de la Corte, *supra*, nota 130, arts. 35[1], 36[1], 40[2] y 41[1].

²⁹² *Ibidem*, art. 57.

Dicha norma fomentaría que las partes presenten todas sus pruebas en los inicios del procedimiento, permitiendo a la Comisión iniciar sus deliberaciones con más anticipación y, además, permitiría que las partes conozcan las fortalezas y debilidades de sus peticiones y casos y, así, determinar la conveniencia de una solución amistosa. Este cambio previene la posible duplicación y desperdicio de esfuerzos asociados con cada uno de los elementos probatorios presentados después de la revisión inicial. Si esta norma es transparente y se hace del conocimiento de las partes con tiempo, la Comisión podrá implementarla sin afectar su capacidad de investigación y cooperación. Ahora bien, si el resto de las funciones de la Comisión no se agilizan, el contar con plazos estrictos para la recepción de pruebas y alegatos no terminará siendo una medida efectiva.²⁹³

14.6 Aplicación consistente del reglamento para acelerar el procedimiento

La Comisión debe ser mucho más proactiva en la aplicación de las herramientas procesales a su alcance para reducir la duración del procedimiento. Debe aplicar con mayor frecuencia todas las reglas que le permitan acelerar el procedimiento, particularmente el artículo 36.4, que la faculta para combinar las decisiones de admisibilidad y fondo en circunstancias excepcionales. Esta disposición tiene un enorme potencial para ayudar a la Comisión a reducir su congestión y acelerar el procedimiento al combinar ambas decisiones en un solo informe, en lugar de redactar dos por separado.²⁹⁴ Hasta el momento, la Comisión ha aplicado esta norma de manera inconsistente.²⁹⁵ En el pasado, la Comisión habría aplicado esta norma a todos los procedimientos iniciados antes de las reformas de 2000, y que llevaban en

²⁹³ “Maximizando...”, *cit.* en nota 19, p. 105.

²⁹⁴ Observaciones de la Coalición, *supra*, nota 220, p. 11, destacando la importancia que este mecanismo puede tener para acelerar el proceso, haciendo más eficiente el trámite ante la CIDH sin poner en riesgo el derecho a la defensa o la igualdad de armas.

²⁹⁵ “Maximizando...”, *cit.* en nota 19, p. 101.

la Comisión al menos cinco años.²⁹⁶ La Comisión también aplicaba esta norma cuando el Estado no respondía a una petición. Lamentablemente, en los últimos años estas prácticas han sido abandonadas.

Cuando la Comisión no utilice un recurso procesal como el contemplado por el artículo 36.4, debe dejar muy claro por qué optó por renunciar a esta medida que agiliza el procedimiento. Al mismo tiempo, la Comisión debe ser mucho más explícita al explicar el trato diferenciado que le da a estas normas adjetivas, especialmente en aquellos casos o peticiones que parecen estar en las mismas circunstancias. Asimismo, la Comisión debe ampliar expresamente el número de posibles causas por las cuales se considera procedente unir las fases de admisibilidad y fondo para que ellas incluyan circunstancias tales como el paso del tiempo, la situación de la víctima, economía procesal o la relación entre la determinación de admisibilidad con el fondo del caso.²⁹⁷

La Comisión debe aplicar el artículo 29.d de manera más consistente y acumular las peticiones cuando dos o más de ellas versen sobre hechos similares, involucren a las mismas personas o revelen el mismo patrón de conducta. Hasta ahora, la posibilidad de acumular peticiones no ha sido aplicada por la Comisión de forma sistemática.²⁹⁸ La CIDH debe revisar su cartera de asuntos continuamente para poder determinar tan pronto como sea posible si el artículo en cuestión es procedente.²⁹⁹

La Comisión debe ser muy cuidadosa cuando no cumpla con los plazos específicos que la Convención, el estatuto o el reglamento dispongan para que actúe de cierta manera.³⁰⁰ Si incumple

²⁹⁶ Observaciones del CEJIL, *supra*, nota 94, p. 9.

²⁹⁷ *Idem*.

²⁹⁸ *Supra*, nota 299.

²⁹⁹ “Maximizando...”, *cit.* en nota 19, pp. 101-102.

³⁰⁰ Por ejemplo, Convención Americana, art. 51, estableciendo que la Comisión debe someter el caso ante la Corte dentro de los tres meses posteriores a la aprobación del informe preliminar, o el Estatuto de la Comisión, art. 23.2, que requiere que la Comisión adopte un informe sobre el fondo dentro de los ciento ochenta días siguientes al fracaso de una solución amistosa.

con dichos términos, debe asegurarse de publicar una explicación explícita, clara y sensible del porqué.

Por último, sin perder de vista la indispensable flexibilidad en su procedimiento, la Comisión debe ser más rígida al hacer cumplir sus plazos y la posibilidad de otorgar prórrogas. Los artículos 30.4 y 37.2 prescriben que toda solicitud de prórroga debe estar “debidamente fundada”. La Secretaría debería hacer evaluaciones claras de las razones por las cuales se conceden las prórrogas. Debido a que los artículos 30.4 y 37.2 se refieren solo a las solicitudes de prórroga presentadas por los Estados, la Comisión debe modificar su reglamento y sus prácticas para extender el requisito de solicitud debidamente fundada a las solicitudes de los peticionarios. La Comisión debe incluir en sus informes las razones por las cuales concede dichas prórrogas. El reglamento debe reformarse para aclarar cuáles son las consecuencias si las partes no respetan los plazos. Más allá de los casos expresamente previstos por el reglamento, la CIDH debe reducir al mínimo posible las solicitudes de observaciones de las partes.³⁰¹

14.7. Incrementar la transparencia y difusión de información

En la última década, la CIDH ha adoptado varias iniciativas para proporcionar más información sobre su trabajo, así como criterios claros para el tipo de decisiones que adopta. Sin embargo, esto todavía puede mejorar aún más. La Comisión debe procurar una mayor transparencia para poder aumentar la eficacia y eficiencia de su estrategia contra el congestionamiento y las demoras. La Comisión podría obtener una mayor cooperación de todos los actores involucrados si tan solo difundiese más información, particularmente, aquella relacionada con la forma en que maneja las peticiones y casos, así como aquella respecto de cuándo dispone de ellas.³⁰² Por ejemplo, la Clínica preguntó a la Comisión cuán-

³⁰¹ “Maximizando...”, cit. en nota 19, p. 102.

³⁰² Por ejemplo, la Comisión ha sostenido que “(los sistemas de información son) indispensables para analizar posibles causas y tendencias y evaluar la respuesta del sistema de justicia [...]” [181] CIDH, “Acceso a la Justi-

tos casos están en espera de un informe conforme a los artículos 50 y 51 de la Convención. La Comisión simplemente respondió que “actualmente, no cuenta con las estadísticas solicitadas”.³⁰³ Más aún, la Comisión debe dar a conocer su fundamentación de cuándo decide aplicar o no las normas que reducen la duración del procedimiento y hacer públicos los criterios, según los cuales puede darse un trato preferente a una petición.³⁰⁴ Al poner más información al alcance del público, se aumentará tanto el apoyo del público como la rendición de cuentas.

La Comisión puede aprender del sitio web del Servicio de Ciudadanía e Inmigración de Estados Unidos —USCIS, por sus siglas en inglés— y de la gran cantidad de información que ahí se exhibe.³⁰⁵ La CIDH podría publicar más información estadísti-

cia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas”, OEA/Ser.L/V/II, doc. 68, 20 de enero de 2007, párr. 181. También se recomendó a los Estados “(c)rear y mejorar sistemas de registros de información estadística y cualitativa [...] Fortalecer los registros de información sobre casos [...] para garantizar su uniformidad, certeza y transparencia. [...] Implementar medidas para que los sistemas de información reflejen de manera adecuada la situación [...] Adoptar medidas para que los sistemas de información puedan desagregar los datos por sexo, edad, raza y etnia, entre otros factores [...] Mantener estadísticas confiables y actualizadas [...] Institucionalizar espacios y métodos de intercambio de información en una diversidad de sectores —centros y entidades estatales que se encargan del tema, las víctimas, sus comunidades, el sector privado, el sector académico, organismos internacionales y organizaciones de la sociedad civil— y facilitar la colaboración y difusión de la información entre productores y usuarios. [...] Implementar esfuerzos e iniciativas para difundir la información disponible al público general en un formato sensible a las necesidades de una diversidad de audiencias y poblaciones de distintos niveles económicos y educacionales y de diferentes culturas y lenguajes. La seguridad y la privacidad de las víctimas deben constituir una prioridad en este proceso de difusión”. *Ibidem*, p. 128. Las mismas conclusiones y recomendaciones son aplicables respecto de la información de la Comisión sobre la tramitación de las peticiones y casos.

³⁰³ Respuestas de la Comisión, *supra*, nota 31, p. 16.

³⁰⁴ Véase Grupo de Trabajo de la OEA, *supra*, nota 7, párr. 13, 3.h. “Maximizando...”, *cit.* en nota 19, p. 107.

³⁰⁵ El uso que el Servicio de Ciudadanía e Inmigración de Estados Unidos, (“USCIS”, por sus siglas en inglés) ha dado a la tecnología para aumentar su transparencia podría servir de ejemplo a la CIDH dada su similitud como

ca, como un medidor del congestionamiento, el tipo de queja de cada petición y caso, una línea de tiempo de los casos y peticiones, el estado de los casos y peticiones, según el país y etapa del procedimiento, número de casos y peticiones que se encuentran en procesos de solución amistosa por país, número de casos en los que se han aprobado informes contemplados por el artículo 50 por país, número de peticiones no transmitidas por la Secretaría según el país y fundamento de la decisión o datos sobre las peticiones y casos según el sexo, género, etnicidad y edad de las víctimas.

15. ADMINISTRACIÓN Y CULTURA INSTITUCIONAL

15.1. Gestión por resultados

La Comisión anunció sus planes para crear un plan de gestión por resultados para los años 2011-2015.³⁰⁶ En este sentido, la Comi-

órgano cuasijudicial. La Comisión podría aprender del rediseño de la página web del USCIS de 2009 y de la cantidad de información que en ella se pone a disposición del público. El sitio web ahora ofrece a los solicitantes, y a sus abogados, información sobre el estado de su caso —por ejemplo, en qué etapa del procedimiento se encuentra—, véase www.egov.uscis.gov/cris/Dashboard.do Una vez que el peticionario introduce su número de caso, verá un punto azul resaltado sobre la etapa del procedimiento en que se encuentra su caso. También hay un resumen de cada etapa del proceso de adjudicación para que el peticionario pueda saber qué esperar. A partir de aquí, también puede ver cuánto tiempo puede esperar antes de que su caso sea totalmente adjudicado. El sitio web del USCIS incluso proporciona instrucciones detalladas, al descargar el formato de solicitud, sobre cómo llenar el formulario, qué tipo de pruebas deben ser presentadas y qué tipo de casos “ganan”, y cuáles “pierden”, para asegurar que el público y los peticionarios estén bien informados, disponible en www.uscis.gov/portal/site/uscis/menuitem.eb1d4c2a3e5b9ac89243c6a7543f6d1a/?vgnextoid=9059d9808bcbd010VgnVCM100000d1f1d6a1RCRD&vgnnextchannel=9059d9808bcbd010VgnVCM100000d1f1d6a1RCRD El sitio web también proporciona información sobre el tiempo promedio que tarda un caso particular en ser adjudicado por cada oficina individual, disponible en www.egov.uscis.gov/cris/processTimesDisplayInit.do

³⁰⁶ Plan Estratégico Parte II, *supra*, nota 105, pp. 4-5.

sión previó enfatizar la coherencia de sus proyectos de informes y crear métodos para que el personal utilice su tiempo de manera eficiente y eficaz.³⁰⁷ Este proyecto de gestión por resultados del registro puede servir como modelo para la gestión por resultados de toda la Comisión. Por ejemplo, la Comisión ha manifestado que el tiempo promedio que toma el análisis de una nueva petición es de 25 meses.³⁰⁸ Tales mediciones de los resultados deben conducir al establecimiento de un consenso interno dentro de la Comisión sobre qué es lo que constituye un plazo razonable para tramitar una petición o caso a través de las diferentes etapas a fin de que puedan desarrollarse criterios de tiempo para determinar qué es lo que constituye una mejora en los esfuerzos de la Comisión al combatir las demoras.³⁰⁹

Por supuesto, el establecimiento de plazos indicativos no debe interpretarse como una “cláusula de ocaso” —*sunset clause*— que exija que, si no se observan los plazos propuestos, la petición o caso deba ser desechada. Esto no solo perjudicaría a las víctimas, quienes no controlan el ritmo de adjudicación, sino que incluso beneficiaría a los Estados, que son quienes no han proporcionado los fondos suficientes para que la Comisión pueda tramitar las peticiones y casos con mayor celeridad.³¹⁰ Además, la Comisión debe atender a las necesidades particulares de cada caso y petición, pues el hecho de que algo sea razonable en un asunto, no implica automáticamente que lo sea para algún otro. En otras palabras, el criterio de razonabilidad debe ser indicativo de los plazos previstos, pero con la suficiente flexibilidad para dar cabida a las necesidades de la petición/caso.

Asimismo, la Comisión debe medir el rendimiento de cada uno de los cuatro grupos regionales y publicar los resultados. La Comisión puede usar la medición y gestión por resultados

³⁰⁷ *Idem.*

³⁰⁸ Respuestas de la Comisión, *supra*, nota 31, p. 9.

³⁰⁹ “Maximizando...”, *cit.* en nota 19, p. 96. Véase también Grupo de Trabajo de la OEA, *supra*, nota 7, p. 12, en donde se recomienda a la Comisión “(p)oner en práctica plazos (al menos indicativos) para cada etapa del procedimiento”.

³¹⁰ Observaciones de la Coalición, *supra*, nota 220, p. 11.

para determinar dónde se necesita agregar más recursos, ayudar a sus especialistas a comprender sus metas y aprender más sobre sus propias fortalezas y debilidades. Los abogados de la Comisión también podrían entender mejor sus propias prácticas. Más aún, la Comisión podría examinar las prácticas de aquellas unidades regionales que sean más eficientes que las otras y tratar de replicar aquellas prácticas en el resto de la Comisión.³¹¹

Es posible que exista cierta preocupación en el seno de la Comisión de que al implementar la medición y gestión por resultados se afecte la cultura y los objetivos de la Comisión. Sin embargo, la medición y gestión por resultados no se refiere únicamente a los actores individuales o a transformar el lugar de trabajo en un ambiente mecánico. De hecho, el uso de objetivos flexibles, en vez de objetivos escuetos y ceñidos, podría ser un ejemplo del uso de la medición y gestión por resultados dentro de la Comisión.³¹² La experiencia en el registro ha demostrado que este sistema podría ser integrado eficazmente con la cultura de la Comisión. Inclusive, puede que un cambio en la cultura sea justamente lo que se necesita si el congestionamiento y la demora están incrustados en dicha cultura. De hecho, algunos investigadores han demostrado que para obtener cambios en el ritmo de adjudicación es necesario cambiar las actitudes y prácticas de todos los miembros de la comunidad que participan en el sistema.³¹³

Dichos autores han demostrado que tanto la celeridad como el congestionamiento en gran medida están determinados por las expectativas, prácticas y normas informales de comportamiento establecidas para aquellos que administran y litigan en el sistema. Esas expectativas, prácticas y comportamiento son lo que se ha denominado “cultura jurídica local”.³¹⁴ En este sentido, tanto los organismos jurisdiccionales como los litigantes ajustan su comportamiento a un determinado ritmo de adjudicación. Por

³¹¹ “Maximizando...”, *cit.* en nota 19, p. 102.

³¹² *Ibidem*, p. 97.

³¹³ Steelman, *supra*, nota 105, p. 151.

³¹⁴ *Ibidem*, p. 153 (la traducción es nuestra).

ende, cualquier intento exitoso para acelerar el ritmo del litigio debe superar estas expectativas y prácticas.³¹⁵

Otro obstáculo a evitar es que los abogados de la Comisión estén tentados o incluso obligados a sacrificar calidad para aumentar sus números.³¹⁶

En este sentido, es importante señalar que la Comisión ha afirmado que “no va a sacrificar la calidad de su proceso de decisiones o deliberaciones”.³¹⁷ El grupo de gestión de la Secretaría y los comisionados no deben permitir que la gestión por resultados, que se basa en cifras, disminuya la calidad de los informes. Por el contrario, deben destacar que la eficacia de la Comisión depende en gran medida de la capacidad de persuasión de sus decisiones. Al mismo tiempo, la Comisión y la Secretaría Ejecutiva deben encontrar el equilibrio adecuado entre un objetivo de perfección buscado y la necesidad de administrar los casos de manera oportuna.

15.2. Integración del enfoque del denominado “registro” al resto de la Comisión

La creación y expansión del “registro” ha contribuido significativamente a la eficiencia del sistema. Su modelo de medición de tiempos y metas definidas debe incorporarse de manera más clara al resto de la Comisión. El congestionamiento y las demoras no afectan solamente a las nuevas peticiones, sino a todo el procedimiento de la Comisión. Por tanto, la Comisión debe redistribuir los recursos asignados al registro entre toda la Secretaría Ejecutiva y extender su enfoque metodológico al resto de las áreas de tramitación de peticiones y casos.³¹⁸

³¹⁵ *Idem.*

³¹⁶ Otro problema podría ser el que los/as abogados/as puedan elegir casos “más fáciles” de resolver. En Europa hay quienes han afirmado que los casos más difíciles son los que generalmente se dejan pendientes, debido a que las campañas tendentes a tramitar los casos de manera más eficiente y ágil ha causado que los/as abogados/as de la Corte Europea primero atiendan los casos más simples. Woolf, *supra*, nota 257.

³¹⁷ Documento de Posición de la Comisión, *supra*, nota 32, p. 12.

³¹⁸ “Maximizando...”, *cit.* en nota 19, p. 98.

15.3 Expansión del uso de tecnología

La Comisión debe ser más proactiva al adoptar y promover medidas más novedosas y tecnológicas. La Comisión ha establecido un programa que digitaliza las comunicaciones de los peticionarios y los Estados, para que puedan “comprobar el estado de sus asuntos a través de internet”.³¹⁹ Sin embargo, la Comisión no tiene un programa para digitalizar las peticiones y casos anteriores a 2007 e incluirlas en el DMS. La Comisión debe tramitar de manera digital todas las peticiones y casos pendientes en su cartera de asuntos.³²⁰

Las bases de datos de la CIDH deben ser accesibles al público.³²¹ Las partes deben poder dar seguimiento al estado de su petición o caso y acceder a los documentos del caso. Asimismo, deben ser capaces de enviar información adicional y documentos por internet. De hecho, los Estados han pedido a la Comisión “(m)ejorar los mecanismos de acceso a expedientes en formato electrónico de las peticiones y casos a los Estados, peticionarios y víctimas concernidas a efecto de promover la pronta solución de dichos asuntos”.³²²

Para el resto del público y dado que los casos son de interés público, debe garantizarse el acceso a elementos básicos tales como etapa procesal, nombre de las partes, resumen de los hechos denunciados.

También deben implementarse otras medidas de telecomunicaciones para acelerar el análisis y la discusión de los casos y peticiones. Las reuniones previas a las sesiones, o entre ellas, podrían llevarse a cabo por teléfono o videoconferencia. La CIDH también debe celebrar audiencias con las partes vía videoconferencia para efectos de promover las pláticas de solución amistosa y, cuando sea procedente, recibir información y testimonios.

³¹⁹ Documento de Posición de la Comisión, *supra*, nota 32, p. 13.

³²⁰ “Maximizando...”, *cit.* en nota 19, p. 105.

³²¹ *Idem.*

³²² Grupo de Trabajo de la OEA, *supra*, nota 7, párr. 3.A.k.

16. CONCLUSIÓN

Son varias las lecciones que pueden aprenderse del estudio del procedimiento, las demoras y el congestionamiento de la Comisión. El estudio de la Comisión sustenta la idea de que es necesario determinar los objetivos de cada órgano adjudicador para evaluar su eficacia y que el contexto en el que opera dicho órgano conlleva diversas posibilidades y limitaciones. Este enfoque basado en objetivos proporciona las herramientas para comprender cómo es que opera la Comisión y, particularmente, permite evaluar cómo es que su estructura, procedimiento y resultados afectan su eficacia.³²³ Al mismo tiempo, provee los límites acerca de las reformas posibles. Finalmente, la multiplicidad de propósitos que el sistema de casos busca satisfacer controvierte la idea de que la observancia de sus recomendaciones es el único, o incluso el principal, factor de su eficacia.

Todo sistema internacional de derechos humanos, incluida la CIDH, se enfrenta a la paradoja de haber sido creado por los mismos Estados que son objeto de su control. A pesar de que los Estados pueden haber conferido una serie de facultades y funciones a la CIDH y a la Corte, generalmente son los Estados quienes mantienen el control sobre su funcionamiento y juegan un papel importante en la aplicación de las decisiones interamericanas. Esta paradoja ocasiona tensiones institucionales y políticas que interfieren con el trabajo y la eficacia de estos órganos.³²⁴ La Comisión es un claro ejemplo de esta paradoja, no solo porque los Estados no le proporcionan los fondos adecuados, sino también porque los Estados y los órganos políticos de la OEA no apoyan su labor. En otras palabras, no puede analizarse la duración del procedimiento de la CIDH si no se considera la actitud de los Estados hacia la CIDH.

A pesar de que las decisiones públicas de la OEA confieren gran importancia a los derechos humanos y el fortalecimiento de la CIDH se ostenta como una de sus prioridades, la Comisión es más bien vista como una molestia para los Estados miembros que constantemente tienen problemas de derechos humanos.³²⁵

³²³ Shany, *supra*, nota 20, p. 270.

³²⁴ Gómez, *supra*, nota 224, p. 173.

³²⁵ *Idem*.

Muchos de los Estados de la OEA siguen temiendo el trabajo de la Comisión.³²⁶ Curiosamente, muchos de los miembros de la OEA consideran que la CIDH es demasiado eficaz y por ello tratan de limitar su impacto. Muchas de las propuestas de los Estados no parecen ser constructivas, sino intentos de menoscabar al sistema en general y particularmente a la Comisión.³²⁷ En este apartado hemos hecho varias referencias a las recomendaciones emitidas por el Grupo de Trabajo de la OEA que se creó con la idea de “fortalecer” a la Comisión. De hecho, son muchos los que han opinado y con quienes concordamos, que aquel Grupo de Trabajo claramente tenía la intención de disminuir la eficacia y la eficiencia de la Comisión.³²⁸ Por ende, solamente hemos incluido aquellas recomendaciones que coinciden con las formuladas por otros actores o que nos ayudan a comprender las limitaciones que enfrenta la Comisión al lidiar con estos temas.

Por tanto, todo intento por entender el funcionamiento del procedimiento de la Comisión debe tener en cuenta el ambiente hostil en el que opera. Como tal, este contexto apoya el enfoque basado en objetivos para medir la eficacia de la CIDH, pues evidencia las limitaciones que afectan a la CIDH dado el entorno político e institucional particular en que opera.³²⁹

Sin embargo, no todos los problemas de la Comisión son atribuibles a su falta de financiamiento y apoyo estatal o al ambiente hostil en el que opera. Asimismo, no todas las soluciones dependen de la obtención de fondos adicionales. Una organización

³²⁶ Rhenán Segura, Jorge, “Las reformas al Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, LI, 113/118, *Boletín da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, 1998, p. 124.

³²⁷ Pasqualucci, Jo, “The Inter-American of Human Rights System: Progress Made and Still to be Made”, 2009, *German Yearbook of International Law*, vol. 52, p. 183.

³²⁸ Amato, Victoria, “Una mirada al proceso de reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, *Aportes DPLF*, núm. 16, año 5, mar 2012, Due Process of Law Foundation, p. 6, afirmando que muchos de los observadores entendían que el verdadero propósito del Grupo de Trabajo era debilitar y controlar a la Comisión (en lo sucesivo, Amato).

³²⁹ Shany, *supra*, nota 20, p. 261.

eficiente es aquella que utiliza lo que tiene para maximizar su producción.³³⁰ En este sentido, la crónica falta de recursos financieros y humanos que padece la Comisión no justifica su ineficiencia. Por supuesto, la OEA debería financiar adecuadamente a la Comisión y es ella la principal responsable de su actual congestionamiento y demora. Sin embargo, esto no excusa para que la Comisión no sea lo más eficiente posible con los recursos tan limitados con los que cuenta.

Son tres los obstáculos subyacentes a los que se enfrenta el sistema de casos de la Comisión: un gran congestionamiento de peticiones pendientes de ser atendidas, largos periodos para que las peticiones y casos sean cabalmente resueltos y un número insuficiente de peticiones/casos que sean plenamente resueltos con una decisión de fondo. La falta de fondos es el factor determinante de esta situación. Pero la CIDH también comparte su responsabilidad. Las reformas de 2000 al reglamento de la Comisión exacerbaron dichos obstáculos. Al separar las decisiones de admisibilidad y fondo, las reformas agregaron un paso adicional al procedimiento, demoraron aún más el trámite de las peticiones y cambiaron su enfoque hacia las etapas preliminares del procedimiento. Además, la Comisión tiene un sistema de recepción de petición que fomenta la presentación de peticiones claramente improcedentes, no utiliza todos los avances tecnológicos disponibles, permite un ejercicio abusivo de múltiples oportunidades para presentar prueba e información, aplica de manera inconsistente las normas que le permiten acelerar el proceso, su reglamento no le fija plazos para sus propias decisiones y no establece consecuencias para la falta de cumplimiento de los plazos por parte de los Estados y peticionarios.

Ante esta situación, se debe encontrar un equilibrio adecuado entre eficiencia y eficacia. Esto no es una tarea fácil, ya que la eficiencia y eficacia son difíciles de medir, y la CIDH tiene múltiples objetivos que a menudo se contradicen entre sí. En el caso de la Comisión, sus limitaciones presupuestales y su multiplicidad de objetivos implican que debe tomar decisiones difíciles acerca de en qué tareas debe hacer hincapié y cómo equilibrar demandas contradictorias.

³³⁰ Amato, *supra*, nota 328, p. 6.

El ritmo de adjudicación está estrechamente vinculado con los objetivos del organismo jurisdiccional y la celeridad no siempre contribuye a su eficacia. A veces se necesita tiempo para atender las necesidades de las víctimas y asegurar la participación del Estado, y proporcionar un espacio para la cooperación y un diálogo productivo. Al mismo tiempo, las excesivas demoras pueden afectar la eficacia global del sistema. La falta de respuesta de la Comisión a un gran número de peticiones y las demoras e inconsistencias en sus resoluciones frustra a las víctimas, a los peticionarios y a los Estados y genera desconfianza hacia el sistema. De esta manera, a menudo las víctimas son sometidas a un proceso de revictimización.³³¹

El caso de la Comisión demuestra que al articular recomendaciones para un organismo jurisdiccional internacional, la comunidad internacional debe tener expectativas realistas y considerar el valor de ciertos tipos de demoras³³² y de un procedimiento flexible. Además, el estudio de la Comisión sugiere que el interés primordial del procedimiento y el resultado de este es la consecución de sus objetivos generales y no la celeridad. Por último, el caso de la Comisión demuestra que, en el ámbito internacional, el procedimiento es tan importante como su resultado. Con el procedimiento, la Comisión ofrece un ámbito en el que puede llevarse a cabo el debate sobre derechos humanos. Asimismo, proporciona un punto de reunión y espacio clave para la movilización del consenso y un sitio para la lucha de justificaciones en materia de libertades fundamentales.³³³

³³¹ Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), “Aportes para la reflexión sobre posibles reformas al funcionamiento de la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 2008, p. 16. Disponible en www.cejil.org/sites/default/files/documento-coyuntura-reformas.pdf

³³² Whiting, *supra*, nota 16, pp. 360-361.

³³³ Anaya Muñoz, Alejandro, “The Role of International Regimes in the Constitution of State Behavior and Identity: the Case of Contemporary Mexico”, ed. Especial, *Revue Québécoise de Droit International*, núm. 127, 2011, p. 44.

VI. El impacto del control de convencionalidad. ¿Un cambio de paradigma en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos?*

1. INTRODUCCIÓN

Es bien conocida la teoría del control de convencionalidad elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el último quinquenio. Se sabe que dicho control exige que los jueces interamericanos y nacionales, en adición estos últimos al tradicional control de constitucionalidad, examinen la compatibilidad entre las normas y prácticas nacionales con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La teoría del control de convencionalidad fue explicitada en el año 2006 en *Almonacid Arellano*:

La Corte es consciente de 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

* Este trabajo fue publicado en la obra *Tratado de los Derechos Constitucionales*, de Julio César Rivera, José Sebastián Elías, Lucas Sebastián Grosman y Santiago Legarre (coords.), AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2014. Agradezco los comentarios de Sebastián Elías, María Laura Clérico, Mara Gómez Pérez, Alexandra Huneus, Oscar Parra, Oswaldo Ruiz Chiriboga y Valentín Thury Cornejo. Muchos de ellos están en completo desacuerdo con todas o algunas de mis ideas y propuestas. Pero les agradezco su amistad y franqueza intelectual que me ayudaron a escribir y mejorar este artículo. Por supuesto que todos los errores son de mi propia responsabilidad.

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.¹

En *Trabajadores cesados*, la Corte precisa que el control de convencionalidad —ya no *especie*— debe ejercerse *ex officio*. Adicionalmente, la Corte clarifica que los jueces deben realizar dicho control “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”. Agrega que “esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”.²

En *Cabrera y Montiel*, la Corte extendió la obligación de ejercer el control de convencionalidad del poder judicial a todos “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”.³ El último paso en esta evolución se da en el caso

¹ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154, párr. 124. Con anterioridad existen referencias al “control de convencionalidad” en algunos votos concurrentes del juez Sergio García Ramírez. Cfr. sus votos en los *Casos Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de diciembre de 2003. Serie C, núm. 101, párr. 27; *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre. Serie C, núm. 114, párr. 3; y *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas, de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 155, párrs. 6 y 12.

² Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 158, párr. 128.

³ Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 220, párr. 225.

Atala, donde la Corte incluye al control de convencionalidad ya no en la parte sustantiva de sus análisis, sino en la sección correspondiente a reparaciones, exigiendo a los jueces ejercerlo como una forma de reparación.⁴

Desde su explicitación, la doctrina se ha ocupado de establecer el origen del concepto de control de convencionalidad, su desarrollo, características, consecuencias, materias sobre las que debe ejercerse, el parámetro del control, entre otras.⁵ En el presente trabajo, no repetiremos ni examinaremos dichas posturas. Por el contrario, tomaremos un camino diferente. Por un lado, demostraremos cómo la teoría del control de convencionalidad modifica, en parte, el paradigma sobre el que se asentaba teóricamente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Desde el propio preámbulo de la Convención Americana se afirma que el sistema de protección internacional es de naturaleza coadyu-

⁴ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C, núm. 239, párrs. 281-284.

⁵ Véase, p. ej., Hihers, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, en *Estudios Constitucionales*, año 7, núm. 2, 2009, pp. 109-128; Loiano, Adelina, “El marco conceptual del control de convencionalidad en algunos fallos de la Corte Suprema Argentina, «Arancibia Clavel», «Simón», «Mazzeo»”, en Albanese, Susana (coord.), *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2008, pp. 114-117; Sagüés, Néstor, “El control de convencionalidad. En particular sobre las Constituciones Nacionales”, en *La Ley*, 2009-B, p. 761; Galdino, Rolando, “Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio. Aportes del derecho internacional de los derechos humanos”, en *La Ley*, 2008-C, p. 129; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad”; a la luz del caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 131, may-ago 2011, p. 945; Castilla Juárez, Karlos, “El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, IJ-UNAM, 2011, pp. 593-624; Ruiz-Chiriboga, Oswaldo R., “The Conventionality Control: Examples of (Un) Successful Experiences in Latin-America, (February 24, 2011)”, en *Inter-American and European Human Rights journal*, vol. 3, núms. 1-2, 2010, pp. 200-219; Rey Cantor, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa, 2008; García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, en *Revista IUS (online)*, vol. 5, núm. 28, 2011, pp. 123-159, disponible en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-2147201100007&Ing=es&nrrn=iso

vante y complementaria de la protección doméstica de los derechos. En cambio, el control de convencionalidad no actúa como complementario o coadyuvante o como generalmente se lo denomina, subsidiario, sino que viene a requerir que la Convención Americana juegue un papel no solo integrador del orden interno, sino de supremacía. De este modo, creemos que la Corte viene desarrollando un nuevo principio que denominaremos principio de integralidad, que es la base de justificación para exigir a los Estados y, en especial a los jueces, que controlen la convencionalidad de las normas y de las prácticas en el orden interno. Este principio de integralidad del sistema de tutela de derechos viene a adicionarse al principio de subsidiariedad, no a suplantarlo.

Paralelamente, el control de convencionalidad, en particular en la vertiente que exige que los jueces nacionales no solo apliquen la Convención Americana, sino la interpretación de la Corte a tal instrumento, busca posicionar al Tribunal Interamericano como una especie de corte constitucional interamericana. De este modo, se demostrará que el control de convencionalidad es una de las herramientas que utiliza la Corte para definir su propia identidad y rol en el hemisferio. Al mismo tiempo, el control de convencionalidad pone en juego la legitimidad de la Corte en tanto que los jueces latinoamericanos pueden rechazar tanto la aplicación de la Convención Americana como particularmente la interpretación dada por la Corte.

Seguidamente, uniremos los principios de integralidad, el rol asignado a los jueces nacionales y la autoidentificación de la Corte como órgano de interpretación final de la Convención, para analizar algunas de las consecuencias y las dinámicas que se generarán con un control descentralizado de convencionalidad. Se especulará si efectivamente el punto central de aplicación e interpretación del derecho interamericano permanecerá en San José, Costa Rica, en la sede del Tribunal Interamericano o en cada uno de los juzgados y tribunales de los países que ratificaron la Convención o incluso en los 35 países miembros de la OEA.

Con base en los análisis precedentes, se presenta una propuesta metodológica que toma seriamente el control de convencionalidad y el pretendido nuevo rol de la Corte. El estudio propone modificaciones convencionales —sí, del texto convencional—, procedimentales y jurisprudenciales para fortalecer y

profundizar el principio de integralidad como complemento del de subsidiariedad. Con nuestra propuesta pretendemos superar algunas de las dudas que nos genera la actual propuesta jurisprudencial de la Corte Interamericana y, fundamentalmente, abrir un espacio de debate y reflexión sobre las consecuencias de tomar seriamente las palabras del Tribunal.

2. DE LA COMPLEMENTARIEDAD Y SUBSIDIARIEDAD A LA INTEGRALIDAD

La concepción tradicional del Sistema Interamericano es que el mismo es de naturaleza complementaria o coadyuvante del sistema de protección nacional. Ello parte de la concepción de que los Estados tienen la responsabilidad primaria de tutelar los derechos de los individuos y, en caso de fallar, la Convención Americana actúa como complemento del orden jurídico interno y el Sistema Interamericano acude en subsidio para proteger a los derechos. Expresamente, este principio está recogido en el preámbulo de la Convención Americana que indica la naturaleza coadyuvante o complementaria de la tutela convencional. Procesalmente, la principal manifestación del principio de subsidiariedad es el requisito del agotamiento de los recursos internos que plantea sucintamente que el Estado debe tener la posibilidad de resolver los asuntos a nivel doméstico antes de ser demandado internacionalmente.⁶

Desde esta perspectiva, el carácter complementario y subsidiario del Sistema Interamericano tiene una doble vía. Por un lado, es una subsidiariedad procesal, es decir que solamente cuando las autoridades nacionales han tenido la oportunidad de analizar y resolver la situación concreta denunciada y no han podido o querido solucionarla de acuerdo con lo exigido por la Convención, puede operar el Sistema Interamericano. Esto es lo que fundamenta y explica el requisito del agotamiento de los recursos internos.⁷

⁶ Véase especialmente Carozza, Paolo, “Subsidiarity as a structural principle of international human rights law”, en *American Journal of International Law*, vol. 97, 2003.

⁷ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4, párr. 61.

Pero existe también una complementariedad normativa. La misma reconoce que el orden jurídico interno tiene la responsabilidad primaria de respetar y garantizar los derechos reconocidos en la Convención. Ello surge del artículo 1.1 de la Convención, que exige a los Estados respetar y garantizar los derechos convencionales. El artículo 2 habla de “el ejercicio de los derechos y libertades... garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter” y del compromiso de los Estados de 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”. De allí se deriva que los derechos convencionales deben ser garantizados efectivamente por el orden jurídico doméstico. Por ello, “(l)os Estados partes se obligan a proporcionar a la Comisión las informaciones que esta les solicite sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de esta Convención”, como indica el artículo 43 de la Convención. Este rol complementario coloca a la Convención como el piso mínimo que deben garantizar los Estados, pues el propio artículo 29 impide la interpretación de la Convención en el sentido de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes”. Es decir que la Convención no viene a remplazar al sistema nacional. La Convención es el piso mínimo de protección de los derechos que deben reconocer y garantizar los Estados, pero no funciona como el techo máximo de protección de los derechos, ya que los propios Estados pueden extender tutelas más allá de lo dispuesto convencionalmente.

La Convención tan solo y tan importantemente viene a complementar el derecho interno. Pero desde esta perspectiva no se deriva ninguna consecuencia sobre cómo la Convención debe ser incorporada internamente ni cuál es el rango jerárquico que la misma debe ocupar. Ello queda —o quedaba librado— a la decisión de los Estados.

El control de convencionalidad viene a integrar esta visión al exigir que la Convención no opere ya de manera complementaria, sino de manera paralela, concurrente, integral y especialmente en un grado jerárquico superior al sistema jurídico nacio-

nal. Requerir que los jueces en cada uno de los casos que tienen que decidir analicen la compatibilidad del accionar estatal y del marco normativo nacional con la Convención significa que el instrumento interamericano viene a transformarse en parte integrante del sistema jurídico doméstico y de la actuación judicial.

La Convención ahora debe formar parte del orden normativo nacional para que los jueces puedan utilizarla como parámetro de control de convencionalidad. Ello, aun cuando el texto convencional en ninguna parte exige alguna forma específica de incorporación. Pero el control de convencionalidad no solo requiere que el tratado sea incorporado como derecho interno, sino que también tenga una jerarquía superior a todo el orden normativo nacional. Si los jueces deben controlar la compatibilidad de todo el accionar estatal, sea legislativo o incluso constituyente, con la Convención Americana, esto significa que la misma debe estar en un grado jurídico superior. Si estuviese al mismo nivel jerárquico que el resto del orden normativo se aplicaría simplemente el principio de temporalidad que dispone que la norma posterior prevalece sobre la anterior o el principio de especialidad que sostiene que la norma específica prevalece sobre la genérica. Esto no es lo que la Corte exige. Estos resultados podrían ser también logrados por el principio de complementariedad y coadyuvancia.

El orden jurídico nacional podría incorporar directamente la Convención y darle jerarquía superior al resto de las normas. Los jueces podrían utilizar la Convención en sus decisiones. El principio de integralidad establece la obligatoriedad de que la Convención funcione como norma interna y con jerarquía superior al resto del ordenamiento jurídico.

Algunos autores han pretendido encontrar un justificativo para esta posición en el derecho internacional. Por un lado, el artículo 25 convencional exige la existencia de un recurso sencillo, rápido y efectivo para la tutela de los derechos reconocidos, entre otros, en la Convención. Con ello, pareciera que se exige que haya una forma judicial de exigir el cumplimiento de la Convención. Si bien es cierto que debe existir un recurso judicial que permita la tutela de los derechos reconocidos convencionalmente, de ello no se deriva que la Convención deba tener incorporación directa ni jerarquía superior. Tan solo requiere

que exista un recurso sencillo, rápido y efectivo de tutela. Este recurso debe servir para asegurar la efectividad de los derechos convencionales, sea directamente, si la Convención ha sido incorporada al orden interno de manera directa, o indirectamente, si la Convención ha sido receptada por la legislación nacional. Lo fundamental es que el derecho sea tutelado y no cuál es la norma que reconoce el derecho. Pero adicionalmente, el artículo 25 no establece que la Convención deba prevalecer sobre la normativa interna. De hecho, el artículo hace mención conjunta a los “derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención”, sin distinciones jerárquicas.

Para justificar la prevalencia convencional, se ha recurrido también al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que estipula que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”, y al artículo 32 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, que dispone que “(e)l Estado responsable no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de la presente parte”.⁸ Según cierta doctrina, estas normas implican que la Convención no solamente debe, sino que siempre ha operado de manera superior al derecho interno, independientemente de la jurisprudencia reciente de la Corte. En otras palabras, la superioridad de la Convención se produce por el mero hecho de ser un tratado internacional y no porque la Corte lo haya dicho en su doctrina del control de convencionalidad. Disentimos de dicha lectura de la Convención de Viena y de los Artículos de Responsabilidad. Los mismos se refieren a la responsabilidad internacional del Estado y no a la manera de incorporación de los tratados ni su posición jerárquica en el derecho interno. Estas normas impiden justificar la violación de cualquier tratado, incluida la Convención, argumentando que una norma interna lo amerita. Pero de allí no se deriva que

⁸ Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos internacionalmente ilícitos, adoptado por la CDI en su 53° periodo de sesiones (A/56/10) y anexado por la AG en su Resolución 56/1983, de 12/12/2001.

la Convención deba tener aplicabilidad directa ni jerarquía superior a la legislación o a la propia Constitución.⁹ Puede que, por motivos de conveniencia, algunos Estados opten por otorgarle tal jerarquía para facilitar su cumplimiento, pero no existe una obligación internacional de hacerlo.

Así pues, la teoría del control de convencionalidad rompe el esquema tradicional de incorporación del derecho internacional en los ámbitos internos. Tradicionalmente se entendía que cada Estado era soberano para decidir cómo se incorporaba un tratado, qué jerarquía se le otorgaba al mismo y si tenía aplicación doméstica directa. Como explica Carozza, los tratados no especifican ninguna forma que el derecho interno deba seguir en la incorporación. Al contrario, la relación entre tratados internacionales con el derecho interno es algo sujeto a las posibilidades y requerimientos constitucionales y legislativos. Los Estados tienen una amplia latitud en esta materia.¹⁰ El Comité de Derechos Humanos en el mismo sentido ha indicado que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos “permite que los Estados partes cumplan esta exigencia de conformidad con su propia estructura constitucional y, por consiguiente, no se dispone que el Pacto sea directamente aplicable en los tribunales de justicia, mediante su recepción en el derecho interno”.¹¹ Agrega el Comité 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”.¹² La Corte, en cambio, no solo dice que la Convención debe tener aplicación directa, sino que debe tener una jerarquía superior a toda norma interna para, de esta manera, poder ser pa-

⁹ Véase en el mismo sentido, Fuentes Torrijo, Ximena, “International and Domestic Law: Definitely an Odd Couple”, en *Rev. Jur. U.P.R.*, vol. 77, 2008, pp. 488-489.

¹⁰ Carozza, *op. cit.*, p. 63.

¹¹ Comité de Derechos Humanos, “Observación general núm. 31 (80) Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto aprobada el 29 de marzo de 2004 (2187a sesión)”, párr. 13.

¹² *Ibidem*, párr. 15.

rámetro de control de convencionalidad y que los jueces la deben aplicar directamente y de oficio. El ejemplo más radical de esta posición de la Corte es el caso *B'oyce contra Barbados*, relativo a la pena de muerte en dicho país caribeño. El artículo 269 de la Constitución de Barbados, previene que tribunales puedan declarar la inconstitucionalidad de leyes existentes que hayan sido promulgadas antes de la entrada en vigor de la Constitución, esto es, antes del 30 de noviembre de 1966. Este es el caso de la ley que dispone la imposición obligatoria de la pena de muerte para casos de homicidios. De modo que los tribunales de Barbados, en el caso que estaba bajo la consideración de la Corte, no podían ejercer un control de constitucionalidad. La Corte, sin embargo, criticó al Comité Judicial del Consejo Privado del Reino Unido de Gran Bretaña —en ese momento el Tribunal de Alzada de los tribunales de Barbados— por haber hecho “un análisis puramente constitucional, en el cual no se tuvo en cuenta las obligaciones que tiene el Estado conforme a la Convención Americana y según la jurisprudencia de esta Corte”. Y agregó que el análisis del Comité Judicial del Consejo Privado no debería haberse limitado a evaluar si la (ley) era inconstitucional. Más bien, la cuestión debería haber girado en torno a si la ley también era “convencional”. Es decir, los tribunales de Barbados, (incluso el Consejo Privado) y ahora la Corte de Justicia del Caribe, deben también decidir si la ley de Barbados restringe o viola los derechos reconocidos en la Convención.¹³

La Corte exige que el control de convencionalidad se realice aun en países en que los jueces ni siquiera podrían ejercer un control de constitucionalidad. Y le indica a tribunales que ejercen jurisdicción sobre cortes nacionales, aunque sean de carácter regional como la Corte de Justicia del Caribe, o parte del *Commonwealth* como el Comité Judicial del Consejo Privado, que realicen también este control de convencionalidad.

En esta metamorfosis de la Convención como tratado internacional a norma interna jerárquicamente superior, la Corte puede estar solicitándole a los tribunales que ejerzan un control

¹³ Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 169, párrs. 75-78.

que no están autorizados constitucionalmente a realizar, a pesar de la referencia a “los procedimientos constitucionales” contenida en el citado artículo 2 convencional, como lo hizo en el caso *Boyce* recién citado. Es decir, deben dejar de aplicar normas por ser contrarias a la Convención, cuando en el país respectivo la Convención puede tener jerarquía similar o inferior a la norma cuestionada o cuando el juez puede no tener facultades para des-aplicar normas jurídicas. La mayor complicación resulta cuando la Corte ubica a la Convención por sobre la propia Constitución y exige que se haga un control de convencionalidad de la misma Constitución y en su caso no se la aplique.¹⁴ La Corte ha tratado de explicar esto al decir que los jueces lo deben hacer dentro de sus facultades.¹⁵ Pero ello no resuelve el problema de cuando carecen de facultades. Es más, la Corte ha requerido que los jueces realicen este control de convencionalidad de oficio,¹⁶ cuando en muchos países los jueces no pueden resolver más que lo solicitado y argumentado por las partes y pueden estar vedados de ejercer incluso el control de constitucionalidad de oficio.¹⁷ No explica la Corte, por ejemplo, cómo pueden los jueces ejercer este control en un país donde el control de constitucionalidad es concentrado,¹⁸ ni cómo pueden los jueces dejar de aplicar la propia Constitución nacional.

Independientemente de que la Convención o el derecho internacional requieran una cierta forma de recepción y jerarquía doméstica, lo cierto es que con la teoría del control de convencionalidad, la Corte está situando a los jueces en un rol central como responsables fundamentales de garantizar la efectividad de las normas convencionales. Los jueces latinoamericanos pasan a

¹⁴ Como sucedió en un caso sobre Chile. Corte IDH. *Caso La última tentación de Cristo, Olmedo Bustos y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, núm. 73.

¹⁵ Corte IDH. *Trabajadores cesados... supra*.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ Para una evolución de la situación en Argentina puede véase Gordillo, Agustín, “La progresiva expansión del control de constitucionalidad de oficio”, disponible en http://www.gordillo.com/cv/art_37.pdf.

¹⁸ P. ej., Colombia, Perú, Costa Rica, Guatemala por mencionar solo algunos. Véase, Binder, Christina, “The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights”, en *German Law Journal*, vol. 12, 2011, p. 1217.

integrarse a un sistema interamericano de garantía judicial convencional. Este sistema interamericano de garantía judicial convencional está integrado por la Corte Interamericana en su cúspide y por todas las autoridades estatales que ejerzan funciones judiciales, todas las cuales están llamadas de acuerdo con la Corte a ejercer un control de convencionalidad. Esta estructura, en nuestro criterio, no estuvo originalmente concebida en la Convención. El nuevo concepto de control de convencionalidad, la integralidad sustantiva y el posicionamiento de los jueces como actores centrales y principales garantistas del sistema convencional, cambian necesariamente el perfil del Sistema Interamericano. En la concepción evolutiva de la Corte, la tutela judicial de la Convención, sea nacional o interamericana, son centrales en la promoción y protección de los derechos humanos. Por ello, la Corte en la actualidad no solo concibe al control de convencionalidad como un requisito normativo, sino como parte integral de las reparaciones como lo sostuvo en el caso *Atala*.

El control de convencionalidad es una herramienta más que utiliza el Tribunal Interamericano para impulsar el proceso de judicialización del Sistema Interamericano. En las últimas dos décadas, se ha puesto gran énfasis en el proceso de *judicialización* del sistema, o en otras palabras, en la centralización del sistema de peticiones individuales y particularmente aquellas que concluyen con una sentencia de la Corte como instrumento por excelencia del sistema de protección y promoción de los derechos humanos en la región. Esta judicialización requiere

- (i) lograr que el caso se transforme en un expediente judicial (movilización legal);
- (ii) obtener una decisión;
- (iii) asegurar su cumplimiento; en muchos casos, y
- (iv) algún tipo de seguimiento posterior al litigio.

Así, en esta judicialización, las cortes —interamericana o nacionales— y los abogados se convierten en actores relevantes y las categorías y lenguajes legales son conceptos relevantes en el diseño y la implementación de políticas públicas.¹⁹

¹⁹ Véase Gauri Varun-Brinks, Daniel, “Introduction: The Elements of Legalization and the Triangular Shape of Social and economic Rights”, en *Cour-*

Así, en el Sistema Interamericano, cada vez más el debate en materia de derechos humanos se da a través de la tramitación de casos individuales como función privilegiada frente a otros mecanismos, y se transforma en el dominio de los abogados especialistas en litigio (sean los representantes de las víctimas, las burocracias legales que actúan a nombre del Estado, los funcionarios de las Secretarías de la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —Comisión o la CIDH— y los jueces y comisionados).

En el caso del Sistema Interamericano, nos referimos a la *judicialización* para comprender tres procesos paralelos y complementarios:

- (i) un mayor énfasis en el procesamiento de casos frente a otras herramientas del sistema, como son las visitas *in loco* o las actividades de asistencia técnica;
- (ii) una creencia de que una decisión de la Corte tiene mayor valor e importancia que una decisión final de la Comisión en un caso, y
- (iii) una mayor estructuración del sistema de casos individuales como un proceso judicial (particularmente en la etapa frente a la Comisión, un organismo cuasijudicial pero no judicial).²⁰

En parte, esta creencia fue reflejada por el exjuez y presidente de la Corte, Antonio Cançado Trindade, cuando sostuvo que “la vía judicial (constituye) la forma más perfeccionada de protección de los derechos de la persona humana”.²¹ La reforma del

ting Social Justice: judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World, 2008.

²⁰ Por ejemplo, en el informe de la CIDH sobre “El Acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales: estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, 2007, la Comisión indica que “ha elaborado el presente estudio a fin de revisar y sistematizar la jurisprudencia del SIDH, tanto de la CIDH como de la Corte... sobre cuatro temas centrales que ha estimado prioritarios respecto de la protección judicial...”.

²¹ Informe y propuestas del Presidente y Relator de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, juez Antonio A. Cançado Trindade, ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la OEA,

reglamento de la CIDH del año 2000, que establece la presunción de remisión de todos los casos a la Corte Interamericana, es un ejemplo de este proceso. No sorprende que la Corte continuamente, procesal²² y sustantivamente,²³ disminuya el rol y relevancia de la Comisión Interamericana —como un simple órgano no jurisdiccional²⁴— ni que la Corte no mencione que en el control de convencionalidad interno o interamericano se debe seguir tanto la jurisprudencia de la Corte como la práctica de la Comisión. En este sentido, el control de convencionalidad no es más que otra manifestación del proceso de judicialización de la tutela interamericana que encuentra en la Corte a su principal abanderado.

3. DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS A UNA PRETENDIDA CORTE CONSTITUCIONAL INTERAMERICANA

La teoría del control de convencionalidad procura acentuar la pretendida autoidentificación de la Corte como una corte consti-

en el marco del Diálogo sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para fortalecer su mecanismo de protección, Washington, 5/4/2001, p. 48.

²² Como un ejemplo de la actitud de la Corte de disminuir el rol procesal de la CIDH puede verse la última reforma del reglamento del tribunal que limita extensamente el papel que juega la Comisión en los casos contenciosos.

²³ Por ejemplo, Neuman ha sostenido que la Corte “generalmente trata a la Comisión como una subordinada jerárquica que propone argumentos para la consideración de la Corte antes que como una fuente independiente de experticia en la elaboración de normas de derechos humanos. Neuman, Gerald, “Import, Export, and Regional Consent in the Inter American Court of Human Rights”, en *19 European Journal of International Law* 101, 2008, p. 103. Este no era el caso en Europa cuando existía una Comisión Europea de Derechos Humanos. En dicha época la Corte Europea le daba considerable peso a los precedentes de la Comisión. Merrills, J. G., *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, 1993, pp. 15-16.

²⁴ Como dice García Ramírez, la Corte “es el intérprete oficial del tratado americano. No se ha conferido semejante atribución a ninguna otra instancia, sin perjuicio de las facultades asignadas a la Comisión Interamericana que no es un ente judicial”, García Ramírez, *supra* nota... p. 135. (las cursivas son nuestras).

tucional interamericana y el posicionamiento de la Convención como una norma constitucional interamericana.

La manera en que la Corte explica el control de convencionalidad claramente asimila tal control a un control de constitucionalidad. El entonces juez y presidente de la Corte, Sergio García Ramírez, a quien la doctrina le atribuye la creación de la teoría del control de convencionalidad,²⁵ en sus votos resaltó esta similitud al indicar:

En otras ocasiones he cotejado la función de los tribunales internacionales de derechos humanos con la misión de las cortes constitucionales internas. Estas tienen a su cargo velar por el Estado de derecho a través del juzgamiento sobre la subordinación de actos de autoridades a la ley suprema de la nación... Desde otro ángulo, el control de constitucionalidad, como valoración y decisión sobre el acto de autoridad sometido a juicio, se encomienda a un órgano de elevada jerarquía dentro de la estructura jurisdiccional del Estado (control concentrado) o se asigna a los diversos órganos jurisdiccionales en lo que respecta a los asuntos de los que toman conocimiento conforme a sus respectivas competencias (control difuso).

5. De manera semejante a la descrita en el párrafo anterior, existe un “control de convencionalidad” depositado en tribunales internacionales —o supranacionales—, creados por convenciones de aquella naturaleza, que encomienda a tales órganos de la nueva justicia regional de los derechos humanos interpretar y aplicar los tratados de esta materia y pronunciarse sobre hechos supuestamente violatorios de las obligaciones estipuladas en esos convenios, que generan responsabilidad internacional para el Estado que ratificó la Convención o adhirió a ella.²⁶

²⁵ Véase, p. ej., Ferrer Mac-Gregor, *supra* nota. Bazán, Víctor, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes nacionales: acerca del control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional sustentable”, ponencia presentada al VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional, p. 6, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/2015.pdf>.

²⁶ Voto razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, 24 nov 2006.

No sorprende que tanto sustantiva como procesalmente el control de convencionalidad importe al derecho internacional de los derechos humanos categorías propias del derecho constitucional. El control de convencionalidad existe... una asimilación de conceptos del derecho constitucional... Se advierte claramente una “internacionalización del derecho constitucional”, particularmente al trasladar las “garantías constitucionales” como instrumentos procesales para la tutela de los derechos fundamentales y salvaguarda de la “supremacía constitucional”, a las “garantías convencionales” como mecanismos jurisdiccionales y cuasijurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos previstos en los pactos internacionales cuando aquellos no han sido suficientes, por lo que de alguna manera se configura también una “supremacía convencional”.²⁷

Agregando que una de las manifestaciones de este proceso de internacionalización de categorías constitucionales es, “precisamente, la concepción difusa de convencionalidad... ya que parte de la arraigada connotación del «control difuso de constitucionalidad»”.²⁸ Indudablemente, donde la Corte asume su visión de tribunal constitucional interamericano, es cuando se abroga la facultad de invalidar normas jurídicas internas. Así, en el famoso caso *Barrios Altos*, el Tribunal no se limitó a determinar que la ley de amnistía de Perú era incompatible con la Convención Americana, sino que dispuso que “en consecuencia, carece [...] de efectos jurídicos”²⁹ para determinar más adelante que esta decisión de carencia de efectos jurídicos “tiene efectos generales”.³⁰ La invalidación de normas nacionales es una típica facultad de un Tribunal Constitucional, no de un Tribunal Internacional.³¹

²⁷ Ferrer Mac-Gregor, *op. cit.*, pp. 21-22.

²⁸ *Ibidem*, p. 22.

²⁹ Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, núm. 75, punto operativo 4. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154, punto declarativo 3.

³⁰ *Idem*. Interpretación de la sentencia de Fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2001, Serie C, núm. 83, punto resolutive 1.

³¹ Binder, *op. cit.*

El juez García Ramírez no solo asimilaba el control de convencionalidad al de constitucionalidad. Sostenía también que la Corte Interamericana no debía transformarse en una jurisdicción de última instancia para todos aquellos que no encuentran justicia en su país. Por el contrario, el juez mexicano entendía que no todos los casos deberían llegar a la Corte Interamericana. Solamente algunos pocos casos al año deberían ser resueltos por el Tribunal Interamericano;³² lo contrario sería “impracticable y perturbador”.³³ De esta forma, en la concepción del ideólogo del control de convencionalidad, aceptado por la Corte, el Tribunal es más un tribunal que conoce los “grandes temas”³⁴ y señala las grandes líneas jurisprudenciales en algunos casos paradigmáticos, antes que ser un tribunal de derechos humanos para proveer remedios a víctimas individuales en tantos casos como fuese necesario.

Esta postura remonta a la discusión que se da en Europa acerca de cómo resolver el increíble cúmulo de casos que tiene el Tribunal Europeo. El debate se ha centrado en si la Corte Europea de Derechos Humanos debería proporcionar una justicia “individual” o “constitucional”. Los defensores de la primera opinión afirman que el derecho de petición individual es la pieza central del Sistema Europeo que requiere de la Corte Europea conocer cada caso y proporcionar un remedio a toda persona cuyos derechos humanos han sido violados. Por su parte, los defensores de la posición de la justicia constitucional entienden que el Tribunal debería concentrarse en proporcionar decisiones plenamente motivadas en casos que plantean importantes o nuevas y complejas cuestiones de derecho que son de particular importancia para el Estado interesado o involucran denuncias de violaciones graves de derechos humanos.³⁵ Algo similar se ha propuesto con relación al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Uni-

³² García Ramírez, *op. cit.*, p. 131.

³³ *Idem.*

³⁴ *Idem.*

³⁵ Véase, para una discusión breve, Helfer, Laurence R., “Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime”, en *Ejil*, vol. 19, núm. 1, 2008, pp. 125-159 y 147.

das, incitando a concentrarse en exponer, dilucidar, interpretar y explicar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a fin de participar en un diálogo constante y fructífero con los Estados parte, las organizaciones no gubernamentales, las instituciones intergubernamentales, los abogados, defensores y académicos, antes que pretender resolver todos los casos individuales que le puedan llegar.³⁶

La teoría del control de convencionalidad también es utilizada por la Corte para imponer su autoridad como intérprete final de la Convención para así solidificar su imagen de tribunal constitucional interamericano. La Corte no solo dice que el parámetro del control de convencionalidad es la propia Convención, sino también su propia jurisprudencia.³⁷ Supuestamente, al ser la Corte el órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano, con la función de aplicar e interpretar la Convención,³⁸ sus interpretaciones adquieren la misma eficacia del texto convencional.³⁹ Los jueces nacionales no solo deben aplicar la Convención, sino también la interpretación dada a la misma por el Tribunal Interamericano.

En ninguna parte del texto convencional surge que la jurisprudencia de la Corte sea obligatoria para los Estados parte de la Convención que no hayan sido parte en el litigio, ni que los tribunales nacionales deban respetar tal jurisprudencia. A través de la teoría del control de convencionalidad, la Corte transforma al derecho internacional en un sistema de precedentes, similar al *Common Law*. Desde el punto de vista de la lógica de un ente judicial, se entiende que el Tribunal se atenga a sus propios precedentes, algo que la Corte realiza desde sus primeros casos. La Corte cita sus decisiones previas y las incorpora consistentemente en sus razonamientos, muchas veces de manera mecánica, creando así su jurisprudencia. Pero de ello no se deriva que

³⁶ Véase, Steiner, Henry, "Individual Claims in a World of Massive Violations: What role for the Human Rights Committee?", en Alston, Philip y Crawford, James (eds.), *The Future of the UN Human Rights Treaty Monitoring*, 2000.

³⁷ Caso *Almonacid*, *supra*.

³⁸ Art. 63.2 de la Convención.

³⁹ Ferrer Mac-Gregor, *op. cit.*, p. 63.

las decisiones o las interpretaciones de la Corte puedan constituir jurisprudencia obligatoria para todos los tribunales. El art. 68.l claramente dice que “los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”, pero no en casos en los que no son parte. Es decir, la Convención no crea un sistema en el que los tribunales nacionales deben seguir en todos los casos las decisiones de la Corte Interamericana como si fuesen tribunales jerárquicamente inferiores a ella. Obviamente que las opiniones de la Corte tienen una alta fuerza persuasiva que por razones de consistencia y economía procesal sugiere que los Estados parte de la Convención la sigan. De hecho, múltiples jueces nacionales en muchos países siguen a la jurisprudencia de la Corte. También implícitamente el artículo 69 de la Convención parece sugerir el deber de seguir a la Corte, cuando requiere que “el fallo de la Corte se(a) (...) transmitido a los Estados partes en la Convención”. Si los Estados no siguen lo dicho por la Corte Interamericana, es posible que el caso sea sometido al Sistema Interamericano y eventualmente la Corte pueda resolver sobre el mismo y lo haga de la misma manera que su precedente. Aunque la propia Corte no quiere tener más casos que la transformen en un tribunal de alzada. Pero estas razones de política judicial y economía procesal que justificarían seguir lo dicho por la Corte, no la transforman en una obligación jurídica como la que pretende imponer.

Por supuesto que, en esta concepción, si hay un control y un Tribunal Interamericano de carácter constitucional, se necesita un derecho constitucional interamericano. Nuevamente la Corte copia a su par europeo, que hace más de una década sostuvo que la Convención Europea era un instrumento constitucional del orden público europeo.⁴⁰ La Corte, a través del control de convencionalidad, pretende crear un derecho sustantivo interamericano, el *Ius Commune*. Como dice García Ramírez: “el control de convencionalidad... constituye un dato relevante para la construcción y consolidación de ese sistema y ese orden (jurídico convencional internacional o supranacional), que en definitiva se traducen en el mejor imperio del Estado de derecho, la vigencia de los de-

⁴⁰ Corte Europea de Derechos Humanos, *Loizidou vs. Turkey* (preliminar y objections), 23/3/1995, párr. 75.

rechos y la armonización del ordenamiento regional interamericano... con vistas a la formación de un *Ius Commune* del mismo alcance geográfico-jurídico.⁴¹ En el mismo sentido, Mac-Gregor menciona que el control de convencionalidad de la Corte “de manera progresiva está creando un *Ius Constitutionale Commune* en materia de derechos humanos para el continente americano o, por lo menos, para América Latina”.⁴² Sagüés, en la misma línea, sostiene que el control de convencionalidad “se presenta como una de las herramientas más prácticas e inmediatas para elaborar un *Ius Commune* en la región, en particular en cuanto una visión homogénea en materia de derechos humanos fundamentales”.⁴³

4. LAS DECISIONES DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA COMO PARÁMETRO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

En el Sistema Interamericano hay dos órganos encargados de aplicar la Convención, la Corte y la Comisión. Pero si se concibe al Tribunal como una corte constitucional interamericana, no se deja espacio para otro órgano como la Comisión para ejercer una interpretación autorizada y legítima de la Convención. Es cierto que en sentido estricto la Corte es el único tribunal judicial interamericano y, por ende, la única que produce “jurisprudencia” en el Sistema Interamericano. Pero de ello no se deriva que tenga la exclusividad del control de convencionalidad interamericano ni que sea la única que pueda desarrollar estándares interamericanos, y mucho menos que sea la que establece las interpretaciones más garantistas a nivel interamericano. Por un lado, la Comisión es uno de los dos órganos encargados de monitorear la Convención (art. 33) y órgano consultivo especializado de la OEA en materia de derechos humanos (art. 106, Carta de la OEA). Junto a la Corte, la Comisión Interamericana también tiene asignadas funciones en materias de casos y le otorga facultades para expo-

⁴¹ García Ramírez, *op. cit.*, p. 127.

⁴² Ferrer Mac-Gregor, *op. cit.*, pp. 3 y 85-88.

⁴³ Sagüés, Néstor Pedro, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, en *Estudios Constitucionales*, año 8, núm. 1, 2010, p. 199.

ner “conclusiones” sobre alegadas violaciones a la Convención (arts. 50 y 51). La Comisión, en tanto órgano con múltiples funciones y facultades, algunas de ellas cuasijudiciales, no dicta propiamente sentencias y, desde esta perspectiva es correcto sostener que no establece jurisprudencia. Sin embargo, la Convención no le asigna a las decisiones finales de la Corte y de la Comisión un rango jerárquico particular ni establece un único intérprete final de la Convención. De acuerdo con el artículo 33 de dicho instrumento, ambas son competentes para conocer en los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados parte. Esto implica que la Comisión y la Corte deben interpretar la Convención incluyendo la determinación del contenido específico de cada uno de sus artículos. Incluso, en relación con peticiones o casos individuales, la Convención permite una vía doble de determinaciones finales por parte del Sistema Interamericano. En efecto, permite una decisión final de la Comisión en virtud del artículo 51 o de la Corte en virtud de los artículos 61 y siguientes. Así, la Convención crea dos posibilidades de decisiones e interpretaciones finales. Por tanto, el valor de la interpretación de ambos órganos expresada en casos debe ser considerado con igual importancia.

Por supuesto que ello no significa que las decisiones de la Comisión y de la Corte tengan la misma naturaleza jurídica o valor legal. De hecho, tanto la Comisión como la Corte producen decisiones de distinto valor jurídico. Así, cabe distinguir en el supuesto de la Comisión sus opiniones en casos individuales en los términos del artículo 51 de la Convención y en sus decisiones en casos sobre Estados que no son parte de la Convención Americana, sus informes temáticos, sus informes sobre países, sus decisiones en medidas cautelares así como en las consultas que le realicen los Estados en virtud del artículo 41.e de la Convención. En el mismo sentido, la Corte dicta sentencias en casos contenciosos —que pueden ser de excepciones preliminares, fondo, reparaciones, interpretación de sentencia y de supervisión de cumplimiento, medidas provisionales y opiniones consultivas—.

De toda esta multiplicidad de supuestos en los cuales la Corte y la Comisión aplican y, por ende, interpretan la Convención y otros instrumentos interamericanos, solo las sentencias en casos contenciosos y las medidas provisionales tienen fuerza obligato-

ria explícita de acuerdo con el texto de la Convención y solo para las partes en el caso. Por eso, no sorprende que el carácter obligatorio o no de la decisión no haya sido considerado por la doctrina como un elemento relevante para considerar qué decisiones de la Corte deben utilizarse en el control de convencionalidad.⁴⁴ Así, se ha sostenido que el control de convencionalidad debe realizarse utilizando la Convención interpretada por la Corte no solo en los casos contenciosos, los únicos que, repetimos, tienen el carácter obligatorio para las partes del caso, sino también la interpretación que emerge de opiniones consultivas o medidas provisionales.⁴⁵

Lo que sí sorprende, es que ese mismo criterio no sea aplicado para su par interamericano: la Comisión. Ello, porque además de que, como llevamos dicho, es uno de los dos órganos encargados de interpretar y aplicar la Convención, sus decisiones en casos contenciosos también tienen un carácter de obligación jurídica. El artículo 51 se refiere a que el “Estado *debe* tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada” de acuerdo con las recomendaciones formuladas por la Comisión (las *curtidas* son nuestras). De modo que puede argumentarse que hay un cierto grado de obligatoriedad de las decisiones de la Comisión. Al menos, como ha dicho la Corte en el caso *Loayza Tamayo*:

(E)n virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo art. 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, arts. 52 y 111).

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

⁴⁴ García Ramírez, *op. cit.*, pp. 137-139.

⁴⁵ Ferrer Mac-Gregor, *op. cit.*, p. 49.

parte, por lo que, al ratificar dicha convención, los Estados parte se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes.⁴⁶

Si se acepta la premisa postulada por la Corte y apoyada por parte de la doctrina, que el control de convencionalidad se debe ejercer de acuerdo con la Convención interpretada a nivel interamericano, entonces el parámetro para dicho control debe abarcar interpretaciones de la Convención efectuadas tanto por la Comisión como la Corte. Sería importante pues, que la Corte así lo reconociese. Este cambio sería el que mejor se adecuaría a un sistema donde un tercio de los países no aceptan ni reconocen la competencia de la Corte Interamericana. Reconocería a la Comisión su carácter de órgano principal y consultivo de la OEA⁴⁷ y representante de todos los Estados de la Organización⁴⁸ algo no atribuido a la Corte. Principalmente, demostraría que el control de convencionalidad interamericano es bifronte.

5. LAS CONSECUENCIAS DEL PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD Y DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL SISTEMA INTERAMERICANO

Un control descentralizado de convencionalidad como el que requiere la Corte Interamericana al exigir que todos los jueces de

⁴⁶ Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C, núm. 33. párrs. 80-81. Véase entre otros Filippini, Leonardo; Gos, Tatiana y Cavana, Agustín, “El valor de los informes finales de la Comisión Interamericana y el dictamen del Procurador General en el caso *Carranza Latrubesse*, consulta 25 oct 2012, disponible en http://www.palermo.edu/derecho/centros/pdf-octj/caso_Carranza_Latrubesse.pdf Salvioli, Fabián, “Un análisis desde el principio pro persona, sobre el valor jurídico de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”; en *En defensa de la Constitución: libro homenaje a Germán Bidart Carpos*, 2003, pp. 143-155; Bidart Campos, Germán y Albanese, Susana, “El valor de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en *JA 1996-III*, p. 962; Sagüés, Néstor, “Nuevamente sobre el valor, para los jueces argentinos de los pronunciamientos de la Corte Interamericana y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en *JA 1999-II*, p. 364.

⁴⁷ Arts. 52 y 111, Carta de la OEA.

⁴⁸ Art. 35 de la Convención.

los Estados ratificantes de la Convención lo practiquen, significará que habrá miles de intérpretes interamericanos decidiendo el contenido de la Convención Americana. Todo ello, por supuesto, asumiendo que el Tribunal tendrá éxito en su empresa de convencer a los jueces latinoamericanos de realizar dicho control de convencionalidad. Así, una importante consecuencia de este control de convencionalidad descentralizado es que el espacio de interpretación de la Convención no solo estará en Costa Rica, en la sede del Tribunal Interamericano. Por el contrario, habrá múltiples puntos de interpretación convencional.

Dado que no existen perspectivas ni interés en que el Tribunal Interamericano se convierta en los próximos años en una corte que decida miles de casos al año, en múltiples áreas no habrá una guía interpretativa concreta de la jurisprudencia interamericana y las únicas decisiones sobre la Convención en múltiples áreas serán de jueces nacionales. También este sistema descentralizado de control de convencionalidad necesariamente creará una multiplicidad de jurisprudencia latinoamericana sobre la Convención que puede ser consistente, contradictoria o parcialmente concordante con la actualmente existente o la que en el futuro se desarrolle a nivel interamericano.⁴⁹ Estas consistencias, contradicciones o concordancias, pueden darse a nivel horizontal entre tribunales de los mismos países y del mismo grado que pueden prever mecanismos de unificación de jurisprudencia; verticalmente entre tribunales de diferentes grados del mismo país también, pero que pueden tener o no un superior jerárquico común que permita una casación o unificación jurisprudencial. También pueden producirse consistencias, contradicciones o concordancias transnacionalmente donde tribunales de diferentes países y del mismo o diferente grado resuelven sobre los mismos temas convencionales. También, por supuesto, puede haber consistencias, contradicciones o concordancias interamericanas entre la Corte y los tribunales nacionales de diferentes grados y

⁴⁹ Con ello no abrimos juicio de valor sobre los beneficios de estas consistencias, contradicciones o concordancias. Tampoco sostenemos que esto es exclusivo del Sistema Interamericano y los jueces nacionales. En sistemas nacionales con control difuso de constitucionalidad, en Estados federales o en regímenes como los de la Unión Europea y sus relaciones con los sistemas jurídicos nacionales también se producen estas dinámicas.

Estados. Y, finalmente, las consistencias, contradicciones o concordancias se darán entre la Comisión y la Corte⁵⁰ y entre la Comisión y los tribunales nacionales.

En el ámbito interamericano no hay ningún tribunal que tenga la palabra final, obligatoria, que unifique la jurisprudencia sobre la Convención Americana. La Corte Interamericana no es, a pesar de su intención ni un Tribunal Constitucional ni un Tribunal Supremo Interamericano. Por ello, no tiene potestades unificadoras de jurisprudencia. Como dijimos, las sentencias de la Corte solo son obligatorias para el caso concreto y para las partes del proceso. Aun cuando la Corte pueda en algún caso resolver una cuestión, ello no significará que todos los tribunales latinoamericanos deban revocar sus sentencias contradictoras o parcialmente concordantes de manera retroactiva. Así que es posible que miles de casos resueltos contradictoriamente a la jurisprudencia de la Corte permanezcan así. Dados los requerimientos de presentación de peticiones a la Comisión dentro de los seis meses siguientes a la decisión final del caso y la duración de los procedimientos interamericanos, la mayoría de dichos casos con jurisprudencia nacional contradictoria a la interamericana, tampoco podrán ser litigados a nivel interamericano, por lo cual esta jurisprudencia nacional contradictoria quedará firme.

En los supuestos en donde existe jurisprudencia de la Corte Interamericana, se ha argumentado que el margen de libertad de

⁵⁰ Por ejemplo, durante varios años la Comisión consideraba que en casos de desapariciones forzadas se violaba el art. 3° de la Convención mientras la Corte lo rechazaba. Véase CIDH, Informes núm. 11/98 (Caso 10.606-Guatemala), párr. 57; núm. 55/99 (casos 10.815, 10.905, 10.981, 10.995, 11.042, 11.136-Perú), párr. 111; núm. 56/98 (casos 10.824, 11.044, 11.124, 11.125, 11.175-Perú), párr. 110; núm. 3/98 (caso 11.221-Colombia), párr. 64; núm.30/96 (caso 10.897-Guatemala), párr. 23; y núm. 55/96 (caso 8076-Guatemala), párr. 24; y casos de la Corte IDH. *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C, núm. 70, párrs. 179-181; *Caso La Cantuta vs. Perú*. Sentencia de 30 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 173, párr. 121; y *Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C, núm. 191, párr. 71. Hasta que finalmente el tribunal cambio su jurisprudencia en el caso *Anzualdo*. Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C, núm. 202, párr. 90.

los jueces nacionales es limitado, ya que deben aplicar las decisiones de la Corte⁵¹ sin posibilidad de apartarse de la misma. Discrepamos de una visión tan categórica que limita al juez nacional a una aplicación mecánica y con fe mesiánica en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Por un lado, como dejamos establecido, no hay una obligación legal convencional de seguir las decisiones de la Corte. Por otro lado, una aplicación ciega de las decisiones de la Corte impide la adecuada evolución del Sistema Interamericano. Atenta contra el carácter dinámico y evolutivo de la Convención Americana que la propia Corte reivindica: “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”.⁵² Si es así, ¿por qué un juez latinoamericano debería aplicar una jurisprudencia interamericana que puede tener 5, 10, 15, 20 o más años, cuando las condiciones en las que se dictó podrían diferir completamente de las actuales? ¿Cómo contribuye ello a la evolución del derecho interamericano? Pero fundamentalmente, ¿por qué un juez debería seguir, en un caso en el que su país no fue parte del litigio interamericano, una decisión que puede ser errada o poco garantista de la Corte Interamericana?⁵³

⁵¹ Ruiz, *op. cit.*, pp. 221-215 y Sagüés, Néstor P., “Dificultades operativas del «control de convencionalidad» en el Sistema Interamericano”, *La Ley*, 11 ago 2010, p. 3.

⁵² Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Sentencia de 26 de noviembre de 2003. Interpretación de la sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 102, párr. 56.

⁵³ Se puede ver la situación, aún más problemática, en el caso Espósito de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en cumplimiento de la sentencia de la Corte en el caso *Bulacio* (Corte IDH. *Bulacio vs. Argentina*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C, núm. 103). En *Bulacio*, la Corte estableció con dudosa base convencional y jurisprudencial la imprescriptibilidad de un caso aislado de ejecución extrajudicial y determinó que se debía continuar con la investigación para sancionar a los culpables. La Corte Suprema argentina se vio entonces ante la necesidad de decidir si debía anular, en claro perjuicio del imputado, la prescripción dictada en el proceso interno, o si debía mantener la decisión doméstica en desafío de lo resuelto por la Corte Interamericana. La Corte Suprema optó por la primera opción, pero fue muy crítica de la sentencia interamericana sosteniendo que “corresponde dejar sentado que esta Corte (Suprema) no comparte el criterio restrictivo del derecho de defensa que se desprende de la

La realidad y cercanía de los jueces nacionales con el contexto en el que deben resolver los casos debe otorgarles suficiente flexibilidad para aplicar las normas convencionales de la manera que mejor se adecuen al caso concreto. Ello se impide si deben seguir inflexiblemente la jurisprudencia de la Corte. Finalmente, esta exigencia de nulo margen de libertad de acción del juez nacional impide que haya un verdadero diálogo interactivo entre el Tribunal Interamericano y los nacionales. ¿Cómo es posible el diálogo si se pretende imponer unilateral y unidireccionalmente la jurisprudencia que emana de la Corte?

También se afecta la propia independencia judicial de los jueces latinoamericanos. Como el propio Tribunal Interamericano dijo: “la independencia interna de los jueces, (implica que...) no deben verse compelidos a evitar disentir con el órgano revisor de sus decisiones, el cual, en definitiva, solo ejerce una función judicial diferenciada y limitada a atender los puntos recursivos de las partes disconformes con el fallo originario”.⁵⁴ Es decir, los jueces pueden disentir de sus superiores jerárquicos, pero no de la sacrosanta autoridad de la Corte Interamericana.

Por supuesto, la jurisprudencia de la Corte tiene que tener un valor trascendental de guía interpretativa que los tribunales domésticos deben seguir, aun cuando sean obligatorias solo para el caso específico. En tanto tribunal y órgano especializados crea-

resolución del tribunal internacional mencionado”. Agregando “en consecuencia, se plantea la paradoja que solo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado argentino por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, garantizados al imputado por la Convención Interamericana. Dado que tales restricciones, empero, fueron dispuestas por el propio tribunal internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por dicha Convención, a pesar de las reservas señaladas, es deber de esta Corte, como parte del Estado argentino, darle cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional”. Corte Sup., E. 224. XXXIX, “Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa”, resolución del 23/12/2004, considerandos 14 y 16.

⁵⁴ Corte IDH. *Caso Aspitz Barbera y otros* (‘Corte Primera de lo Contencioso Administrativo’) vs. *Venezuela*. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C, núm. 182, párr. 84.

dos por la Convención para aplicar e interpretar la Convención, la jurisprudencia de la Corte y las opiniones de la Comisión deben ser el punto de partida de los jueces latinoamericanos al aplicar la Convención y deben darle una deferencia especial. Seguir la jurisprudencia de la Corte permite consolidar la predictibilidad y consistencia de los desarrollos legales de la Convención, fomenta la confianza en las decisiones judiciales y contribuye a la integridad real y percibida del proceso judicial.

Pero surgen grandes dudas acerca de las bondades de concebir a y exigir que los jueces latinoamericanos sean aplicadores sin margen de independencia de la jurisprudencia interamericana. Por eso, deberían elaborarse pautas claras que permitan la posibilidad de rechazar una jurisprudencia de la Corte o de la CIDH cuando fuertes motivos así lo requieran y justifiquen. Por ejemplo, la propia Corte en un caso sostuvo que “reconsidera su posición anterior” y encontró violación del artículo 3° en casos de desapariciones forzadas en los que hasta ese momento no lo hacía. La Corte, para cambiar su jurisprudencia, tuvo en cuenta la adopción de otros instrumentos internacionales, la práctica de órganos de tratados y procedimientos especiales de la ONU, la consistente posición de la Comisión y la legislación y jurisprudencia de algunos países.⁵⁵ Las razones para apartarse de la jurisprudencia interamericana podrían ser las que permiten a una Corte Suprema apartarse de sus propios precedentes. Así, podría ser permisible apartarse de los precedentes interamericanos si los mismos se han vuelto inviables, donde el cambio jurisprudencial no produce serias inequidades o significativos daños a la sociedad o a quienes actuaron en función de la jurisprudencia precedente, donde el desarrollo legal hace que el precedente sea un anacronismo doctrinario descartado. Por la sociedad o donde las premisas fácticas del precedente hayan cambiado de tal manera que resulta irrelevante e injustificable.⁵⁶ O como sostuvo en Argentina la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la regla de la deseabilidad y conveniencia de que sus fallos sean seguidos “no

⁵⁵ Caso *Anzualdo*, *supra*, párrs. 90 y ss.

⁵⁶ Como lo sostuvo la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Planned Parenthood of Southeastern Pa. vs. Casey*, 505 U.S. 833, 1992, 505 U.S. 833, votos de los Jueces O'Connor, Kennedy y Souter.

es absoluta ni rígida con un grado tal que impida toda modificación en la jurisprudencia establecida, pues los tribunales no son omniscientes y como cualquier otra institución humana, también pueden aprovechar del ensayo y del error, de la experiencia y de la reflexión... para que ello suceda... tienen que existir «causas suficientemente graves como para hacer ineludible tal cambio de criterio» o es necesario que «medien razones de justicia al efecto», entre las cuales se encuentra el reconocimiento del carácter erróneo de la decisión, la adecuada apreciación de las lecciones de la experiencia o si las cambiantes circunstancias históricas han demostrado la conveniencia de abandonar el criterio establecido”.⁵⁷ La Corte Constitucional colombiana se ha apartado expresamente de la jurisprudencia de la Corte Interamericana sosteniendo que “aunque constituye un precedente significativo... esta decisión no puede ser trasplantada automáticamente al caso colombiano en ejercicio de un control de convencionalidad que no tenga en cuenta las particularidades del ordenamiento jurídico interno, especialmente la jurisprudencia constitucional y de la Corte Suprema de Justicia”.⁵⁸ Si se aceptara nuestra propuesta de incluir la posibilidad de elevar en consulta una cuestión prejudicial a la Corte Interamericana —tal como se desarrolla más adelante—, antes de apartarse de una jurisprudencia interamericana debería requerirse esta consulta prejudicial a la Corte.

También existen interrogantes sobre las áreas donde los tribunales latinoamericanos aplican pioneramente la Convención Americana sin que haya jurisprudencia interamericana. En estas situaciones, ¿cuál es el valor que la Corte Interamericana debe darle a tales interpretaciones? ¿Existe algún grado de deferencia que la Corte debería otorgar a estas interpretaciones? ¿Deberá la Corte esperar a que varios tribunales latinoamericanos en diferentes países se pronuncien sobre los mismos temas antes de que el Tribunal Interamericano avance en dichas áreas? En los casos en que la jurisprudencia latinoamericana ha avanzado antes que la interamericana, ¿cuál es el valor interpretativo de la misma frente a las otras fuentes de interpretación que la Corte Inter-

⁵⁷ Corte Sup., *Barreto vs. Provincia de Buenos Aires*, fallos 329:759, 2006, consid. 4°.

⁵⁸ Corte Constitucional de Colombia, sentencia núm. C-442/11.

mericana utiliza, principalmente la jurisprudencia del Tribunal Europeo? ¿Cuál debería prevalecer, la jurisprudencia nacional latinoamericana o la jurisprudencia europea? ¿Cuáles serían los criterios que deberían utilizarse para decidir estas prioridades? Aun cuando las respuestas a estas preguntas exceden el propósito de este trabajo, disintimos con el exjuez García Ramírez que sostiene que cuando el tribunal nacional despliega el control de convencionalidad sin definiciones supranacionales, las decisiones de aquel solo tienen “criterios provisionales, interpartes... e invariablemente condicionado a definiciones supranacionales”.⁵⁹ No es verdad que solo sean pronunciamientos provisionales, pues muchos, si no todos ellos, quedarán firmes en los casos puntuales en que fueron dictados. La Corte debe como mínimo citar esta jurisprudencia pionera y reconocer explícitamente si concuerda con ella y dar explicaciones específicas por las cuales sigue o se aparta de la jurisprudencia pionera nacional.

La Corte, a través de sus sentencias, debería crear una doctrina apropiada sobre el valor que la interpretación de los jueces latinoamericanos tiene para el desarrollo del contenido de la Convención Americana. Hasta ahora, el Tribunal no ha elaborado siquiera mínimamente cuál es el valor de tal jurisprudencia latinoamericana. Por ejemplo, la Corte no explica si la jurisprudencia latinoamericana sirve como ejemplo de buena práctica, como guía o pauta para la interpretación que desarrolla la propia Corte, como apoyo de su propia interpretación o para indicar que la Convención está siendo interpretada de acuerdo con un consenso regional reflejado en la jurisprudencia de los países. Si fuese así, ¿debería preguntarse si el consenso regional debe ser una pauta de interpretación de la Convención? ¿Es legítimo que la Corte se guíe por este consenso regional? ¿Cuándo puede apartarse del mismo? Si se acepta la importancia del consenso, ¿cómo se determina el consenso? ¿Cuándo existe jurisprudencia coincidente en 10 países?, ¿5?, ¿25? Y, ¿qué sucede si no hay consenso regional?

Por ejemplo, cuando la Corte decidió *Barrios Altos*, la mayoría de los países tenían leyes de amnistía y la mayoría de los tribuna-

⁵⁹ García Ramírez, *op. cit.*, pp. 128-129.

les habían dicho que tales leyes eran constitucionales. ¿Debería la Corte haberse guiado por ese consenso? Algunos han entendido que la Corte debería seguir más de cerca a su par europeo en este punto que presta mayor atención a la existencia de un consenso regional antes de extender el alcance de la Convención Europea de Derechos Humanos.⁶⁰ No definiremos la legitimidad, el valor o la importancia del consenso regional en materia de derechos humanos. Dudamos que sea aconsejable que el consenso regional sea un factor determinante en la interpretación de la Convención. En una región donde hay tantas deudas en materia de derechos humanos, dar deferencia al consenso regional implicaría bajar muchos estándares de protección. Además, significaría una visión un tanto conservadora del rol de la Convención y de la Corte que se limitarían a proteger los derechos ya tutelados regionalmente a nivel nacional y tan solo ayudarían a avanzar a algunos países rezagados. Creemos que la Convención y la Corte cumplen un rol mucho más importante en las Américas. El consenso regional puede ser una de las pautas de interpretación, pero ni la primera ni la principal. La Corte debe estar consciente de qué es lo que están haciendo los Estados y juzgando los tribunales en cada área sobre la que debe pronunciarse. Esto necesariamente facilitará la aceptación de su jurisprudencia y su comprensión del contexto en el que operará tal jurisprudencia. A la par, insistimos en el punto de que la Corte, si utiliza la jurisprudencia nacional, debe explicar de manera más seria por qué lo hace, si es necesario para demostrar un consenso regional y además, ser más consistente en cómo utiliza esta práctica.

Por ejemplo, en el caso *Sarayaku*, la Corte cita legislación y jurisprudencia nacional en materia de consulta previa, libre, informada a pueblos indígenas. Sostiene la Corte:

Diversos Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, a través de su normatividad interna y por medio de sus más altos tribunales de justicia, han incorporado los estándares mencionados. De ese modo, la normatividad interna de varios Estados de la región; como, por ejemplo, en Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Estados Unidos, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela, se

⁶⁰ Neuman, *op. cit.*

refiere a la importancia de la consulta o de la propiedad comunitaria. Además, varios tribunales internos de Estados de la región que han ratificado el Convenio 169, OIT, se han referido al derecho a la consulta previa de conformidad con las disposiciones del mismo. En ese sentido, altos tribunales de Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, México, Perú o Venezuela han señalado la necesidad de respetar las normas de consulta previa y de dicho Convenio. Otros tribunales de países que no han ratificado el Convenio 169, OIT, se han referido a la necesidad de llevar a cabo consultas previas con las comunidades indígenas, autóctonas o tribales, sobre cualquier medida administrativa o legislativa que los afecte directamente así como sobre la explotación de recursos naturales en su territorio. De ese modo, se observan desarrollos jurisprudenciales similares por parte de altas cortes de países de la región como Canadá o Estados Unidos, o de fuera de la región como Nueva Zelanda. Es decir, la obligación de consulta, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del derecho internacional.⁶¹

Las citas que realiza la Corte incluyen regulaciones de distinto tipo que reconocen en mayor o menor medida la consulta previa. También recoge decisiones judiciales de múltiples variedades, con diversos matices, con diferentes grados de respeto a los derechos de los pueblos indígenas. Menciona a países que han ratificado la Convención (Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela —aunque este último la denunció con posterioridad—), a países que no la han ratificado —Belice, Canadá, Estados Unidos— así como a países fuera de la región —Nueva Zelanda—. Sin embargo, la Corte las incluye a todas juntas como si todas regulasen de la misma manera el derecho a la consulta y fuesen consistentes con la doctrina que la Corte estaba sosteniendo, y como si todas hubiesen sido adoptadas por la influencia de la Convención o para cumplir con esta. La Corte no realiza un análisis serio de la jurisprudencia latinoamericana para determinar la existencia —y en su caso las consecuencias— de un consenso regional en torno al derecho a la consulta previa, o en

⁶¹ Corte IDH. *Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C, núm. 245, párr. 162.

todo caso, para precisar el contorno o contenido de tal derecho. Tampoco parece el Tribunal Interamericano interesado en analizar la jurisprudencia contraria de varios países al tipo de consulta y efectos de la falta de consulta. Por ejemplo, en Brasil cita a un tribunal inferior que reconoce el derecho a la consulta, pero omite cualquier referencia a la decisión del Tribunal Supremo que estableció muchísimas condiciones para la consulta a pueblos indígenas.⁶²

En *Sarayaku*, al igual que en otros casos, la Corte no explica en primer lugar, por qué es válido recurrir a la jurisprudencia latinoamericana. Tampoco indica cuáles son los parámetros de selección de la jurisprudencia que utiliza. No desarrolla articulación alguna acerca del valor que tiene la jurisprudencia del Estado que está siendo analizado frente a las decisiones de otros tribunales latinoamericanos. En cuarto lugar, no explica cómo se resuelven posibles conflictos entre jurisprudencias o cómo se concilian diferentes matices. Finalmente, no analiza la Corte cuáles son las razones por las que excluye jurisprudencia contraria al razonamiento del Tribunal Interamericano.

La Corte debería ser más seria respecto del tan mentado diálogo jurisprudencial,⁶³ es decir, a la influencia recíproca entre los tribunales nacionales e interamericano en el desarrollo de su jurisprudencia. Actualmente, parece ser más un monólogo unidireccional o “matriz unidireccional”.⁶⁴ Por ejemplo, su presidente ha dicho que “altos tribunales latinoamericanos vienen nutriéndose de la jurisprudencia de la Corte en un proceso que podríamos llamar de «nacionalización» del derecho internacional de

⁶² Decisión (Acórdão) del Supremo Tribunal Federal sobre la Petición 3388-4 Roraima, disponible en <http://www.stf.us.br/portal!gera//verPdfPaginado.asp?id=603027&ti po=A C&descricao=Inteiro%20Teor%20Pet%20/203388>

⁶³ Véase, por ejemplo, Slaughter, Anne-Marie de, “A Typology of Transjudicial Communication”, *U. RICH.L. REV.*, vol. 29, 1994, pp. 99, 103; “Judicial Globalization”, en *Va. J. Int'l L.*, vol. 40, 2000, p. 1103; y “A Global Community of Courts”, en *HARV. INT'L L.J.*, vol. 44, 2003, p. 191.

⁶⁴ Bázan, Víctor, “Control de Convencionalidad, Aperturas Dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 18/2º, semestre 2011, p. 94.

los derechos humanos. Para que ocurra ese importante proceso de interacción entre tribunales nacionales e internacionales en la región, en el cual los primeros están llamados a aplicar el derecho internacional de los derechos humanos y observar lo dispuesto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, es preciso que se continúe incentivando el diálogo sustantivo que lo permita”.⁶⁵ Pero el presidente de la Corte no menciona para nada la necesidad de que el Tribunal Interamericano se nutra, informe, enriquezca de la jurisprudencia latinoamericana.

6. HACIA UN MODELO CONSTITUCIONAL INTEGRADO INTERAMERICANO

A pesar de las insuficiencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana en su análisis y utilización del control de convencionalidad, creemos firmemente en la necesidad de contar con un modelo interamericano integrado, donde confluya el derecho constitucional latinoamericano y el derecho interamericano. Este modelo integrado debe elaborarse de manera seria, consistente, coherente y sistemática por parte de la Corte.⁶⁶ Nuestra propuesta fundamental es que la Corte debe asumir que los jueces latinoamericanos en este nuevo marco son actores esenciales y centrales en no solo la aplicación, sino en el desarrollo del contenido de la Convención. Para ello, debe reconocer la importancia del rol político que los jueces juegan en este proceso y transformarse en su aliada y, además, transformarlos en sus aliados.⁶⁷ Además, deben efectuarse reformas convencionales, procedimentales y jurisprudenciales para suplir algunos de los vacíos e inconsistencias que mencionamos y para facilitar el proceso de integración que la Corte promueve.

⁶⁵ Voto concurrente del juez Diego García-Sayan en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Cepeda Vargas vs. Colombia* del 26/5/2010, párr. 33.

⁶⁶ Para propuestas en Europa de cómo integrar más a la Convención Europea ya la Corte Europea en los Estados parte véase, Helfer, *op. cit.*, pp. 149-157.

⁶⁷ Huneeus, Alexandra, “Courts Resisting Courts: Lessons From The Inter-American Court’s Struggle To Enforce Human Rights”, en *Cornell Int’l L.J.* vol. 44, 2011, p. 493.

6.1. Un nuevo modelo convencional

Desde hace varios años promovemos una reforma convencional. En el pasado insistimos en que la reforma debería utilizarse para cambiar el rol o perfil de la Comisión Interamericana.⁶⁸ Hoy, proponemos cambios convencionales para incrementar o profundizar el modelo integral del Sistema Interamericano. Consideramos que este es un momento propicio para discutir una reforma a la Convención debido a una fuerte movilización de un grupo importante de países para debilitar el sistema interamericano de tutela de los derechos humanos.⁶⁹ Pero la cuestión de la oportunidad no debe significar que no se pueda discutir un modelo convencional alternativo que refleje mejor la manera en que la Convención forma parte de este modelo interamericano integrado.

Proponemos cuatro cambios convencionales. Por un lado, un ajuste al artículo 2° para requerir de manera clara y explícita que la Convención debe ser incorporada al derecho interno, que el tratado debe prevalecer internamente sobre cualquier normativa nacional y que los jueces tienen la facultad de aplicar directamente la Convención y ejercer el control de convencionalidad. Un segundo cambio convencional debe reconocer explícitamente

⁶⁸ Véase, por ejemplo, mis publicaciones “The Inter-American Human Rights System Fifty Years Later. Time For Changes”, en *Special Edition, Revue Québécoise de Droit International*, vol. 127, 2011; “Las peticiones individuales ante la Comisión interamericana de Derechos Humanos o el amparo interamericano en contexto”, en Manili, Pablo Luis (dir.), *Tratado de derecho procesal constitucional: Argentina, comparado y transnacional*, t. III, La Ley, 2010, p. 667; “Reflexiones sobre la judicialización interamericana y propuesta de nuevos perfiles para el amparo interamericano”, en Abad Yupanqui, Samuel B. y Perez Tremps, Pablo, *La reforma del proceso de amparo: La experiencia comparada*, Palestra Editores, 2009, p. 327; “50 años del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Una propuesta de reflexión sobre cambios estratégicos necesarios”, en Cavallo Gonzalo, Aguilar, *60 años después: enseñanzas, pasadas y desafíos futuros*, Librotecnia, 2008, p. 491; y “La OEA y los derechos humanos: nuevos perfiles para el Sistema interamericano”, en *Diálogo Político: La OEA y el Sistema Interamericano*, año XXV, núm 4, Honrad-Adenauer-Stiftung, 2008, p. 69.

⁶⁹ Amato, Victoria, “Una mirada al proceso de reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en *Due Process of Law Foundation*, Aportes 16.

te el valor del precedente de las decisiones de la Corte y de la Comisión. Ello puede significar una adición a los artículos 51 y 68 para extender el efecto de las decisiones de la Corte y de la Comisión más allá de las partes en el caso concreto.

Por supuesto que algunos pueden indicar que estos cambios convencionales no son necesarios, ya que la mayor parte del constitucionalismo latinoamericano ya le da un rango especial a la Convención y que los jueces latinoamericanos ya ejercen el control de convencionalidad y aplican el tratado interamericano y las interpretaciones de los órganos del sistema.⁷⁰ Tampoco en Europa existe explícitamente y, sin embargo, se realiza en la práctica. Lo mismo puede sostenerse en Estados Unidos donde el *judicial review* no está expresamente establecido en la Constitución. Coincidimos en general en esta apreciación, pero de todas maneras consideramos que el texto convencional debería ser aún más explícito en estos aspectos. Por un lado, no todas las constituciones de los Estados parte de la Convención otorgan este rango especial.⁷¹ Por otro lado, no todos los jueces, ni siquiera todas las cortes constitucionales o superiores, aplican de manera consistente y rutinariamente la Convención interpretada.⁷² Facilitaría la aplicación por parte de los jueces nacionales latinoamericanos, muchas veces aun, muy formalistas. Además, le daría una base convencional más sólida a la teoría del control de convencionalidad.

La tercera modificación debería facilitar la interacción entre los jueces latinoamericanos y la Corte. Para ello, debería establecerse un mecanismo que permita elevar en consulta a la Corte causas que estén pendientes ante los tribunales nacionales. Se podría seguir en este sentido el modelo de la Unión Europea, en el que cualquier órgano judicial de un Estado miembro de la Unión puede dirigirse al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para formularle una duda sobre la validez o la correcta interpretación de un acto jurídico adoptado por la Unión.⁷³ El juez

⁷⁰ Ruíz, *op. cit.*

⁷¹ Es el caso de las Constituciones de Uruguay, Barbados, Surinam por ejemplo.

⁷² Véase Huneeus, *op. cit.*

⁷³ Art. 19.3.b. Tratado de la Unión Europea.

nacional que plantea esta cuestión en el marco de un proceso que esté conociendo debe suspender el procedimiento hasta que el Tribunal de Justicia se pronuncie. El objetivo primordial de este recurso prejudicial es garantizar una interpretación uniforme del derecho de la Unión Europea, bajo la autoridad del Tribunal de Justicia. Pero al mismo tiempo, las relaciones entre los sistemas judiciales nacionales y el regional.

Este cambio permitiría a los jueces, ante dudas convencionales, referir el caso a la Corte para que esta dé su opinión al respecto, la cual sería obligatoria para el juez. Ello serviría para múltiples propósitos. Por un lado, serviría preventivamente para evitar que jueces resuelvan de manera contraria a la Convención y que estas decisiones puedan ser cuestionadas varios años después. En segundo lugar, facilitaría enormemente la interacción entre los tribunales locales y el Tribunal Interamericano. En tercer lugar, serviría para aumentar el número y tipo de cuestiones que resuelve la Corte Interamericana. En cuarto lugar, serviría para fortalecer a los jueces nacionales y podría alterar las dinámicas entre jueces inferiores y sus jerárquicos superiores, ya que encontrarían el sustento de sus decisiones en la opinión de la Corte.

Finalmente, se debería ampliar la legitimación para solicitar opiniones consultivas a la Corte. Debería reconocerse a las cortes o tribunales supremos y/o constitucionales, a los congresos y parlamentos nacionales, a las instituciones nacionales de derechos humanos —defensorías del pueblo, comisiones de derechos humanos, o cualquiera que sea su denominación—, la posibilidad de acudir al Tribunal Interamericano para solicitar opiniones consultivas, particularmente en el inciso 2º, artículo 64, relativo a la compatibilidad de cualquiera de las leyes internas del Estado con los instrumentos internacionales de derechos humanos. Ello traería al sistema mayor interacción con actores estatales esenciales, permitiendo una visión desagregada del Estado.

También podría ayudar a destrabar procesos políticos internos donde un poder del Estado promueve la adopción de políticas compatibles con los derechos humanos, pero otros sectores o poderes se oponen o resisten a tales políticas.

6.2. Un nuevo modelo procedimental

La Corte, por su parte, debería revisar su procedimiento para favorecer la participación y reconocer el rol central que los jueces cumplen en la tutela convencional interamericana integrada. Para ello, proponemos dos reformas procedimentales fundamentales.

Por un lado, la Corte, al momento de convocar a una audiencia pública sobre un caso, siempre debería citar a comparecer en calidad de testigo a uno o varios de los jueces que hayan intervenido en el caso concreto. Ello serviría para dos propósitos. Por un lado, una reafirmación del compromiso del Tribunal de escuchar y conocer la opinión del/los magistrado/s que hayan intervenido y valorar adecuadamente la misma. Así, la Corte se beneficiaría al conocer las razones, posibilidades y limitaciones que enfrentan los magistrados al decidir el caso concreto. Por el otro lado, la presencia de magistrados cumpliría un aspecto pedagógico importante al permitir a los comparecientes conocer el funcionamiento del Tribunal Interamericano y comprender la manera en la que se arriba a decisiones que luego deberían aplicar.

El segundo cambio procedimental propone que la Corte establezca canales formales y voluntarios de interacción con los jueces nacionales de todos los Estados y no solo de aquellos del respectivo Estado en el caso concreto. La Corte, al recibir un nuevo caso, lo debería notificar de inmediato a todos los tribunales latinoamericanos superiores e invitarlos a someter dictámenes en calidad de *amicuscuriae*. Podría solicitar información a todos los tribunales superiores sobre su jurisprudencia en el área/tema debatido en el caso concreto. También podría pedir la opinión de los tribunales sobre la manera en que el Tribunal debería resolver el caso concreto. Obviamente, dado que como adelantamos, el consenso regional no debe ser la guía principal de interpretación convencional, la opinión de los tribunales nacionales deberá ser un elemento a considerar por la Corte al momento de resolver la controversia. Como explica Sagüés, si los veredictos de la Corte tienen pretensiones de generalidad y los jueces pueden verse vinculados por una jurisprudencia vertida en un procedimiento en el que no fueron parte y tampoco oídos, tal situación sugiere habilitar alguna instancia donde los Estados o jueces que quieran

hacerlo, puedan hacer llegar su criterio sobre el artículo que se está interpretando.⁷⁴

6.3. Un nuevo modelo jurisprudencial

La expresión de la actividad jurisdiccional de la Corte, es decir sus fallos, debe promover y facilitar el diálogo con los jueces y facilitar la utilización de su jurisprudencia por parte de los magistrados nacionales. Por un lado, la lectura de las decisiones de la Corte debe ser facilitada. Fallos con una extensión de más de cien páginas no son de fácil lectura y al contrario, dificultan su utilización por los tribunales.

Pero lo fundamental es que la Corte debe ser mucho más explícita, precisa y seria en los razonamientos que utiliza para decidir cada caso concreto. Muchas veces, es sumamente difícil poder determinar cuál es el razonamiento central utilizado por el Tribunal para resolver si existió o no una violación.⁷⁵ La Corte debe ser muy cuidadosa en distinguir los casos unos de otros y debe prestar particular atención a las especificidades de cada caso concreto y el contexto en el que cada caso se desarrolló. Varios autores han indicado que el éxito del control de convencionalidad radica en que las sentencias de la Corte estén bien razonadas, basadas en fundamentos jurídicos firmemente establecidos.⁷⁶ De hecho, en el quizás más importante estudio sobre la efectividad de la judicialización trasnacional, se ha sostenido que uno de los factores que determinan la efectividad de un tribunal es la calidad de sus decisiones, entendiéndose que sean razonadas y con argumentos sólidos.⁷⁷

Por otra parte, la jurisprudencia de la Corte Interamericana debe ser modificada para que los jueces latinoamericanos sean revalorados y se facilite el proceso de aceptación de la jurisprudencia.

⁷⁴ Sagüés, *op. cit.*, p. 5.

⁷⁵ Sagüés, *op. cit.*, p. 2.

⁷⁶ Binner, *op. cit.*, p. 1228. Sagüés, *op. cit.*, p. 3.

⁷⁷ Helfer, Laurence R., Slaughter, Anne-Marie, "Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication", en *Yale L.J.*, vol. 107, 1997, pp. 318-323.

dencia interamericana. En primer lugar, el Tribunal debe tomar más seriamente la jurisprudencia interamericana, o mejor dicho latinoamericana, y explicar cuál es el valor de la misma en la interpretación de la Convención. Debe analizar detalladamente los casos que cita, explicar por qué los cita, cómo los seleccionó, por qué si hay jurisprudencia contraria la misma es incorrecta de acuerdo con la Convención y la jurisprudencia interamericana.

También la Corte debe ser muy clara y puntual en informar por qué es válido recurrir a la jurisprudencia de fuera de la región.⁷⁸ ¿Cuál es el valor de la jurisprudencia europea o del Comité de Derechos Humanos? Cuando los textos convencionales interamericanos, europeos o universales no son idénticos, ¿por qué puede recurrirse a esta jurisprudencia? Y, en particular, deberá explicar el Tribunal cuál es el balance entre la interpretación latinoamericana y la jurisprudencia de la Corte Europea. ¿Cuál debe predominar? ¿Cuál tiene mayor poder persuasivo? ¿Por qué?

Similar seriedad jurisprudencial debe exigirse al utilizar la normativa internacional distinta de la Convención. ¿Cuándo debe prevalecer el derecho interamericano sobre otros tratados? ¿Cuándo es legítimo y hasta qué punto pueden utilizarse las normas de tratados no adoptados dentro del Sistema Interamericano? Por ejemplo, ¿por qué para la definición de discriminación se utiliza la contenida en la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial o la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y no la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, instrumento interamericano que contiene una definición de discriminación?⁷⁹ ¿Cuándo es posible recurrir a normas no convencionales si no de derecho blando? ¿Cuál es el valor de las mismas y por qué pueden ser pautas de interpretación de un texto convencional?

Finalmente, la Corte debe analizar mucho más seriamente el valor de las decisiones de la Comisión Interamericana. La Corte

⁷⁸ Neuman, *op. cit.*, p. 116.

⁷⁹ Corte IDH. Caso *Atala Riffo y Niñas*, párr. 81. Hay dos sentencias, verificar a cual se refiere.

debería explicar como mínimo, cuál es el valor interpretativo de la práctica de la CIDH, cuál es el grado de deferencia que le otorga, cuándo debe seguirla y cuándo apartarse de ella. En particular, en este momento en que la Comisión ha cambiado su rol de representante de los intereses de las víctimas a tuteladora del orden público interamericano, la Corte debe ser mucho más seria con la consideración de los argumentos de su par interamericano. Y, principalmente, debe estipular que la Convención interpretada por la Corte y la Comisión es el parámetro de control de convencionalidad.

6.4. Un nuevo modelo promocional

El éxito del modelo integrado depende de que los jueces latinoamericanos utilicen la jurisprudencia interamericana. Para ello, la Corte debe realizar todos los esfuerzos para facilitar el acceso a su jurisprudencia. Su página de internet debe ser inmediatamente modificada para que la búsqueda de casos sea facilitada. Por ejemplo, en estos momentos si uno busca de manera simple o avanzada casos de desaparición forzada, no recupera el caso *Velásquez Rodríguez*, el más emblemático y paradigmático y sobre el cual se asienta toda la jurisprudencia de la Corte Interamericana.⁸⁰ La Corte debería aprender de su modelo europeo, a quien copia indiscriminadamente en su jurisprudencia, y desarrollar un buscador más adecuado al siglo XXI. Sagüés ha propuesto que la Corte elabore y sistematice de inmediato un sistema detallado y preciso de reseñas de sus sentencias y opiniones consultivas, con índices temáticos y cronológicos y de partes, de cuidadosa factura.⁸¹ Además, en estos momentos no existe jurisprudencia disponible en idiomas tales como el portugués para Brasil o el francés para Haití, que permita a los jueces de dichos países utilizarla. Tan solo se encuentran en portugués los casos brasileños y en francés los casos haitianos, una minoría en la jurisprudencia interamericana.⁸²

⁸⁰ Véase <http://www.corteidh.or.cr/buscar.cfm?clave=desaparicion/o20forzada> consulta 10 oct 2012.

⁸¹ Sagüés, *op. cit.*, p. 2.

⁸² Obviamente que esto requeriría que la Corte cuente con mayores recursos de la OEA.

Desde el otro lado de la ecuación, la Corte debe desarrollar una política sistemática para que los jueces y abogados del Tribunal conozcan de manera actualizada los desarrollos jurisprudenciales en América Latina que apliquen la Convención.

La Corte debería realizar una alianza estratégica mucho más fuerte con el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y con la Comisión Interamericana, para garantizar una capacitación permanente a los operadores jurídicos. En este accionar, la Corte debe entender que es un Tribunal y no un centro académico o de capacitación. Para ello, la Corte debería cambiar radicalmente su estrategia actual de realizar cursos, capacitaciones, conferencias, publicaciones a través de sus jueces o funcionarios de su Secretaría. El Tribunal debe concentrarse en su actividad judicial y garantizar que sus jueces y sus abogados cumplen exclusivamente tareas judiciales. O bien, debería crear una unidad pedagógica y de análisis jurisprudencial, o bien, solo facilitar que otras instituciones realicen estas tareas. Lo que debe realizar institucionalmente es facilitar que en los países donde existen carreras y escuelas judiciales, las mismas incluyan capacitación permanente sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Lo mismo debe decirse en cuanto a estrategias de intercambio de publicaciones para asegurar que la Corte recibe las publicaciones de los tribunales latinoamericanos y viceversa. Asimismo podría, en cooperación con otros altos tribunales, formar los *dossier* de casos por temas. Estratégicamente, la Corte debe facilitar y promover las actividades de las universidades para que se realicen más estudios, tanto positivos como críticos sobre el Tribunal. Y, además, para que haya más publicaciones sobre la Convención Americana interpretada por los tribunales latinoamericanos e interamericano.

7. CONCLUSIÓN

El control de convencionalidad demuestra que en la actualidad el Sistema Interamericano no es un sistema autónomo y auto-suficiente —si es que en algún momento lo fue—, que opera por

sí solo en su propia esfera de actuación.⁸³ Desde hace tiempo, venimos insistiendo en que al hablar del Sistema Interamericano de Derechos Humanos debe pensarse de manera más amplia que solo en la Comisión y la Corte.⁸⁴

Al sistema lo crean, asumen las responsabilidades principales y son los destinatarios de las decisiones de la Comisión y la Corte, los Estados. Y al hablar de Estado debe pensarse en un Estado multifacético y no monolítico, con múltiples actores con distintas agendas, responsabilidades y visiones que van desde los ministerios de Relaciones Exteriores hasta los poderes judiciales y legislativo, las defensorías del pueblo, los fiscales y defensores públicos, pasando por las múltiples autoridades a nivel nacional, provincial y municipal que dentro de sus respectivos ámbitos tienen responsabilidades en materia de derechos humanos.

Por otra parte, la OEA y sus órganos, particularmente la Asamblea General, el Consejo Permanente y la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, tienen roles importantísimos dentro del sistema de derechos humanos, como son la elección de los miembros de la Comisión y la Corte, la discusión de los informes anuales de estos órganos, la aprobación de su presupuesto, la adopción de nuevos instrumentos de derechos humanos y, fundamentalmente, su actuación como garantes colectivos del sistema. El secretario general de la OEA también tiene sus atribuciones y su importancia dentro del sistema, en tanto puede influenciar en la agenda de la Organización regional, tiene la palabra final en el nombramiento de los funcionarios de la Comisión y puede interactuar políticamente tanto con los Estados como con los órganos de derechos humanos propiamente dichos.

Los organismos de la sociedad civil —concebida en términos amplios y no solamente las ONG especializadas de derechos humanos—, en tanto son los principales usuarios del sistema, presentando denuncias, proveyendo de información a los órganos

⁸³ Véase en el mismo sentido para el Sistema Europeo, Sweet, Alec Stone, “On the constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court”, en *Faculty Scholarship Series*, Paper 71, 2009, p. 8.

⁸⁴ Véase nota 69.

y a sus sociedades, asesorando a víctimas, entrenando a actores locales, también son parte fundamental de las interrelaciones que se forman en el Sistema Interamericano. La comunidad académica que estudia, analiza, critica, debate, difunde, robustece, sugiere, recomienda, advierte y opina sobre el Sistema Interamericano. Y por último, pero quizás lo fundamental, las sociedades y en particular las víctimas de abusos que acuden al sistema en busca de justicia que no han encontrado en sus propios países.

En esta perspectiva, el control de convencionalidad pone en evidencia que los jueces y administradores de justicia son actores interamericanos de primera relevancia. Demuestra particularmente que el Estado no puede continuar siendo considerado como una ficción unitaria y que debe desagregarse para entender el rol particular que los jueces están llamados a desempeñar. Pero también demuestra la necesidad de la Corte de entender cabalmente que necesita de la cooperación de las instituciones nacionales, especialmente de los jueces y tribunales para implementar y ejecutar sus decisiones y para aplicar su jurisprudencia.⁸⁵

El control de convencionalidad indica cómo el Sistema Interamericano no es propiedad ni terreno exclusivo de la Corte Interamericana ni de los Estados representados por sus ministerios de Relaciones Exteriores. De modo que, cualquier discusión y propuestas de reforma y alteración del sistema deben necesariamente incluir a todos los actores relevantes, incluidos los propios jueces.

⁸⁵ Binder, *op. cit.*, p. 1205.

VII. Las peticiones individuales ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o el *amparo interamericano* en contexto*

1. INTRODUCCIÓN

En el 2009, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos reformaron sustancialmente sus reglamentos alterando algunos aspectos im-

* Este trabajo fue publicado en la obra *Tratado Derecho Procesal Constitucional: Argentino, Comparado y Transnacional*, de Pablo Luis Manili (dir.), La Ley, Buenos Aires, 2010, t. III. El presente análisis comprende el periodo entre 1997 y 2008. Deseo agradecer a Robert Goldman, Pedro Nikken, José Zalaquett, Víctor Abramovich, Paolo Carozza, Elizabeth Abi-Mershed, Christina Cerna, Daniel Brinks, Eduardo Bertoni, Carmen Herrera, Carolina de Campos Melo, Mariela Puga, Lucie Lamarche, Bernard Duhaime, Carlos Quesada, Diego Camaño, Andrés Ramírez, así como los participantes de la *34th anual Wolfgang Friedmann Conference: Reform and Challenges Confronting Regional Human Rights Regimes*, celebrada en (Columbia University School of Law, el 8 de abril, New York, EE UU), del Seminario “Comemoración del sesenta aniversario de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” (28 de mayo de 2008, Bogotá, Colombia) y del diálogo celebrado en el Centro de Estudios Legales y Sociales (8 de julio de 2008, en Buenos Aires) por sus comentarios, reflexiones y críticas a las versiones preliminares de ese artículo. Un especial reconocimiento a Emily Spangenberg y Celina Van Dembroucke y a Denise Gilman. Versiones preliminares y diferentes de este artículo han sido publicadas bajo los siguientes títulos “50 Años del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Una Propuesta de Reflexión sobre Cambios Estratégicos Necesarios”, en *60 Años Después: Enseñanzas Pasadas y Desafíos Futuros*, 2007; “La OEA y los derechos humanos: nuevos perfiles el Sistema Interamericano”, en *Diálogo*

portantes de la tramitación de peticiones y casos contenciosos.¹ Estas modificaciones se produjeron en el año en que la CIDH cumplió 50 años de existencia y se celebraron 40 años de la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 30 de la instalación de la Corte. En el 2008 se habían cumplido 60 años de la creación de la OEA y de la adopción de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 30 años de la entrada en vigencia de la Convención. Las reformas reglamentarias y estos importantes hitos históricos ofrecen una buena oportunidad para reflexionar sobre logros alcanzados, desafíos presentes, o en otras palabras, analizar la situación actual del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y cómo se prepara para afrontar sus próximas cinco décadas.²

Político, año 25, núm. 4, 2008 y “Reflexiones sobre la judicialización interamericana y propuesta de nuevos perfiles para el amparo interamericano”, en *La reforma del Proceso de Amparo: La Experiencia Comparada*, 2009.

¹ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Exposición de motivos de la Reforma Reglamentaria, disponible en http://www.corteidh.or.cr/regla_esp.pdf y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Comunicado de prensa, núm. 84/09, CIDH publica su nuevo reglamento, disponible en <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/ISpanish/2009/84-09sp.htm>

² En realidad, al hablar de Sistema Interamericano de Derechos Humanos debe pensarse de manera más amplia que solo en la Comisión y la Corte. Al sistema, lo crean, asumen las responsabilidades principales y son los destinatarios de las decisiones de la Comisión y la Corte los Estados. Y al hablar de Estado debe pensarse en un Estado multifacético y no monolítico, con múltiples actores con distintas agendas, responsabilidades y visiones que va desde los ministerios de Relaciones Exteriores hasta los poderes judiciales y legislativo, las defensorías del Pueblo, los fiscales y defensores públicos, pasando por las múltiples autoridades a nivel nacional, provincial y municipal que dentro de sus respectivos ámbitos tienen responsabilidades en materia de derechos humanos. Por otra parte, la OEA y sus órganos, particularmente la Asamblea General, el Consejo Permanente y la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, tienen roles importantísimos dentro del sistema de derechos humanos, como son la elección de los miembros de la Comisión y la Corte, la discusión de los informes anuales de estos órganos, la aprobación de su presupuesto, la adopción de nuevos instrumentos de derechos humanos y, fundamentalmente, su actuación como garantes colectivos del sistema. El secretario general de la OEA también tiene sus atribuciones y su importancia dentro del sistema, en tanto puede influenciar en la agenda de la Organización regional, tiene la palabra final en el nombramiento de los funcionarios de la Comisión y puede interactuar políticamente tanto con los Estados, como con los órganos de derechos humanos propiamente

En estos 50 años, en el marco de la OEA, se ha desarrollado una compleja maquinaria destinada a la promoción y protección de los derechos humanos. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos le ha dado a la OEA renombre y la ha hecho más conocida en nuestros países y en el mundo entero.³ En los tiempos oscuros de las dictaduras y guerras civiles y en los tiempos modernos de democracias endeudadas con la solución de problemas estructurales de derechos humanos, la Comisión y la Corte fueron y son la conciencia del hemisferio, apoyando a los Estados —cuando existían las condiciones— y a sus habitantes en la efectiva protección de los derechos humanos. El sistema, con sus distintas atribuciones y mediante la resolución de casos individuales, visitas *in loco*, relatorías temáticas, opiniones consultivas, medidas cautelares y provisionales, así como informes temáticos y sobre países, cumple un rol fundamental de denuncia y de alerta temprana frente a situaciones que comprometen la consolidación de la democracia y el Estado de derecho, al tiempo de proteger los derechos de los habitantes cuando estos no son debidamente garantizados a nivel nacional. La Comisión y la Corte han salvado y continúan salvando vidas, han permitido abrir espacios democráticos en el pasado y contribuyen en la actualidad a consolidar las democracias, han combatido y combaten la impunidad y ayudan a asegurar la verdad, justicia y reparaciones a las víctimas de violaciones a los derechos humanos.

dicho. Los organismos de la sociedad civil —concebida en términos amplios y no solamente las ONG especializadas de derechos humanos—, en tanto son los principales usuarios del sistema, presentando denuncias, proveyendo de información a los órganos y a sus sociedades, asesorando a víctimas, entrenando a actores locales, también son parte fundamental de las interrelaciones que se forman en el Sistema Interamericano. Y por último, pero quizás lo fundamental, las sociedades y en particular las víctimas de abusos que acuden al sistema en busca de justicia que no han encontrado en sus propios países. Las víctimas son las que han orientado todo el trabajo, incluida la interpretación normativa, de la Comisión y de la Corte. La tutela de sus derechos son el fin último del Sistema Interamericano.

³ Como dijo el exembajador de la República Dominicana ante la OEA, “En casi cada ocasión en que un representante ante la OEA hace mención del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, utiliza adjetivos descriptivos superlativos, tal como “la joya de la corona de nuestra Organización”. Véase Álvarez Gil, Roberto, “Desafíos y retos en el uso del sistema interamericano”, en *Revista IIDH*, vol. 46, 2007, p. 19.

Todos estos logros se han conseguido exitosamente cuando el sistema, y particularmente la CIDH, han utilizado de manera estratégica la combinación de diferentes herramientas. De todos los mecanismos disponibles, en las dos últimas décadas, el sistema de casos individuales, o lo que varios autores han denominado el *amparo interamericano*, se ha transformado en su herramienta por excelencia.⁴ El *amparo interamericano* consiste en el derecho de petición para acudir ante la Comisión, a fin de denunciar las violaciones a los derechos humanos de las personas causadas por la acción, omisión o tolerancia de agentes o entes de cualesquiera de los Estados miembros de la OEA.⁵ Bajo ciertas circunstancias este *amparo interamericano* puede ser decidido mediante una sentencia judicial dictada por la Corte.

En las últimas dos décadas es posible observar una clara tendencia hacia la *legalización* y particularmente *judicialización* del Sistema Interamericano. Desde esta perspectiva, quisiéramos analizar las novatas reformas reglamentarias y conmemorar los pasados aniversarios mediante una reflexión sobre el funcionamiento del Sistema Interamericano de derechos humanos en el contexto de la OEA y, particularmente, sobre las bondades y debilidades de la *judicialización* del *amparo interamericano* con el objetivo estratégico del fortalecimiento de su contribución para la protección de los derechos humanos. Es decir, buscamos identificar aquellas medidas necesarias que le permitan jugar un pa-

⁴ Para una evolución histórica del sistema y los distintos mecanismos utilizados, Goldman, Robert K., "History and Action: The Inter-American Human Rights", en *Human Rights Quarterly*, vol. 31, núm. 4, noviembre 2009, pp. 856-887.

⁵ Véase entre otros, Ayala Corao, Carlos, *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*, 1998; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Breves notas sobre el amparo Iberoamericano", en *Dikaion: revista de actualidad jurídica*, 2006; García Ramírez, Sergio, "La protección de derechos y libertades en el sistema jurisdiccional interamericano. El amparo interamericano", en Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, 2006; Sagüés, Néstor, *Derecho procesal constitucional*, t. 3, *Acción de amparo*, 5ª ed. actualizada y ampliada, 2007; Nogueira Alcalá, Humberto, "El Recurso de Protección en el Contexto del Amparo de los Derechos Fundamentales Latinoamericano e Interamericano", en *Revista Ius et Praxis*, año 13, núm. 1, 2007, pp. 75-134.

pel más efectivo en la promoción y protección de los derechos humanos en la región.

Una característica que distingue al Sistema Interamericano de otros sistemas de derechos humanos es su capacidad de adaptación, en sus cinco décadas de funcionamiento, a la situación hemisférica para responder a las necesidades que cada momento histórico demandaba. Las herramientas más exitosas del sistema, sean el *amparo interamericano*, las visitas *in loco*, la preparación y publicación de informes, la adopción de medidas cautelares y provisionales, las soluciones amistosas, las relatorías temáticas, o la jurisprudencia en materia de reparaciones, surgieron, se fortalecieron o redefinieron en contextos y momentos históricos determinados para responder a demandas puntuales. De modo que no es posible pensar en el Sistema Interamericano de manera descontextualizada de la realidad en la que se encuentra inserto.

Esta reflexión debe ser, al mismo tiempo, estratégica para conducir a reforzar los mecanismos que funcionan eficientemente para los fines de promoción y protección y que gozan del amplio respaldo de los principales actores del sistema; consolidar aquellas áreas exitosas de trabajo de la Comisión y de la Corte; identificar las situaciones o grupos no debidamente atendidos, y finalmente eliminar, modificar o superar los aspectos disfuncionales al objetivo central de la protección de los derechos humanos. Por tanto, la reflexión debe partir de la identificación de cuáles son estas necesidades regionales en materia de derechos humanos para luego esbozar posibles estrategias de trabajo.

Nuestro objetivo en este trabajo no es identificar de todas maneras líneas de trabajo sustantivo ni tampoco pautas jurisprudenciales que se deberían desarrollar para fortalecer las democracias en la región.⁶ Esta propuesta es más limitada, ya que se concentra en ciertos aspectos muy puntuales que fundamentalmente pretenden cambiar el perfil de la CIDH mediante la modificación

⁶ Pueden verse algunas de nuestras críticas a ciertas líneas jurisprudenciales en “El Principio de Igualdad y no Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana”, en *Anuario Derechos Humanos*, núm. 3, 2007, p. 15; y en “cuando Los Afrodescendientes se Transformaron en ‘Pueblos Tribales’: El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y las Comunidades Rurales Negras”, en *Revista El Otro Derecho*, 2010 en prensa.

de su participación en el sistema de peticiones individuales. Proponemos que la Comisión actúe solo como órgano de admisibilidad y de solución amistosa y que la Corte funcione como tribunal que hace las determinaciones fácticas y jurídicas sobre los méritos de las denuncias. Paralelamente proponemos que la CIDH se concentre más en las actividades político-promocionales de manera complementaria a su participación limitada en materia de casos individuales. Este trabajo apenas esboza cambios cruciales en otros aspectos del sistema, por lo que debe entenderse como una pieza inicial de un proyecto mucho más ambicioso de un análisis sistémico y estructural de la OEA en materia de derechos humanos.

2. BREVES APROXIMACIONES CRÍTICAS A LA SITUACIÓN ACTUAL DEL AMPARO INTERAMERICANO

Frente a este cuadro, que en muchos sentidos pareciera ser desalentador, resulta remarcable que el *amparo interamericano* haya contribuido y contribuya al

desarrollo de legislaciones internas de los países del hemisferio en base a los estándares internacionales de derechos humanos en temas como desaparición forzada, pena de muerte y terrorismo; la derogación de leyes de amnistía por su incompatibilidad con la Convención Americana; la derogación de las denominadas “leyes de desacato” en virtud de su incompatibilidad con el derecho a la libertad de expresión; la adopción de leyes para proteger a las mujeres víctimas de violencia doméstica; la ejecución de políticas públicas para promover la igualdad racial; la adopción de medidas legislativas y administrativas para crear mecanismos efectivos de delimitación, demarcación y titulación de propiedades de comunidades indígenas; el progresivo ajuste de las condiciones de sistemas carcelarios a las normas internacionales de protección de los derechos humanos; el desarrollo de mecanismos judiciales para combatir la impunidad por las violaciones de derechos humanos, entre otros.⁷

⁷ Según la descripción de la propia Comisión. Véase Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2007, Introducción.

El procesamiento de *amparos interamericanos* tiene muchos beneficios que trascienden el caso concreto y producen efectos que se irradian tanto en el país como en el propio sistema.

La tramitación de casos tiene efectos de gran valor. En primer lugar, permite hacer justicia en situaciones que no han podido ser resueltas en el ámbito interno. En segundo término, el sistema enriquece el acervo jurídico regional y nacional al elaborar interpretaciones de normas de derechos humanos, creando una visión hemisférica jurídicamente compartida sobre la base de tratados libremente ratificados. [...] [L]os casos [...] ofrecen interpretaciones sólidas y bien fundamentadas sobre [distintos] derechos [...] Desde un punto de vista procesal, el conjunto de casos [...] contiene elementos de gran valor sobre diferentes criterios de admisibilidad [...] [L]a constante y creciente complejidad jurídica de los casos que la Comisión viene resolviendo [...] trae aparejado crecientes demandas que requieren de un gran conocimiento jurídico, tanto sobre el contenido de los derechos como sobre el cumplimiento de los procedimientos establecidos en el sistema. La tramitación jurídica de los casos contribuye a la despolitización de los derechos humanos fortaleciendo el sistema y su legitimidad.⁸

La fortaleza del Sistema Interamericano y todos sus éxitos permite realizar, sin temores infundados de potenciales debilitamientos no deseados, una mirada crítica a su situación para identificar los problemas que lo puedan aquejar.

2.1. Un sistema desigual de protección

En la actualidad, el *amparo interamericano* tiene al menos tres diferentes modelos dependiendo de los derechos que puede proteger y el órgano y tipo de protección —judicial o cuasijudicial— que ofrecen. Primero se encuentra el *amparo interamericano judicial* que opera con relación a aquellos Estados que han ratificado la Convención Americana y reconocen la competencia de la Corte

⁸ Discurso del decano Claudio Grossman, presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la presentación del Informe Anual 2000 de la CIDH a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la OEA, Washington, D.C., 26 de abril de 2001.

Interamericana.⁹ Este amparo protege los derechos reconocidos en la Convención mediante un mecanismo judicial ante la Corte luego de concluido el trámite ante la CIDH. El *amparo interamericano cuasijudicial* tiene a su vez dos vertientes: la convencional para aquellos Estados que han ratificado la Convención Americana pero que no reconocen la jurisdicción de la Corte.¹⁰ Este *amparo interamericano cuasijudicial convencional* también protege los derechos reconocidos en la Convención, pero solo a través de la Comisión. Finalmente, el *amparo interamericano cuasijudicial declarativo* tutela los derechos incluidos en la Declaración Americana mediante el accionar de la CIDH y se aplica a los Estados miembros de la OEA que aún no han ratificado la Convención Americana.¹¹ En definitiva existe una situación de desigual protección para todas las personas en las Américas, tanto sustantiva como procesal, que no es ideal ni satisfactoria.¹² Además, como la

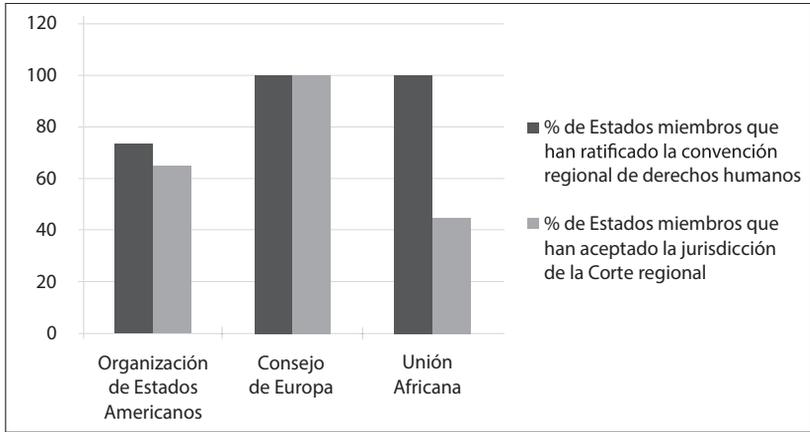
⁹ Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam y Uruguay. Trinidad y Tobago y Venezuela, a pesar de haber ratificado la Convención y aceptado la jurisdicción de la Corte, han denunciado la Convención en 1999 y 2012, respectivamente.

¹⁰ Dominica, Granada y Jamaica.

¹¹ Los Estados a los que solo se les aplica la Declaración son Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Canadá, Cuba, Estados Unidos, Guyana, Santa Lucía, Saint Kitts and Nevis, San Vicente y las Granadinas, Trinidad y Tobago. La Comisión tiene facultades sobre estos Estados, en virtud de ser un órgano principal de la OEA y por las atribuciones que le otorga el art. 20 de su Estatuto. Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dentro del marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14 de julio de 1989, Serie A., núm. 10, 1989, párrs. 35-45; CIDH, *James Terrey Roach y Jay Pinkerton c. Estados Unidos*, caso 9647, Res. 3/87, 22 de septiembre de 1987, Informe Anual 1986-1987, párrs. 46-49, *Rafael Ferrer-Mazorra y Otros c/Estados Unidos de América*, Informe núm. 51/01, caso 9903, 4 de abril de 2001.

¹² Adicionalmente, debe resaltarse que la Comisión y la Corte tienen jurisdicción para recibir y tramitar *amparos interamericanos* con relación a peticiones concernientes a otros tratados interamericanos de derechos humanos, tales como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer, “Convención de Belém do Pará” (art. 12); la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (art. XIII); la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (arts. 8º y 16) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana

GRÁFICA 1



gráfica 1 lo demuestra, coloca a la OEA en desventaja en relación a los otros dos sistemas regionales de derechos humanos:

Mientras que la jurisdicción de la Comisión con relación a la protección de derechos humanos en todos los Estados miembros de la OEA hace que el *amparo interamericano* sea universal, la esfera de protección y los mecanismos de supervisión aplicables varían de una categoría de Estados miembros a otro. Algunas personas se benefician de las provisiones más específicas de la Convención, mientras que otras dependen solamente de la Declaración Americana; de modo similar, algunas personas pueden tener sus derechos asegurados mediante un *amparo interamericano* que concluya con un procedimiento contencioso judicial ante la Corte Interamericana, mientras que otras solo pueden buscar reparación mediante un limitado *amparo interamericano cuasijudicial* ante la Comisión.

2.2. Un sistema desfinanciado

Como mecanismo de tutela creado por y que opera dentro de la OEA, sería de esperar que la organización regional financia-

en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador” (art. 19, inc. 6).

CUADRO 1.

<i>Corte/Comisión Internacional</i>	<i>Presupuesto (USD)</i>
Comisión Interamericana de Derechos Humanos	\$3 845 100.00
Corte Interamericana de Derechos Humanos	\$1 656 300.00
Corte Internacional de Justicia ^a	\$36 785 000.00
Corte Penal Internacional	\$120 015 000.00
Corte Europea de Derechos Humanos ^b	\$72 171 000.00
Corte Centroamericana de Justicia	\$1 560 000.00 ^c
Tribunal Andino de Justicia	\$1 137 600.00
Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ^d	\$1 199 557.80 (año fiscal 2007)
^a Presupuesto para el bienio 2006/2007. ^b Presupuesto para el año fiscal 2008. ^c De acuerdo con la página, http://www.mercosurabc.com.ar/nota.asp?IdNota=1601&IdSeccion=14 ^d Presupuesto significativamente aumentado a \$6,003,856.86 para el año fiscal 2008, a fin de disminuir la dependencia de fondos/contribuciones externos de los Estados parte.	

ra debidamente sus actividades. Sin embargo, la realidad indica que el monto total del presupuesto de la Comisión y de la Corte destinado para todas sus operaciones, incluido el procesamiento del *amparo interamericano*, representa menos que el 10% del presupuesto global de la OEA. Ello ha obligado a la Comisión y a la Corte a depender de contribuciones financieras voluntarias de algunos Estados miembros y de varios países de fuera de la región para financiar el cumplimiento de sus mandatos. Por ejemplo, la Comisión cuenta con financiamiento de la Unión Europea para atender los miles de *amparos interamericanos* que se encuentran rezagados debido a que la OEA no le provee con suficiente personal para atenderlos. La Corte cuenta con los aportes externos para poder celebrar audiencias sobre *amparos interamericanos* fuera de su sede como forma de acercar el sistema a las sociedades.¹³

¹³ Ello debería conducir a un análisis que dejamos para otra oportunidad sobre qué Estados, fundaciones, entes gubernamentales u organizaciones

El cuadro 1 muestra al Sistema Interamericano con otros tribunales y comisiones internacionales, para solamente ejemplificar la situación descrita de asignación de prioridades.

2.3. Incremento de denuncias recibidas y disminución de la capacidad de resolución de casos

La concentración del Sistema Interamericano en su sistema de casos individuales, a la que hicimos referencia, se refleja por ejemplo en el incremento exponencial de las solicitudes de *amparo interamericano* recibidas y procesadas en la última década. Entre otras razones, debido al estancamiento y reducción presupuestaria en términos reales, se ha provocado un grave atraso procesal en la tramitación del *amparo interamericano*. Entre los años 1997 a 2002, la Comisión recibió 4 048 denuncias, mientras que en el sexenio 2003 a 2008 recibió 7 803 denuncias, es decir, un incremento del 92.76%. Sin embargo, la CIDH decidió iniciar el procedimiento respecto a 713 peticiones en el sexenio 1997-2002 y 816 para los años 2003 a 2008, o lo que equivale a un crecimiento de apenas 14.44%.¹⁴ Esto significa, o bien que el atraso de análisis

regionales contribuyen financieramente a la Comisión y la Corte y para la financiación de qué actividades. Indudablemente ello produce impactos importantes en la capacidad de la CIDH y del Tribunal de controlar efectivamente la determinación de sus prioridades y agendas de trabajo y puede generar desbalances profundos en la asignación de recursos entre las distintas áreas de trabajo de ambos órganos.

¹⁴ Datos tomados del cap. III del Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2008. Este incremento demuestra también un mayor hincapié de parte de quienes acuden al sistema de utilizar el mecanismo de peticiones individuales frente a las demás herramientas disponibles. Generalmente se explica que este incremento se debe a la existencia de gobiernos democráticos que conlleva la posibilidad de presentar denunciar sin temores a represalias por parte de gobiernos autoritarios. Sin embargo, es pertinente aclarar que en momentos históricos y frente a dictaduras militares o gobiernos autoritarios, la Comisión recibió un gran número de denuncias. Así, durante la visita *in loco* a Argentina en 1979 en plena dictadura militar, la CIDH recibió 4 153 nuevas denuncias. En noviembre de 1998 al visitar Perú bajo el régimen autoritario de Alberto Fujimori, la Comisión dio cuenta de haber recibido aproximadamente 600 denuncias. Ello demuestra la importancia, como se desarrolla en el texto,

preliminar de las peticiones se incrementó exponencialmente en los últimos cinco años, o que la Comisión aumentó el nivel de rechazo *in limine* de las denuncias presentadas, haciendo más difícil la accesibilidad al sistema. Si fuera esta última la explicación correcta, ello representaría otra indicación más de lo que llamamos la judicialización del sistema por la mayor estrictez en la aplicación de requerimientos de tramitabilidad. Dada la carencia de cifras públicas, especulamos que la explicación más plausible es que existe una combinación de ambas.

En el mismo periodo, la capacidad de la Comisión para resolver peticiones de manera definitiva decayó. Las tres formas en que puede culminar el procesamiento del *amparo interamericano* ante la CIDH con decisiones finales de esta,¹⁵ es mediante informes aprobando soluciones amistosas,¹⁶ la publicación de informes finales sobre los méritos de la denuncia¹⁷ o la remisión del caso para la decisión de la Corte Interamericana.¹⁸ Si se computan estas tres formas, el número de decisiones finales de peticiones ante la Comisión decreció 12.71% entre los años 2002-2008 con relación al periodo 1997-2002, pasando de 173 decisiones a 151.¹⁹

de la presencia de la Comisión en los países, a fin de facilitar el acceso de las víctimas al mecanismo interamericano.

¹⁵ Es decir, excluimos las posibilidades de desistimiento o de archivo. Si se tomara en cuenta los archivos decididos por la CIDH, los datos son igualmente indicativos. En el sexenio 1997-2002 se archivaron 216 casos y en el último sexenio 93, sin que en el año 2008 se haya archivado siquiera un solo caso.

¹⁶ Art. 49 de la Convención.

¹⁷ Art. 51 de la Convención.

¹⁸ Arts. 51 y 61 de la Convención.

¹⁹ Datos tomados del cap. III del Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2008. La distribución es la siguiente:

	1997-2002	2003-2008
Soluciones amistosas	30	41
Informes finales publicados	116	36
Casos remitidos a la Corte	27	74
Total	173	151

CUADRO 2.

	<i>Duración admisibilidad (en años)</i>	<i>Duración inadmisibilidad (en años)</i>	<i>Duración solución amistosa (en años)</i>	<i>Duración decisión de fondo (en años)</i>
Promedio	3.10	4.03	5.79	6.16
Media	2.62	10.22	5.27	5.95
Max	15.12 ^a	12.34 ^b	20.28 ^c	14.46 ^d
Min	0.47 ^e	0.30 ^f	0.97 ^g	0.48 ^h
Núm. de decisiones	420	111	68	148
^a Informe 24/06. ^b Informe 40/06. ^c Informe 29/04. ^d Informe 40/03. ^e Informe 64/05. ^f Informe 69/01. ^g Informe 70/07. ^h Informe 90/05.				

2.4. Un sistema lento

Si uno presta atención a la duración del procedimiento del *amparo interamericano* ante la Comisión, los datos son preocupantes si se presume que un procedimiento de amparo, aun cuando sea internacional, debe ser sencillo y rápido.

Por ejemplo, tomando los datos de los 747 informes publicados por la CIDH entre 1996 y 2007 (cuadro 2), es decir la totalidad de las decisiones publicadas sobre casos por la Comisión en ese periodo, la duración de los procedimientos, en la etapa exclusivamente de admisibilidad se prolongó un promedio de 3.10 años o una media de 2.62. La decisión de admisibilidad más rápida fue adoptada en 0.47 años y la de mayor duración de 15.12 años. La duración del procedimiento para lograr la publicación de una decisión final sobre los méritos de la petición,²⁰ fue en

²⁰ Se computó la duración desde la admisibilidad hasta la decisión de fondo si es que hubo dos decisiones separadas o desde la transmisión de la petición

promedio 6.16 años o una media de 5.95. El caso con tramitación más rápida duró 0.48 años y el de mayor duración llevó una tramitación de 14.46 años. Solo para dar un ejemplo de algunos casos de extremo de retraso, la CIDH aprobó un informe de solución amistosa después de más de 20 años de tramitación.

Debe reconocerse asimismo que el procedimiento ante la Corte Interamericana ha disminuido en su duración de manera considerable en los últimos años. Esta situación es remarcable dado que la disminución del plazo de duración de los procedimientos se produjo al mismo momento que se multiplicaron los casos presentados ante el Tribunal. De acuerdo con la información oficial, bajo el reglamento de 1980, la duración del procedimiento era de 39 meses; bajo el reglamento de 1991, 38 meses; bajo el reglamento de 1996, 40.5 meses, y bajo el reglamento de 2000, es de tan solo 19 meses.²¹

2.5. Un sistema que duplica procedimientos

Hay dos áreas en las que el Sistema Interamericano en su configuración actual de procesamiento del *amparo interamericano judicial* parece disfuncional. La primera se refiere a las cuestiones de admisibilidad decididas por la Comisión y examinadas nuevamente por la Corte en la etapa de excepciones preliminares. Aun cuando la Convención indica claramente que es la Comisión la que tiene la facultad de declarar admisible o inadmisibles una petición,²² la Corte, utilizando el artículo 62, inciso 3, que indica que el Tribunal Interamericano “puede conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de [la] Convención”, entiende que puede revisar todo lo deci-

hasta la decisión final en caso de que la admisibilidad y el fondo se hayan decidido en un solo informe.

²¹ Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2008, p. 67.

²² Véanse arts. 46, inc. 1 (“Para que una petición... sea admitida por la Comisión”), 47 (“la Comisión declarará inadmisibles toda petición...”) y 48, inc. 1, apdo. a (“la Comisión, al recibir una petición procederá en los siguientes términos: a. si reconoce la inadmisibilidad...”).

dido por la CIDH, incluidas las determinaciones de admisibilidad.²³ Por tanto, por ejemplo, si después de dos o tres años de tramitación, la Comisión decide que un caso es admisible pues se agotaron los recursos internos, varios años después, la Corte puede volver a analizar exactamente el mismo punto con exactamente los mismos argumentos y hechos si el Estado así lo solicita. Lo que es más grave, es que esta posibilidad de apelación de las determinaciones de admisibilidad ante la Corte a favor de los Estados no existe para las personas cuyas peticiones son declaradas inadmisibles por la Comisión, ya que no pueden acudir directamente a la Corte.

El segundo aspecto disfuncional se refiere a las duplicaciones en la producción de prueba y determinaciones de hecho. Todas las cuestiones fácticas, así como las pruebas documentales y testimoniales, deben ser producidas, debatidas y analizadas ante la CIDH y luego ante la Corte. El artículo 57, inciso 1, del nuevo reglamento de la Corte que produce literalmente el artículo 44, inciso b, del anterior, estipula que “las pruebas rendidas ante la Comisión serán incorporadas al expediente, siempre que hayan sido recibidas en procedimientos contradictorios, salvo que la Corte considere indispensable repetirlos”, jamás ha sido invocado por la Corte en los últimos nueve años desde que fue incluido en el reglamento del 2001. Tan disfuncional es la situación, que la Corte vuelve a hacer determinaciones de hechos aun cuando el Estado ha aceptado la versión de los hechos relatada por la CIDH.²⁴

²³ Véase entre múltiples casos, Corte IDH. *Caso Constantine y otros vs. Trinidad y Tobago*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C, núm. 82, párr. 71.

²⁴ Por ejemplo, en los *Casos Goiburú y Vargas Areco vs. Paraguay*, el gobierno aceptó los hechos alegados por la Comisión. La Corte estableció que había cesado la controversia sobre tales hechos. Sin embargo, obligó a las partes a producir pruebas testimoniales, periciales y documentales sobre los hechos sobre los que no había ninguna disputa y quien ya habían sido determinados por la Comisión y reconocidos por el Estado. Corte IDH. *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 155 y *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 153.

Esta duplicación por parte de la Corte genera un innecesario costo financiero, humano y de tiempo en un sistema que carece de los tres. Este problema, que se ha venido produciendo desde el primer caso contencioso ante la Corte hace más de 20 años, se ha agravado a partir de las reformas reglamentarias del 2001, dado el incremento de casos ante la Corte, la aparición de las víctimas como actores autónomos y el mayor interés de la Corte en las determinaciones fácticas. Con el nuevo reglamento de la Corte, donde se limita sustancialmente la participación de la CIDH, será necesario ver cómo el Tribunal encuentra un balance entre la no repetición de producciones probatorias y la necesidad de establecer un claro récord judicial.

2.6. Un sistema con bajo índice de cumplimiento total de sus decisiones

Como es bien sabido, una vez que las peticiones son decididas, la Comisión formula recomendaciones al Estado para resolver la situación denunciada. Dichas recomendaciones pueden estar contenidas en los compromisos asumidos en procesos de solución amistosa o en los informes finales publicados. El nivel de cumplimiento de estas recomendaciones dista de ser ideal. En lo que se refiere a informes de fondo, casi el 60% de las recomendaciones de la CIDH se encuentran incumplidas. Apenas el 40% están cumplidas parcialmente. En el caso de soluciones amistosas, no hay ningún acuerdo en que haya existido un total incumplimiento, con cerca del 85% de los acuerdos cumplidos parcialmente.²⁵

En el caso de la Corte la situación es similar. En 2008, el Tribunal informó que el 81% de los aspectos indemnizatorios de sus sentencias se encuentran total o parcialmente cumplidas.²⁶ Sin embargo, la expresidenta del Tribunal indicó que solo el 11.57% de los casos resueltos por la Corte se encuentran total-

²⁵ Datos tomados del cap. III del Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2006.

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual, 2008, p. 75.

mente cumplidos, por lo que la Corte ha podido archivar dichos casos.²⁷

De todas maneras, creemos que estos datos no deben ser tomados para juzgar la efectividad del sistema de peticiones o casos individuales. El grado de cumplimiento con las recomendaciones es uno de los elementos para tomar en cuenta, pero lo fundamental es analizar el impacto global del sistema para avanzar los objetivos de promoción y defensa de los derechos humanos.²⁸

2.7. Aumento del número de casos remitidos a la Corte

Un último dato para reflejar apenas parcialmente la situación del *amparo interamericano*, es el número de casos que la CIDH remitió para la decisión de la Corte Interamericana. En la última década este número creció en 190%, pasando de 20 casos remitidos en el quinquenio 1997-2001 a 58 entre los años 2002-2007. En 2007, la CIDH indicó que “durante las dos últimas décadas, la Comisión ha sometido a la Corte un total de 114 casos, más de la mitad de estos (65) fueron sometidos desde el año 2003 hasta el presente”.²⁹ Claro que este dato debe ser contextualizado, ya que el porcentaje de denuncias que se presentan a la Comisión y que eventualmente concluyen con una sentencia en la Corte, se ha mantenido constante, representando apenas el 1%.³⁰

²⁷ Véase Síntesis del Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos correspondiente al ejercicio de 2007, que se presentó a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C., 3 de abril de 2008, y EFE, el 12% de las sentencias de la Corte Interamericana han sido cumplidas por los Estados, disponible en http://www.soitu.es/soitu/2009/03/30/info/1238450123_900885.htm

²⁸ Véase Dulitzky, Ariel, “The Inter-American Commission of Human Rights”, en *Victims Unsilenced; The Inter-American Human Rights System And Transitional Justice in Latin America*, 2007.

²⁹ Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2007. Introducción.

³⁰ Véase Abramovich, Víctor, “De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Intera-

En síntesis, hablar de peticiones individuales o del *amparo interamericano*, en realidad implica hacer referencia a un sistema con al menos tres niveles diferentes de protección, con una tendencia al aumento de solicitudes de amparo presentadas, con un procedimiento lento, con un bajo nivel de cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión y con una tendencia hacia su judicialización, que a su vez es capaz de producir importantes impactos positivos, aunque limitados en la vigencia de los derechos humanos en la región.

3. LA SITUACIÓN REGIONAL DE DERECHOS HUMANOS COMO PUNTO DE PARTIDA PARA DEFINIR EL PAPEL DEL AMPARO INTERAMERICANO

Las discusiones sobre la evaluación, la reforma, el perfeccionamiento o el fortalecimiento del Sistema Interamericano en general y del *amparo interamericano* en particular, por lo general no parten del contexto histórico en que se encuentra la región, ni de las necesidades en materia de derechos humanos, ni los desafíos que se vislumbran. Aunque muchas veces se suelen utilizar indistintamente³¹ los términos evaluación, reforma, perfeccionamiento o fortalecimiento, los mismos tienen significados y propósitos muy diferentes y parten de posiciones diferenciadas frente al valor actual y futuro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Por lo general, al hablarse de evaluación y reforma se presupone que el Sistema Interamericano no está cumpliendo adecuadamente sus funciones, partiendo de la premisa de que el sistema operaría bajo la lógica de confrontación con los Estados propia de momentos de dictaduras, o que el sistema no garantiza adecuadamente los “derechos” de los Estados que comparecen ante la CIDH y la Corte. Por tanto, se propone la “evaluación” del sistema y su “reforma” generalmente mediante la limitación de

mericano de Derechos Humanos”, en *Revista Derecho*, PUC, Lima, 2009, p. 63.

³¹ Para el uso indistinto de estos términos, véase por ejemplo, la Resolución de la Asamblea General de la OEA, AG/RES. 1488, XXVII-O/97, *Evaluación del Funcionamiento y el Perfeccionamiento del Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos*.

las facultades de la Comisión Interamericana. Por el contrario, “perfeccionamiento” o “fortalecimiento” suelen utilizarse para denotar que el sistema goza de gran legitimidad y efectividad y que pueden adoptarse medidas para que los Estados cumplan con las decisiones de los órganos interamericanos, incorporen la normativa interamericana al ámbito interno, para ampliar el acceso y participación de las víctimas, para aumentar su presupuesto y, en lo que nos interesa en este momento, para hacer al sistema más judicializado. Pero casi como un dogma, las posturas “perfeccionistas” o “fortalecedoras” se oponen a cualquier iniciativa que implique la reforma de la Convención.³²

Una constante en los últimos 20 años ha sido que las propuestas estatales en general se han expresado de manera volátil y contingente. Por lo general, son reacciones individuales de representantes estatales antes que políticas articuladas coherentemente. Muchas suelen surgir como respuesta a alguna decisión o informe de la CIDH y más recientemente a alguna sentencia de la Corte.³³ Pocas veces parten estas propuestas de análisis pormenorizados de las realidades y necesidades de derechos humanos.

Estas discusiones sobre el sistema suelen limitarse a proponer reformas de los reglamentos de la Comisión o la Corte o dis-

³² Se suele indicar que si los Estados, como hemos dicho, no tienen voluntad de cumplir las decisiones de la Comisión ni dotar a los órganos interamericanos de presupuesto suficiente, tampoco la tendrán para aprobar reformas a la Convención que fortalezcan los mecanismos de protección. Por ellos se sostiene que el momento actual no es el adecuado para discutir alteraciones convencionales. Es interesante resaltar que esta postura ha sido sostenida, al menos por los últimos diez o quince años. Si bien es difícil demostrar empíricamente que si hay espacio para reformas progresistas a nivel de mecanismos internacionales, por lo menos se pueden señalar que América Latina y el Caribe han estado al frente en la promoción de la adopción de las normas más importantes y progresistas de derechos humanos en la última década que contienen fuertes mecanismos de fiscalización internacional, tales como el Estatuto de Roma creando la Corte Penal Internacional, la adopción de la nueva Convención contra las Desapariciones Forzadas o sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

³³ González, Felipe, “La OEA y los derechos humanos después del advenimiento de los gobiernos civiles: expectativas (in)satisfechas” en *Cuaderno de Análisis Jurídicos*, Serie Publicaciones Especiales, Derechos Humanos e Interés Público, núm. 11, 2001.

cutir sobre el procedimiento de admisibilidad, de las audiencias, de las medidas cautelares, del rol de la Comisión ante la Corte, etc. Es decir, se suelen concentrar en el procedimiento del *amparo interamericano*, pero no en los problemas y las necesidades de derechos humanos en cada país y en la región en su conjunto, ni hacen una reflexión profunda sobre si el *amparo interamericano* es la mejor respuesta a tales necesidades.³⁴ Estos debates en mayor o en menor medida se mencionan, pero jamás encuentran una solución para la tríada de problemas estructurales centrales que confronta el sistema que hemos mencionado y que requieren atención prioritaria: falta de presupuesto, falta de cumplimiento

³⁴ El ejemplo más reciente de la postura procesalista es la propuesta presentada por un grupo de Estados en el marco del diálogo sobre el funcionamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. El documento se divide en tres partes: A. Propuestas dirigidas a la Comisión que impliquen modificación de la actual regulación, en el que se hace referencia a los siguientes aspectos: 1. Necesidad de establecer plazos en la CIDH; 2. Archivo de peticiones; 3. Obligación de individualizar y nominar las presuntas víctimas, para efectos de la admisibilidad de las peticiones ante la CIDH y de las demandas ante la Corte; 4. Acumulación de admisibilidad y fondo; 5. Medidas cautelares; 6. Audiencias temáticas, y 7. Audiencias sobre peticiones o casos. B. Propuestas dirigidas a la Corte en la que se trata: 1. Necesidad garantizar el equilibrio procesal; 2. Obligación de individualizar y nominar las presuntas víctimas, para efectos de la admisibilidad de las peticiones ante la CIDH y de las demandas ante la Corte, y 3. Reparaciones y finalmente. C. Propuestas de alcance general que no implican modificación normativa, en la que se menciona: 1. Necesidad de contextualizar las recomendaciones de la CIDH; 2. Mejorar la accesibilidad al sistema: Asistencia judicial a las víctimas; 3. Fortalecimiento de la facultad consultiva de la Corte; 4. Audiencias con participación de peritos y testigos; 5. Procedimientos de solución amistosa; 6. Funcionamiento y financiamiento del sistema; 7. Principio de subsidiariedad en relación con el recurso tendente a obtener reparación, y 8. Difusión del sistema. Solamente en la última sección se hacen algunas breves referencias a las necesidades específicas de los Estados, tales como el fortalecimiento de la gobernabilidad o el fomento del diálogo de la Comisión con las instancias nacionales. Véase, asimismo, nota de las delegaciones de Panamá, El Salvador, Brasil, Chile, Perú, Colombia y México remitiendo documento para el diálogo sobre el funcionamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, entre los Estados miembros y los miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Washington, D.C., 4 de abril de 2008 CP/CAJP.2584/08.

de sus decisiones y falta de ratificación universal de los tratados interamericanos de derechos humanos.

En su informe anual correspondiente al año 2006, la Comisión indicó que la seguridad ciudadana, la inequidad social, el acceso a la justicia y la consolidación democrática continúan representando las áreas que requieren mayor atención en materia de derechos humanos. Resaltó las debilidades estructurales de las instituciones democráticas, así como las brechas y contrastes propias de la región más inequitativa en términos socioeconómicos. Se refirió a la fragilidad del poder judicial, a los ataques contra la independencia e imparcialidad de dicho poder y a los problemas de acceso igualitario a la justicia, procesos judiciales lentos, impunidad en casos de graves violaciones a los derechos fundamentales y violaciones al debido proceso. Para la Comisión, la marginación y exclusión social siguen siendo los rasgos característicos de la región, que no solamente impiden la vigencia efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales de grandes sectores, sino que repercuten y se reflejan en las modalidades de abuso y violencia estatal a la par de impedir el fortalecimiento de las instituciones democráticas. Identificó entre los aspectos de esta relación entre exclusión y degradación institucional: la tortura, las muertes violentas y el intolerable hacinamiento que caracterizan el colapso de los sistemas carcelarios; las detenciones arbitrarias, golpizas y ejecuciones policiales de jóvenes de barrios populares; el abuso de la prisión sin juicio como mecanismo de control de los sectores excluidos; el atropello violento del pueblos indígenas que resisten la expulsión de sus tierras; la actuación discriminatoria por motivos étnicos y raciales de policías y fiscales.

También resaltó la CIDH la impostergable necesidad de una discusión y definición pública, la creciente inseguridad ciudadana por el aumento de la criminalidad, así como la insuficiente respuesta institucional compatible con los principios de una sociedad democrática y respetuosa de libertades fundamentales. La desigualdad, a criterio de la Comisión, continúa siendo un eje central del diagnóstico sobre la vigencia de los derechos humanos en la región. Si bien durante los últimos años se consolidó un proceso de recuperación económica y en algunos países se redujeron los indicadores de pobreza e indigencia, siguen existiendo millones de personas que confrontan problemas de desempleo

estructural, marginación social e inaccesibilidad a servicios sociales básicos. Tampoco ha variado la situación de desigualdad fáctica y jurídica que afecta a las mujeres, así como a grupos tradicionalmente discriminados, tales como los pueblos indígenas, los afrodescendientes y homosexuales.³⁵

Frente a este cuadro y otros diagnósticos que pueden incluir o excluir temas, cabe poner mayor o menor interés en algunos de ellos,³⁶ preguntarse qué tipo de sistema se requiere y necesita para el presente y para las próximas cinco décadas. Es decir, reflexionar sobre el sistema no se debe hacer exclusivamente desde

³⁵ Véase Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2006, Introducción.

³⁶ Por ejemplo, Amnistía Internacional en su Informe Anual de 2008 indica que la debilidad institucional continúa perpetuando los problemas de impunidad, negación de la igual protección ante la ley y la brutalidad policial en muchos países de América Latina, particularmente América Central. Amnesty International Report, 2008. Regional Overviews: Americas. Human Rights Watch, en su Informe Mundial de 2008, incluye la situación en diez países de América Latina —Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, Guatemala, Haití, México, Perú y Venezuela—. Algunas de las pautas comunes en estos diez países son deplorables situaciones carcelarias, debilitamiento de la libertad de expresión, corrupción, problemas asociados con la falta de independencia del poder judicial y violencia asociada con problemas de acceso a la tierra en algunos países, con elecciones o con narcotráfico o con presencia de paramilitares y guerrillas. World Report 2008, disponible en www.hrw.org/legacy/wr2k8/introduction/index.htm La Escala de Terror Político (Political Terror Scale, por sus siglas en inglés o PTS) ubica a América Latina, en el 2007, con un índice de 2.4, en una escala del 1 a 5. Esto coloca a la región en aproximadamente la mitad entre los niveles 2 y 3. El nivel dos es para aquellos Estados donde hay un número limitado de detenciones por actividades no violentas y donde la tortura y los golpes son excepcionales y los asesinatos políticos son raros. En la categoría 3 se encuentran aquellos Estados donde hay una extensa detención por motivos políticos o una historia reciente de tales detenciones y donde ejecuciones y brutalidad por motivos políticos es común y la detención arbitraria es aceptada. PTS incluye a Brasil, Colombia y Guatemala entre los 31 peores Estados en materia de protección a la integridad física, disponible en <http://www.politicalterror scale.org/ptsdata.html> Transparencia Internacional indicó en su Informe Anual de 2007 que el nivel de percepción de transparencia en América Latina es de 3.8 en una escala de 0 a 10, donde 0 representa el mayor nivel de corrupción y 10 el mayor nivel de transparencia. *Transparency International's Annual Report for 2007*, disponible en http://www.transparency.org/regional_pages/americas/publicaciones

una lógica *procesalista* que se concentra en los reglamentos o el procedimiento que los órganos siguen en la tramitación del *amparo interamericano*, sino principalmente desde una lógica *sustantivista*, que se refiere a las demandas de derechos humanos en la región y cómo entenderla desde el sistema regional.³⁷ Ello requiere analizar el rol del Sistema Interamericano en un escenario político regional con democracias deficitarias, con graves problemas de exclusión social y degradación institucional. En este marco, lo fundamental es fortalecer la capacidad del Sistema Interamericano de influir en la orientación general de políticas públicas y en sus procesos de formulación, implementación, evaluación y fiscalización. Para ello, se requiere repensar no solo la agenda temática y jurisprudencial del Sistema Interamericano, sino su diseño institucional, la articulación entre sus herramientas políticas y judiciales, su inserción dentro de la OEA, sus

³⁷ No debe confundirse nuestra propuesta de discusión sustantivista y no procesalista, con la tesis defendida por el expresidente de la Corte, profesor Antônio A. Cançado Trindade, cuando habla de la existencia de una tesis de derecho procesal y una tesis de derecho sustantivo, ambas para explicar cuál es el rol de la Comisión en los procedimientos ante la Corte. Según el profesor Cançado Trindade existen actualmente dos tesis: a) la *tesis de derecho procesal*, según la cual mientras exista la disposición de la Convención Americana que señala que solo los Estados parte y la CIDH pueden someter un caso a la Corte (art. 61.1), no se puede cambiar el rol de la CIDH, sin perjuicio de una participación procesal de la presunta víctima como “parte coadyuvante”; y b) la *tesis de derecho sustantivo*, según la cual hay que partir de la titularidad de los derechos protegidos por la Convención, la cual es clara en que los titulares de dichos derechos son los individuos, verdadera parte sustantiva demandante, siendo la CIDH guardiana de la Convención Americana, que auxilia la Corte en el contencioso bajo la Convención como defensora del interés público. Véase Informe y Propuestas del presidente y Relator de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, juez Antônio A. Cançado Trindade, a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos en el Marco del Diálogo sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Bases para un proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer su Mecanismo de Protección, 5 de abril de 2001, OEA/Ser.G/CP/CAJP-1781/01, de 10 abr 2001. En definitiva, las posturas que menciona el profesor Cançado Trindade serían posturas procesalistas, ya que se concentran sobre el procedimiento ante la Corte y no sobre las necesidades de derechos humanos en la región.

relaciones y perfiles de trabajo con los Estados.³⁸ Esto, en pocas palabras, trasciende el análisis de simples cuestiones procesales en la tramitación de denuncias individuales o en el procesamiento del *amparo interamericano*.

4. UN PEQUEÑO INTERLUDIO SOBRE LA LEGALIZACIÓN DEL SISTEMA Y EN PARTICULAR LA JUDICIALIZACIÓN DEL AMPARO INTERAMERICANO

Los problemas y debilidades en materia de derechos, así como la presencia de gobiernos democráticos y de una vibrante sociedad civil, exigen que el Sistema Interamericano y la OEA redefinan su visión y su papel. Como llevamos dicho, en las últimas dos décadas se ha puesto gran interés en el proceso de *judicialización* del sistema, o en otras palabras, en la centralización del *amparo interamericano* como instrumento por excelencia del sistema de protección y promoción de los derechos humanos en la región.

La *judicialización* es parte de un proceso más amplio que ha sido denominado *legalización* en las relaciones internacionales. Por *legalización*, desde la perspectiva de las relaciones internacionales, se ha entendido una forma de institucionalización caracterizada por tres dimensiones. *Obligaciones*, en el sentido de que los Estados están jurídicamente vinculados por reglas o compromisos de carácter internacional y por ende sujetos a las reglas y procedimientos del derecho internacional, tales como las que emergen de la Convención Americana. *Precisión*, en el sentido de que las reglas son claras, definiendo con precisión las conductas requeridas, autorizadas o prohibidas. Y finalmente por la *delegación* que otorga la autoridad a instituciones —creadas por pero distintas a los Estados— para implementar las reglas, interpretarlas, aplicarlas, resolver disputas y en ciertos casos adoptar nuevas formas jurídicas,³⁹ como podrían ser la Comisión y particularmente la Corte.

³⁸ Véase Abramovich, *op. cit.*, en nota 24.

³⁹ Véase Abbott, Kenneth W.; Keohane, Robert O.; Moravcsik, Andrew; Slaughter, Anne-Marie y Snidal, Duncan, "The Concept of Legalization International Organization", en *Legalization and World Politics*, vol. 54, núm. 3, verano de 2000, pp. 401-419.

Judicialización sería la manifestación del último aspecto cuando se atribuyen las soluciones de disputas a un órgano judicial. Particularmente, algunos han limitado el uso del término *judicialización* al proceso mediante el cual una autoridad administrativa monitorea a los Estados miembros en formas que se aproximan a procedimientos legales. Dicha institución no judicial funciona, de todas maneras, repleta de instrumentalidades judicializadas propias de un tribunal, tales como la incidencia de opiniones legales formales, desarrollo de *jurisprudencia*, presencia de criterios judiciales para evaluar las evidencias o criterios de legitimación procesal activa o pasiva.⁴⁰ Esto podría ser el caso de la Comisión.

La aproximación a la *legalización-judicialización* del sistema puede analizarse desde las definiciones dadas no ya desde la teoría de las relaciones internacionales, sino desde la ciencia política. Por ejemplo, Brinks y Gauri sostienen que la legalización de un área de una política en particular requiere:

- i. lograr que el caso se transforme en un expediente judicial (movilización legal);
- ii. obtener una decisión;
- iii. asegurar su cumplimiento y, en muchos casos,
- iv. algún tipo de seguimiento posterior al litigio.

La legalización de la política o de una política se produce cuando las cortes y los abogados se convierten en actores relevantes y las categorías y lenguajes legales son conceptos relevantes en el diseño y la implementación de políticas públicas.⁴¹ Esto es precisamente el fenómeno que se está produciendo en parte en el Sistema Interamericano, donde cada vez más el debate en materia de derechos humanos se da a través de la tramitación de casos individuales como función privilegiada frente a otros mecanismos y se transforma en el dominio de los abogados especialistas en litigio —sean los representantes de las víctimas, las burocracias

⁴⁰ Véase Weisban, Edgard, “Verdictive discourses, shame and judicialization in pursuit of freedom of association rights”, en Mechlend-García, Saladin y Cali, Basak (eds.), *The legalization of Human Rights*, 2006, pp. 134-135.

⁴¹ Gauri, Varun y Brinks, Daniel, “Introduction: The Elements of Legalization and the Triangular Shape of Social and Economic Rights”, en *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, 2008.

legales que actúan a nombre del Estado, los funcionarios de las secretarías de la Corte y la Comisión y los jueces y comisionados—.

En el caso del Sistema Interamericano, nos referimos a la *judicialización* para comprender tres procesos paralelos y complementarios:

- i. un mayor hincapié en el procesamiento de casos —el *amparo interamericano*— frente a otras herramientas del sistema como son las visitas *in loco* o las actividades de asistencia técnica;
- ii. una creencia de que el *amparo interamericano judicial* tiene mayores virtudes que el *amparo interamericano cuasijudicial*, y
- iii. una mayor estructuración del *amparo interamericano* como un proceso judicial, —particularmente en la etapa frente a la Comisión, un organismo cuasijudicial, pero no judicial—. ⁴²

La *judicialización* que particularmente nos preocupa es la concentración de recursos y tiempos de la CIDH en la tramitación, procesamiento y resolución de casos individuales. ⁴³ Frente

⁴² Por ejemplo, en el Informe de la CIDH sobre “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales: estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos 2007”, la Comisión indica que “ha elaborado el presente estudio a fin de revisar y sistematizar *la jurisprudencia del SIDH, tanto de la CIDH como de la Corte* [...] sobre cuatro temas centrales que ha estimado prioritarios respecto a la protección judicial [...]” (las cursivas son nuestras).

⁴³ Algunos han llamado la atención sobre riesgos de que la *legalización* y *judicialización*, puedan desencadenar en el fenómeno de *sobrelegalización* que ocurre cuando las reglas sustantivas de un tratado o los procesos de monitoreo internacional de las obligaciones emergentes de los instrumentos son demasiadas limitativas de la soberanía estatal, provocando que los gobiernos no cumplan con las decisiones de los órganos de supervisión internacional o incluso que se retiren o denuncien el tratado. En otras palabras, debido a las interpretaciones de los órganos internacionales se expanden el alcance de los tratados exigiendo profundos cambios en las prácticas y legislaciones nacionales más allá de lo que originalmente se concibió al ratificarse el respectivo tratado, generando oposición interna a su cumplimiento e incluso presión para modificar o denunciar el tratado. Dos ejemplos que se mencionan de este fenómeno en el Sistema Interamericano, son el pretendido retiro de la jurisdicción contenciosa de la Corte, por parte del gobierno de Perú, bajo Alberto Fujimori —luego de que la Corte

a comisionados que no trabajan para la CIDH a tiempo completo y solo se reúnen tres o cuatro veces al año, la concentración en casos deja un tiempo muy limitado a la Comisión y a su Secretaría para el desarrollo de sus funciones políticas/promocionales. Además, los casos pasan a representar una de las fuentes principales de información de la Comisión sobre la situación de los derechos humanos, cuando los mismos no necesariamente permiten tratar todos los temas estructurales, muchas demandas colectivas no pueden ser acabadamente litigadas dada la carencia de acciones de interés difuso, acciones de clase, amparos colectivos, etc. Los casos también solo reflejan los intereses de aquellas organizaciones que llegan al Sistema Interamericano y que tienen el conocimiento para superar el otro aspecto de la *judicialización*, que es la aplicación más estricta de criterios de tramitabilidad. Finalmente, la concentración en la tramitación de casos muchas veces limita la posibilidad o se invoca para procurar limitar el pronunciamiento de la Comisión sobre hechos presentes, ya que podría implicar un prejuizamiento sobre un eventual caso que tuviese que decidir.⁴⁴

5. LA NECESIDAD DE CENTRALIZAR LOS DERECHOS HUMANOS DENTRO DE LA OEA

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos es un mecanismo que opera dentro de una organización regional intergu-

resolviese algunos casos de terrorismo y que la Comisión remitiese al Tribunal las demandas sobre la situación del canal de televisión propiedad del opositor al régimen, Baruch Ivcher y la remoción de jueces independientes del Tribunal Constitucional peruano— así como la denuncia de la Convención, por parte de Trinidad y Tobago, al verse demandada judicialmente ante la Corte por la forma de regular y aplicar la pena de muerte. Véase Helfer, Laurence R., “Over legalizing Human Rights: International Relations Theory and the Commonwealth Caribbean Backlash Against Human Rights Regimes”, en *Columbia Law Review*, vol. 102, nov 2002. Compartimos la evaluación sobre los riesgos inherentes de legalizar excesivamente el mecanismo de tutela de los derechos, aunque no concordamos con los ejemplos utilizados.

⁴⁴ Véase Abramovich, *op. cit.* nota 24. Véase asimismo nota 91 y texto que la acompaña.

bernamental. Por ello, los Estados colectivamente y la OEA institucionalmente deben fortalecer su contribución a la vigencia de las libertades fundamentales, contribuyendo los Estados a superar sus problemas estructurales y debilidades institucionales mediante la centralización del tema de derechos humanos dentro de la organización regional.⁴⁵

⁴⁵ Dejamos para otra oportunidad la reflexión sobre si en las próximas cinco décadas, la OEA y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos continuarán siendo el foro regional por excelencia en materia de derechos humanos. Solo brevemente resulta interesante mencionar algunas iniciativas que podrían ser indicadoras, o bien de nuevas tendencias regionales alternativas al rol de la OEA en materia de derechos humanos, o por el contrario expresiones de complementariedad subregionales con el mecanismo regional interamericano. Por ejemplo, el Consejo Presidencial Andino adoptó en 2002 la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos. La Carta declara que “constituye la primera manifestación integral de la comunidad andina en materia de derechos humanos en el espacio comunitario, y complementa la normativa nacional, interamericana y universal en el tema” (art. 63), y los Estados indican que “cooperan activamente con los sistemas de Naciones Unidas e Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos, y promoverán la cooperación entre dichos sistemas” (art. 82). Sin embargo, deja abierta la puerta para que “se incorporen posteriormente otros modos y vías de seguimiento [de los compromisos de la Carta] por conducto de los canales comunitarios pertinentes” (art. 86).

La XI Reunión de Altas Autoridades de Derechos Humanos del MERCOSUR y Estados Asociados aprobó una propuesta para la creación de un Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos del MERCOSUR. Este proyecto ha sido elevado para su consideración final por el Consejo Mercado Común. El Instituto, según la propuesta adoptada, será una institución para concertar y elaborar el diseño y seguimiento de políticas públicas en la materia. Estará destinado a asistir técnicamente a los Estados. Las actividades de la institución deben “ser complementarias de los esfuerzos de los distintos actores que operan en la región” (preámbulo).

Los jefes de Gobierno del CARICOM aprobaron en 1997 una Carta de la Sociedad Civil donde enumera una serie de derechos y establece un sistema de informes al CARICOM sobre la implementación por cada país de tal Carta. La Corte Caribeña de Justicia creada también en el marco del CARICOM tiene jurisdicción de apelación sobre la mayoría de los países caribeños y el mandato de unificar la interpretación de las normas constitutivas del CARICOM.

La presidenta del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, magistrada Luisa Estella Morales Lamuño, en la IV Cumbre de Presidentes de Poderes Judiciales de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), realizada en

El secretario general de la OEA ha resaltado que “En lo que a la Secretaría General concierne, consecuente con los mandatos de las cumbres de los presidentes y de la Asamblea General de la Organización, ha incluido el área de derechos humanos como uno de los cuatro ejes programáticos de la agenda hemisférica, que orientará su trabajo en el periodo que resta de [su] mandato”.⁴⁶ Sin embargo, estas manifestaciones y otras similares no se traducen en la concepción integral de la Organización, ni en la asignación de recursos, ni en la operación diaria, ni en la agenda de trabajo estratégica de corto, mediano o largo plazo de los distintos órganos interamericanos ni en el accionar colectivo de los Estados.

Normativamente, el artículo 2 de la Carta de la OEA no incluye entre “los propósitos esenciales” de la OEA la defensa o promoción de los derechos humanos.⁴⁷ Si efectivamente su pro-

Cartagena de Indias, Colombia, del 26 al 29 de agosto de 2009, propuso crear un Tribunal en Materia de Promoción, Protección y Vigencia de los Derechos Humanos en la región. Véase presidenta del TSJ expresó necesidad de crear Tribunal Regional de Derechos Humanos, disponible en <http://www.tsj.gov.ve/informacion/notasdeprensa.asp?codigo=7119>

Muchos han analizado la recientemente concluida cumbre de la unidad celebrada en la Riviera Maya, México, como el embrión para el nacimiento de una nueva organización regional. Véase por ejemplo, Najar, Alberto, Cumbre de Cancún: ¿Adiós a la OEA?, disponible en http://www.bbc.co.uk/mundo/america_latina/2010/02/100222_0950_mexico_cumbre_rio_sao.shtml

⁴⁶ Discurso de José Miguel Insulza, secretario general de la Organización de los Estados Americanos en la Sesión Inaugural del 127 Periodo de Sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 26 feb 2007.

⁴⁷ Los propósitos esenciales mencionados son: a) Afianzar la paz y la seguridad del Continente; b) Promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención; c) Prevenir las posibles causas de dificultades y asegurar la solución pacífica de controversias que surjan entre los Estados miembros; d) Organizar la acción solidaria de estos en caso de agresión; e) Procurar la solución de los problemas políticos, jurídicos y económicos que se susciten entre ellos; f) Promover, por medio de la acción cooperativa, su desarrollo económico, social y cultural; g) Erradicar la pobreza crítica, que constituye un obstáculo al pleno desarrollo democrático de los pueblos del hemisferio, y h) Alcanzar una efectiva limitación de armamentos convencionales que permita dedicar el mayor número de recursos al desarrollo económico y social de los Estados miembros.

moción y protección regional constituyen una de las prioridades hemisféricas, debería modificarse el texto de la Carta para incluir la Promoción y Protección de los Derechos Humanos como uno de los propósitos esenciales de la OEA. En el mismo sentido, dado que los dos órganos centrales del sistema son la Corte y la Comisión, debería incluirse en la Carta a la Corte para subsanar el vacío actual que solo reconoce a la Comisión.⁴⁸ Ello no significaría que la Corte adquiriría jurisdicción plena sobre todos los Estados miembros de la OEA.

Por último, la Carta debería garantizar y reconocer normativamente la principal fuente de efectividad, legitimidad y credibilidad del Sistema Interamericano, que es la independencia y autonomía de la Comisión, la Corte y sus respectivas secretarías. El proceso de *judicialización* mencionado exige que los órganos que resuelven *amparos interamericanos* cuenten normativamente con esta protección de independencia e imparcialidad. Pero obviamente, la independencia y autonomía es también esencial para el desarrollo de las actividades políticas/promocionales de la Comisión. La imparcialidad, independencia, autonomía y conocimiento técnico experto son elementos importantes para que la CIDH pueda desarrollar sus actividades de cooperación, asistencia técnica, promoción y fiscalización con los actores políticos y sociales relevantes en los diferentes países. Al mismo tiempo debe garantizarse un proceso de selección de sus miembros que sea más transparente y asegure que los miembros que llegan a la Comisión y a la Corte son los más capacitados y cualificados.⁴⁹

⁴⁸ Los arts. 53 y, particularmente, 106 de la Carta de la OEA solo se refieren a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. No hay ninguna referencia explícita en la Carta a la Corte.

⁴⁹ El sistema actual de nombramiento de jueces y comisionados involucra la nominación de hasta tres candidatos por los Estados —miembros de la OEA para el caso de la Comisión y parte de la Convención para el caso de la Corte— seguido por la elección por parte de la Asamblea General —votando todos los Estados miembros para el caso de la Comisión y solamente los Estados parte de la Convención para el caso de la Corte—. En ambas instancias, nominación y elección, el proceso carece de transparencia y control. A nivel nacional, los Estados gozan completa y absoluta discreción con respecto al sistema de nominación que adoptan. La Carta de la OEA, la Convención, los Estatutos de la Comisión y la Corte guardan silencio al respecto. La OEA no ha establecido ningún criterio sobre los procedimien-

Más allá de un mero cambio normativo, se requiere que la OEA como tal centralice el trabajo de los derechos humanos. Particularmente, es indispensable que el presupuesto de la OEA demuestre que la defensa y promoción de los derechos humanos representa más que el 5% de las prioridades políticas de la OEA reflejada en la forma en que se asignan los recursos presupuestarios.

Si tal como el secretario general indica, los derechos humanos constituyen uno de los cuatro ejes programáticos de la agenda hemisférica, el Sistema Interamericano debería recibir el 25% del presupuesto de la OEA. Asimismo, la captación de fondos externos por parte la OEA debería reflejar esta centralidad. Al limitar el financiamiento del Sistema de Derechos Humanos se condiciona su perfil de trabajo. El procesamiento de *amparos interamericanos* es menos costoso que una presencia permanente o frecuente de la Comisión en los países o el desarrollo de programas estables y duraderos de asistencia y acompañamiento técnico en materia de derechos humanos. Pero además, genera tensiones en las decisiones de cómo utilizar los pocos recursos con los que se cuenta. Si la Comisión no puede celebrar más periodos de sesiones, ¿debe

tos de nominación a nivel nacional y tampoco requiere que los Estados indiquen el mecanismo utilizado. Al nivel internacional, al momento de la elección, la OEA solo cuenta con las tibias resoluciones, AG/RES.2120 (XXXV-O/05).

Presentación de los candidatos y candidatas para integrar la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y AG/RES.2166 (XXXVI-O/06) “Presentación pública de los candidatos y candidatas para integrar la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos” que apenas invita “a los Estados miembros a que consideren la posibilidad de conocer los puntos de vista de las organizaciones de la sociedad civil a fin de contribuir a presentar las mejores candidaturas para ocupar los cargos en la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos” y solicita que la Secretaría General publique en la página Web de la Organización “los respectivos *curriculum vitae* de los candidatos o candidatas, a fin de que los Estados miembros y la sociedad civil en general estén adecuadamente informados sobre el perfil de los candidatos o candidatas”. Pero no existe un espacio para poder cuestionar la idoneidad de los candidatos y candidatas, para que realicen presentaciones públicas sobre sus posiciones y calificaciones en materia de derechos humanos, para que puedan ser cuestionados por los Estados, ni tampoco para que los Estados expresen criterios por los cuales apoyan a determinados candidatos o candidatas.

otorgar más audiencias para escuchar argumentos sobre casos o sobre situaciones generales? ¿Debe contratar más abogadas para resolver los problemas de retraso procesal que indicamos o más personal con capacidad de análisis económico, social, político, antropológico que le permita elaborar mejores y más precisos diagnósticos de la realidad de los derechos humanos en los países y en la región y que le permita diseñar propuestas de marcos para la elaboración, adopción, implementación, evaluación y fiscalización de políticas públicas desde la perspectiva de los estándares interamericanos de derechos humanos?

La centralización de la agenda de derechos humanos dentro de la OEA requiere que áreas clave para el goce y ejercicio de los derechos humanos o para la prevención de su posible violación que funcionan dentro de la OEA o bajo los auspicios de la OEA, como pueden ser el Comité Interamericano contra el Terrorismo, la Secretaría Ejecutiva para el Desarrollo Integral, el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, las Reuniones de Ministros de Justicia o de Ministros o Procuradores Generales de las Américas (REMJA), por solo mencionar algunos, incluyan una perspectiva de derechos humanos en su accionar y que interactúen de manera permanente con la CIDH.

Por ejemplo, una de las formas de monitorear la Convención de Belém do Pará sobre violencia contra la mujer es el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (MESECVI). El estatuto de este mecanismo establece que la Secretaría será desempeñada por la Secretaría Permanente de la Comisión Interamericana de la Mujer y “con el asesoramiento, cuando corresponda, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)” (art. 5.4.). Sin embargo, la Metodología para la Evaluación y Seguimiento de la Implementación de las Disposiciones de la Convención de Belém do Pará aprobada por los Estados parte, no prevé ningún rol formal para la CIDH, sea como fuente de la información, como asesoría técnica en la evaluación o como órgano de seguimiento de las recomendaciones que se puedan efectuar. De modo que normativamente se prevé la relación entre la CIDH y los Estados, pero al operativizar las mismas, la OEA y los Estados miembros

marginan el rol central que la CIDH debería tener para traer la perspectiva de derechos humanos.

Lo mismo puede decirse del Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral (CIDI). Según su propio estatuto, “es un órgano de la Organización de los Estados Americanos (OEA) que depende directamente de la Asamblea General, con capacidad decisoria en materia de cooperación solidaria para el desarrollo integral. Constituye también un foro para el diálogo interamericano sobre cuestiones de interés hemisférico en dichas materias”. Tiene la “finalidad de promover la cooperación solidaria entre sus Estados miembros para apoyar a su desarrollo integral, y en particular para contribuir a la eliminación de la pobreza” y “cumple sus objetivos mediante la instrumentación del Plan Estratégico para el Desarrollo Integral”. Sin embargo, el Plan Estratégico de Cooperación Solidaria para el Desarrollo Integral 2006-2009, tan solo menciona derechos humanos en el siguiente punto: “Contribuir a los esfuerzos de los Estados miembros para el desarrollo de programas educativos en materia de democracia y derechos humanos, incluidos los derechos humanos de las mujeres”. De modo que desde esta aproximación se ve cómo la OEA no ha adoptado aún una visión de desarrollo integral desde la perspectiva de los derechos humanos.⁵⁰ Pero aún más, la Secretaría Ejecutiva de Desarrollo Integral que coordina las actividades de cooperación de los distintos departamentos y demás dependencias de la Secretaría General que tengan relación con las áreas de acción de este Plan, jamás ha desarrollado actividades en conjunto con la CIDH ni ha buscado su asesoramiento, ni tampoco ha invitado a la Comisión Interamericana a participar en ninguna de las reuniones pertinentes.

Las Reuniones de Ministros de Justicia o de Ministros o Procuradores Generales de las Américas (REMJA) son otro ejemplo de la falta de visión estratégica de los órganos interamericanos al trabajar estos temas. Sin embargo, estas reuniones hasta donde sabemos pocas veces incluyen a la CIDH, si es que alguna vez han incluido a la Comisión Interamericana para una discusión

⁵⁰ Por supuesto que es importante tener en cuenta que desarrollo y respeto a los derechos humanos, si bien están interrelacionados, no son lo mismo.

técnica desde la perspectiva de los derechos humanos en materia de administración y procuración de justicia.

Adicionalmente, la seriedad y credibilidad de la OEA en cuanto a la centralidad de la vigencia de los derechos humanos en la región, exige que todos sus Estados miembros sean parte integral y plena de su sistema de derechos humanos. Si bien no creemos que el *amparo interamericano* deba ser la respuesta única ni principal con la que la OEA reaccione a las demandas en materia de derechos humanos, sí pensamos que el *amparo interamericano* en su dimensión judicial por los beneficios que mencionamos, debe tener un rol importante. De allí que la OEA deba impulsar e idealmente requerir que sus Estados miembros sean parte de la Convención y acepten la jurisdicción de la Corte, ejes centrales del sistema de protección, es decir que el *amparo interamericano* sea un derecho reconocido a todos los habitantes de los Estados miembros de la OEA. Esto exigiría crear incentivos suficientes para que en un plazo prudencial todos los Estados miembros de la OEA sean parte de la Convención y estén bajo la jurisdicción de la Corte.⁵¹ Por ejemplo, el año 2019, es decir, 50 años después de haberse adoptado la Convención Americana, podría ser una fecha para que se logre la adhesión universal a la Convención y a la jurisdicción de la Corte. Para lograr esta ambiciosa meta, la Comisión y la Secretaría General deberían diseñar una estrategia de trabajo conjunto con los Estados para apoyarlos e incentivarlos en este proceso. Quizás al final del plazo propuesto para la participación universal en el sistema de derechos humanos, la OEA debería pensar si aquellos Estados que no han adherido al trato central en materia de derechos humanos pueden seguir siendo parte de la Organización⁵² o pueden gozar de los mismos derechos que los

⁵¹ Este es el sistema que se sigue en el Consejo de Europa, donde la plena aceptación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, incluida la jurisdicción de la Corte Europea de Derechos Humanos, es una condición para la admisión de nuevos Estados en el Consejo de Europa. Véase Leuprecht, Perter, “Innovations in the European System of Human Rights Protection: Is Enlargement Compatible with Reinforcement?”, en *Transnational Law and Contemporary Problems*, vol. 8, 1988, p. 327.

⁵² Estamos conscientes que la exclusión de la OEA de países importantes debido a que no ratifiquen la Convención no solamente es una imposibilidad política en las condiciones actuales, sino que también puede ser nocivo

Estados que participan plenamente del Sistema Interamericano,⁵³ en tanto y en cuanto no comparten la expresión normativa de uno de los valores comunes regionales.

Los Estados que aún no han ratificado la Convención ni han aceptado la jurisdicción de la Corte deberían informar periódicamente al Consejo Permanente, al secretario general y a la Comisión sobre el estado de su legislación y la práctica en lo que respecta a los derechos protegidos por la Convención, precisando en qué medida se ha puesto o se propone poner en ejecución cualquiera de las disposiciones de la Convención, e indicando los pasos que se han dado para lograr la ratificación de la Convención, así como las dificultades que impiden o retrasan su ratificación y las medidas adoptadas para superar dichos obstáculos.⁵⁴ Basada en estos informes, la Comisión debería elaborar un esquema de trabajo y asistencia técnica para facilitar el proceso de ratificación y aceptación de la jurisdicción de la Corte.

6. LA VINCULACIÓN ENTRE LA PROTECCIÓN DE LA DEMOCRACIA Y LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS

La Carta Democrática Interamericana claramente señala la interrelación entre democracia y derechos humanos.⁵⁵ Sin embargo,

para la mejor protección de los derechos humanos y poner en riesgo la existencia misma de la OEA. Precisamente por ello, deben utilizarse todos los mecanismos e incentivos posibles para que dichos Estados se integren plenamente en el sistema regional de protección de los derechos humanos.

⁵³ Por ejemplo, se podría impedir a dichos Estados nominar miembros para la CIDH o participar en las elecciones de comisionados o de jueces, en caso de que el Estado haya ratificado la Convención, pero no aceptado la jurisdicción de la Corte.

⁵⁴ Este sistema propuesto es similar al mecanismo previsto en el art. 19 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo con respecto a los convenios internacionales del trabajo.

⁵⁵ El art. 3º de la Carta Democrática Interamericana establece que son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales. El art. 7º señala, por su parte, que la democracia es indispensable para el ejercicio efectivo

en la práctica la OEA ha limitado la aplicación de los mecanismos de defensa de la democracia previstos en la Carta de la Organización y en la Carta Democrática Interamericana a la legitimidad de origen de los sistemas de gobierno, esto es, en el ejercicio del derecho al voto pero no a la calidad democrática general. Ello encierra un peligro en dos direcciones claramente identificables. Por un lado, otorga legitimación internacional a gobiernos de tinte autoritario que cumplen con los requisitos democráticos solo en un plano formal. Por el otro, impide que la cláusula democrática sea atendida e interpretada como el eje fundamental sobre el que debe girar la acción de los gobernantes para proteger y garantizar todos los derechos plasmados en el Sistema Interamericano.⁵⁶

En este sentido, es indispensable vincular los mecanismos de reacción de la Organización ante crisis de la gobernabilidad democrática con la plena vigencia de los derechos humanos. Particularmente, la violación grave y sistemática de los derechos humanos y el incumplimiento reiterado y consistente de las decisiones de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos deben incorporarse como elementos disparadores de los mecanismos de protección de la democracia incluidos en la Carta Democrática. Al mismo tiempo, y a fin de evitar la profundización de crisis que muchas veces desencadenan en quiebres institucionales o generan violencia política, la Carta Democrática deberá establecer algún tipo de mecanismo de reacción preventivo ante los llamados de atención y alerta temprana que produce la Comisión.

Por último, es esencial que se le otorgue a la CIDH la capacidad de generar y activar los mecanismos de protección institucional de la democracia previstos en la Carta Democrática (arts. 18 y 20). Ello no solamente le daría más credibilidad e indepen-

de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas Constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos.

⁵⁶ Aun antes de la adopción de la Carta Democrática Interamericana se criticaba la limitación del rol de la CIDH y del análisis de crisis de gobernabilidad. Véase Méndez, Juan y Chillier, Gastón, “La cláusula democrática y el derecho interamericano”, disponible en http://www.udp.cl/derecho/publicaciones/clausula_demo.pdf

dencia a este mecanismo, sino que introduciría un elemento de análisis de la calidad democrática de nuestros países desde la perspectiva de los derechos humanos.⁵⁷

7. LA REFORMA DEL PROCEDIMIENTO DEL AMPARO INTERAMERICANO: NUEVOS ROLES PARA LA COMISIÓN Y PARA LA CORTE

La reforma de los reglamentos de la Comisión y la Corte en el año 2001⁵⁸ produjo importantes efectos entre los que se pueden mencionar: mayor número de casos enviados a la Corte; mayor participación autónoma de las víctimas ante el Tribunal; incremento exponencial de la jurisprudencia interamericana; mayor número de decisiones de admisibilidad de la CIDH y disminución de informes finales publicados por la Comisión. Hay un descenso en el total de casos decididos por el sistema. En suma, la *judicialización* no ha traído aparejado un aumento en la productividad en el procesamiento del *amparo interamericano*.⁵⁹ Las reformas reglamentarias de 2009 alterarán fundamentalmente el rol de la Comisión en los casos contenciosos ante la Corte Interamericana, pero no el carácter de su trabajo ni la concentración en casos individuales.

Sin perjuicio de muchas virtudes que se le puedan atribuir al proceso de judicialización, a nuestro criterio, no ha logrado dar una respuesta adecuada a las demandas de vastos sectores de la población, como lo demuestra la propia descripción que la CIDH

⁵⁷ La propuesta de incluir a la Comisión como uno de los cuerpos encargados de monitorear la implementación de la Carta Democrática Interamericana y accionar sus mecanismos de protección fue rechazada por los Estados. Véase Cooper, Andre F. y Legler, Thomas, *Intervention without Intervening? The OAS Defense and Promotion of Democracy in the Americas*, 2006, p. 152.

⁵⁸ En el año 2001 entraron en vigencia los reglamentos reformados por la Comisión y por la Corte. Véase por todos, Gialdino, Rolando E., “El nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, ED10/12/02 y por el mismo autor, “El nuevo Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, ED 30/12/02.

⁵⁹ No queremos implicar con ello que la productividad deba ser el parámetro por excelencia para medir la eficacia del sistema.

hace de la situación de derechos humanos en la región y que transcribiéramos previamente. Tampoco ha aprovechado todos los espacios que sociedades democráticas le brindaban al Sistema Interamericano. Por ello, proponemos una reflexión del sistema desde la perspectiva *sustantivista*, que parta de las necesidades de derechos humanos en los países y de la capacidad de respuesta y adaptación de la Comisión y la Corte a las mismas.

7.1. La propuesta de reforma

Para solucionar los aspectos disfuncionales, pero fundamentalmente para hacer al Sistema Interamericano más efectivo, eficiente y más inserto en los procesos políticos nacionales mediante la liberación de tiempo y recursos necesarios para concentrar más actividades en sus funciones políticas/promocionales, se requiere la reforma de los aspectos procedimentales de la Convención Americana. La Convención reformada debería establecer más claramente la división de tareas entre la Comisión y la Corte en la tramitación del *amparo interamericano*.

En este nuevo modelo convencional, la Comisión sería un órgano de admisibilidad y solución amistosa y la Corte un Tribunal de instrucción y de derecho. En este sentido, la Comisión, en adición a sus facultades fuera del sistema de casos, se limitaría a adoptar informes de admisibilidad y abrir una etapa de solución amistosa.⁶⁰ La producción de prueba ante la CIDH se limitaría pura y exclusivamente a los aspectos de admisibilidad. Su decisión sobre la admisibilidad de la petición sería final e inapelable ante la Corte.

La etapa de solución amistosa o conciliación debería tener un plazo determinado, por ejemplo seis meses, que podría ser prorrogado solamente por acuerdo de los peticionarios y el Estado respectivo.⁶¹ Si el asunto se soluciona, la Comisión publica-

⁶⁰ Otros capítulos de este libro discuten en detalle los procedimientos específicos.

⁶¹ De hecho, el Estatuto de la Comisión en su art. 23, inc. b, señala que “De no llegarse a la solución amistosa referida en los artículos 44 al 51 de la Convención, la Comisión redactará dentro del plazo de 180 días el informe

ría un informe tal como lo hace en la actualidad. Si la solución amistosa fracasa, el caso automáticamente pasaría a la Corte sin que la Comisión deba preparar una demanda ni transformarse en demandante. Lo que es más importante, la Comisión enviaría el caso a la Corte sin haber hecho ninguna determinación de hecho ni de derecho sobre el fondo del asunto. Una vez que el caso llegase a la Corte, la disputa sería entre la presunta víctima y el Estado respectivo. La Comisión no jugaría el rol de litigante, sino solamente de órgano principal de la OEA que actúa en representación de los Estados y como asistente en la búsqueda de justicia. En este aspecto, la Comisión debería contar con la facultad de cuestionar a las partes —Estados y víctimas—. Con ello, podría asistir a la Corte a demostrar los puntos esenciales de disputa y de acuerdo, así como contextualizar las dimensiones estructurales que pudiese tener un caso. También debería tener la posibilidad de interrogar a los testigos y expertos. Dado que la Corte se pronuncia solamente sobre los hechos alegados y probados y que los mismos son esenciales para la determinación de la cuantía, forma y modalidad de las reparaciones, la Comisión debería tener la posibilidad de interrogar a quienes ilustrarán al Tribunal sobre todos estos aspectos. Luego la CIDH debería presentar su visión, opinión legal y propuesta de solución del caso para la consideración de la Corte.⁶²

requerido por el artículo 50 de la Convención”. No conocemos de ningún caso en que la Comisión haya hecho aplicación de este artículo.

⁶² La modalidad que proponemos sería similar a la del abogado general del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En primer lugar, en tanto y en cuanto la CIDH no actuaría como parte. El abogado general es considerado integrante de la Corte Europea de Justicia. En nuestra propuesta, la Comisión sería considerada órgano convencional distinta de las partes intervinientes. En segundo lugar, no sería responsabilidad de la Comisión, como no lo es el abogado general, probar los hechos ni producir los testigos, peritos o prueba documental. En tercer lugar, la Comisión actuaría con la imparcialidad e independencia en tanto órgano de la OEA al igual que el abogado general, pero no como parte demandante. En cuarto lugar, la Comisión podría cuestionar a las partes sobre hechos y el derecho. Finalmente, de manera similar el abogado general presentaría sus conclusiones para la consideración de la Corte. Véase, entre otros, Burrows, Noreen y Greaves, Rosa, *The Advocate General and EC Law*, Oxford, 2007, pp. 19-30.

El nuevo reglamento de la Corte adopta parcial y de manera inconsistente ciertas propuestas aquí formuladas. Por un lado, establece que la Comisión ya no debe presentar la demanda y crea la figura del defensor interamericano para asistir a las víctimas que carezcan de representantes en lugar de la CIDH.⁶³ También

⁶³ El reglamento de la Corte no explica ni desarrolla ningún estándar sobre el defensor interamericano. No explica quién podrá actuar como defensor interamericano, quién solventará sus gastos, cuáles serán las normas de ética profesional a las que estará sujeto ni el régimen disciplinario pertinente. Tampoco determina en qué momento será elegido el defensor interamericano, qué sucede si dentro del plazo de dos meses para presentar su escrito el defensor interamericano no ha sido aún designado, o no ha contado con el tiempo suficiente para interiorizarse del caso. En septiembre de 2009, la Corte concluyó un acuerdo con la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF) con el objetivo de “proveer asistencia legal gratuita a las presuntas víctimas que carecen de recursos económicos o de representación legal ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. El convenio desarrolla específicamente un mecanismo para el nombramiento de un defensor público como representante de las víctimas, en caso de carecer de representación legal. De hecho, recientemente se informó que 35 defensores públicos pertenecientes a la AIDEF, serían capacitados por la Corte Interamericana en “técnicas para litigio ante la Corte”, en unas jornadas que se desarrollarán en la sede del Tribunal. Véase *Nuestro País*, Propician actividades académicas en la Defensa Pública, disponible en <http://www.elpais.cr/articulos.php?id=20035> Más allá de los potenciales conflictos de interés, de roles y de apariencia de falta de imparcialidad que puede generar el hecho que el Tribunal capacite a funcionarios públicos sobre cómo litigar contra los Estados, los convenios y esta capacitación parecerían indicar que serían los defensores públicos de los Estados quienes ejercerían el cargo de defensor interamericano. Si así fuera, innumerables dudas surgen de inmediato. ¿Cómo un funcionario estatal como es el defensor público, puede representar a una víctima ante un Tribunal Internacional en contra del Estado? ¿Qué sucederá cuando el acto generador de la responsabilidad internacional del Estado sea una acción u omisión de un defensor público? ¿Habrá incompatibilidad de funciones? ¿Tienen los defensores públicos autorización legal para comparecer ante tribunales internacionales? ¿Tienen los conocimientos técnicos para hacerlo? Si en los sistemas legales domésticos, por lo general la defensoría pública se concentra en casos penales, ¿por qué tendrían la formación suficiente para asistir a víctimas en casos no penales? ¿Cómo por ejemplo cuestiones de acceso y protección de tierras y territorios, e.g. caso *Sawhoyamaya* o casos sobre seguridad social, e.g. caso *Torres Benvenuto* o derechos laborales, e.g. caso *Baena* o de acceso a la información, e.g. caso *Claude Reyes*? ¿Está la Corte equiparando la representación del

limita la posibilidad de la Comisión de presentar e interrogar testigos, ya que solo puede interrogar a peritos previa autorización de la Corte, siempre que se afecte de manera relevante el orden público interamericano de los derechos humanos. La Corte avan-

defensor público en un proceso penal doméstico de una persona imputada de un delito con la representación de una víctima de violaciones a los derechos humanos en un Tribunal Internacional? ¿Qué sucede con la independencia e imparcialidad de los defensores públicos? ¿Cómo se les garantizará este desempeño? ¿Tienen los recursos económicos para hacerlo? En el convenio firmado se indica que los gastos razonables serán cubiertos por el fondo de asistencia de víctimas. Pero el reglamento del Fondo establece que si una persona carece de los recursos económicos, podrá informarlo en su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas —ESAP— (art. 2). De acuerdo con el art. 40.2.b del reglamento de la Corte, las presuntas víctimas deben presentar toda la prueba documental y ofrecer la pericial y testimonial en el ESAP. De modo que para esta etapa crucial del procedimiento no contarían ni la presunta víctima ni el defensor público transformado ahora en defensor interamericano con los recursos económicos del Fondo de Asistencia. ¿Serán relevados de sus funciones a nivel nacionales mientras ejerzan su representación internacional? ¿Qué sucederá con sus representados a nivel nacional? ¿Los defensores públicos interamericanos actuarán en casos de sus países o de terceros países? ¿Si es en caso de terceros países, cómo se garantizará el conocimiento de los hechos y sistemas jurídicos del país? ¿Del lenguaje? ¿Quién financiará el traslado al país pertinente? ¿Cómo se asegurará la comunicación continua con el representado? En la AIDEF participan países que no son miembros de la OEA o Estados independientes como Puerto Rico. También países que no han ratificado la Convención ni aceptado la jurisdicción de la Corte como Antigua y Barbuda o Estados Unidos, o que no han aceptado la jurisdicción de la Corte como Jamaica. ¿Cuáles son las consecuencias de esto? ¿Podría un defensor público de un país que no es parte de AIDEF, como por ejemplo de Canadá o de Dominica, ser nombrado defensor público interamericano? Si no fuese posible, pareciera que no es la calidad de defensor público, sino la pertenencia a una asociación civil como la AIDEF la que califica a una persona como potencial defensor interamericano. ¿Por qué la Corte atribuye este monopolio a una organización civil? Finalmente, ¿por qué no podrían ejercer esta representación y el rol de defensor público interamericano otras instituciones no estatales, como por ejemplo, colegios de abogados, organizaciones no gubernamentales, clínicas o consultorios jurídicos universitarios? ¿Por qué no lo pueden ejercer otras instituciones estatales como pueden ser las defensorías del pueblo o comisiones estatales de derechos humanos o incluso los fiscales?

Por ahora no tenemos más que preguntas y sería importante que la Corte clarifique públicamente este innovativo mecanismo llamado a cumplir un rol esencial como es el de representar a las víctimas ante la Corte.

za al establecer que la audiencia oral será abierta por la CIDH⁶⁴ y que concluirá también con la presentación de la Comisión (art. 51 del reglamento). Demostrando el rol de la CIDH como representante del interés público interamericano e independiente de las partes, el reglamento de la Corte indica que al someter un caso la Comisión debe indicar los motivos que la llevaron a presentar el caso ante la Corte (art. 35.1.c.), la autoriza a proponer peritos e interrogar a los mismos “cuando se afecte de manera relevante el orden público interamericano de los derechos humanos (arts. 35.1.f y 52.3). De todas maneras, el reglamento de la Corte todavía mantiene resabios del rol de la Comisión como litigante activo y cercano a las víctimas antes que como órgano imparcial. Así, obliga a la CIDH a indicar “los nombres, dirección, teléfono, correo electrónico y facsímil de los representantes de las presuntas víctimas debidamente acreditados” (art. 35.1.b) cuando ante la Comisión no es necesario una debida y formal acreditación y no es responsabilidad de la CIDH conseguir esta información. También le exige a la Comisión establecer “las pretensiones, incluidas las referidas a reparaciones” como si la CIDH debiese tener pretensiones sobre reparaciones, antes que solicitarle la opinión sobre las recomendaciones formuladas al Estado o las sugerencias sobre la solución adecuada del caso o sobre las reparaciones solicitadas por las víctimas u ofrecidas por el Estado. Incluso podría solo solicitarle que se pronuncie sobre las reparaciones relevantes para “el orden público interamericano” —como se refiere en diversos artículos de su reglamento— o aquellas que tengan un carácter estructural.

7.2. Algunos de los beneficios de la propuesta

La Comisión, al descargar su tarea instructora, podría contar con más tiempo para hacer decisiones de admisibilidad más detalladas y precisas, con mayores y más puntuales análisis jurídicos. Además, al no tener que transformarse eventualmente en órgano de decisión o litigante, podría jugar un rol más activo e imparcial en los procesos de solución amistosa.

⁶⁴ A fin de presentar “los fundamentos del informe al que se refiere el art. 50 de la Convención y de la presentación del caso ante la Corte, así como cualquier asunto que considere relevante para su resolución”.

La posibilidad de que si no hay solución amistosa el caso pase automáticamente a la Corte en un plazo cierto, sería un incentivo para que el Estado realice todos los esfuerzos para encontrar una solución antes de verse demandado judicialmente.

La Corte, por su parte, continuaría siendo un tribunal judicial que debería realizar tanto la instrucción de la causa como la determinación de los hechos. La Corte no debería tramitar ninguna excepción preliminar relativa a la admisibilidad del *amparo interamericano*, sino que pasaría directamente a la etapa probatoria. Con ello reduciría los temas y puntos a ser probados, debatidos y resueltos. La única diferencia con el sistema actual es que no contaría con el acervo probatorio que se produce en la CIDH ni con las determinaciones fácticas que la Comisión realiza. Pero dada la escasa o nula valoración que la Corte le otorga a las pruebas producidas ante la CIDH, esto no debería encargar enormemente el trabajo de la Corte.

La implementación de esta propuesta requeriría el funcionamiento cabal del Fondo de Asistencia para las Víctimas, dado el rol diferenciado que se propicia para la CIDH.⁶⁵ Por supuesto que hasta en tanto no se logre la plena universalización del sistema, la CIDH debería mantener sus actuales facultades con relación a los Estados que no han ratificado la Convención o aceptado la jurisdicción de la Corte.

Esta propuesta, además de reducir la duplicidad de los procedimientos, mantiene intactas las dos decisiones de los órganos del Sistema Interamericano con mayor grado de cumplimiento, esto es, las decisiones sobre soluciones amistosas de la Comisión y las sentencias de la Corte. Además, elimina la tensión existente entre el rol de la Comisión como órgano imparcial decisor en

⁶⁵ La Asamblea General de la OEA decidió crear este fondo. Véase AG/RES.2426 (XXXVIII-O/08), Creación del Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. El mismo fue reglamentado mediante resolución del Consejo Permanente CP/RES 963 (1728/09), Reglamento para el funcionamiento del Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y la Corte acaba de dictar las reglas pertinentes del fondo para la parte del litigio ante el Tribunal, Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Funcionamiento del Fondo de Asistencia Legal de Víctimas, 4 feb 2010. La Corte acaba de anunciar que el gobierno de Noruega ha hecho una donación para tal fondo.

los *amparos interamericanos* procesados ante ella y luego demandante ante la Corte. También resuelve la aparente situación de desventaja de los Estados ante la Corte al tener que responder simultáneamente a los argumentos de la Comisión y de la víctima.⁶⁶ Finalmente, esta propuesta reduciría enormemente el volumen de trabajo de la Comisión e idealmente la duración de todo el procedimiento ante el sistema, permitiendo a la CIDH cumplir las funciones políticas/promocionales y de asistencia técnica. Pero fundamentalmente, este mayor tiempo disponible que tendrá, le permitiría concentrar sus recursos financieros, humanos y de tiempo a mayores y más profundas actividades de promoción, cooperación, asistencia e incidencia.

8. LA NECESIDAD DE CAMBIAR EL PERFIL
DE TRABAJO DE LA COMISIÓN
Y ALGUNAS REFERENCIAS A LA CORTE

Pero el cambio de procedimientos y división de trabajos en el procesamiento de peticiones individuales no es suficiente. Tampoco lo es una ampliación meramente temática de los casos que se procesan. Por el contrario, dada la situación de derechos humanos en las Américas, es necesario reformar la metodología de trabajo y funciones de la Comisión. La nueva asignación de responsabilidades en el sistema de peticiones individuales que se propone, permitirá a la Comisión la liberación ostensible de recursos humanos y financieros para aumentar sus trabajos de promoción, de asesoramiento, de monitoreo general, de interacción y diálogo con gobiernos y sociedad civil, así como su capacidad de reacción rápida e inmediata ante crisis humanitarias.

⁶⁶ Indicamos aparente situación de desigualdad, ya que no consideramos que en la práctica exista una situación de desigualdad de armas. Mientras se garantice la plena oportunidad procesal al Estado de responder a los planteamientos de las víctimas y de la Comisión se garantiza la igualdad procesal. En todos los sistemas procesales existen la posibilidad de múltiples demandantes, incluso en el proceso penal, la mayoría de los códigos procesales modernos, prevén que el imputado deba defenderse de las acusaciones del fiscal como del querellante adhesivo, parte coadyuvante, parte civil demandante o nombres similares.

Los problemas estructurales que limitan la vigencia efectiva de los derechos y los espacios abiertos por gobiernos democráticos exigen fortalecer las capacidades de incidencia política, de asistencia técnica de la CIDH como complemento y balance al proceso de *judicialización* del Sistema Interamericano. La Comisión, en el escenario regional actual debería jugar un papel más importante en los procesos de adopción de políticas públicas, utilizando las oportunidades que ofrecen los gobiernos elegidos democráticamente y donde importantes sectores gubernamentales están genuinamente interesados en mejorar la situación y superar los problemas de derechos humanos.

Para el cumplimiento de este rol, la Comisión debería fortalecer su cooperación técnica con los gobiernos de la región, crear y desarrollar mayores alianzas estratégicas con diferentes actores relevantes en cada uno de los Estados miembros. Por ejemplo, en los países donde existen y que tienen un funcionamiento eficaz, las instituciones nacionales de derechos humanos podrían constituirse en aliados estratégicos fundamentales.⁶⁷ Las cortes supremas o cortes constitucionales, por su posición institucional central en un Estado de derecho, también deben ser aliadas estratégicas de la CIDH.⁶⁸ Sin embargo, es escaso o nulo el trabajo que realiza la Comisión con estos sectores.

Basado en un diagnóstico efectuado con las contribuciones de los gobiernos y de los actores de la sociedad civil, la Comisión debería estructurar una agenda temática identificando las áreas prioritarias de trabajo integral en cada Estado y en la región en su conjunto. Ello permitiría un trabajo más focalizado de la Comisión.

Un ejemplo incipiente de esta estrategia sostenida, constante y que procura influir en políticas públicas es el seguimiento, por parte de la CIDH, del proceso de desmovilización en Colombia

⁶⁷ Véase por ejemplo, Álvarez Icaza Longoria, Emilio, “El papel de los organismos públicos de derechos humanos en el fortalecimiento y promoción del Sistema Interamericano. La experiencia suscitada desde la Comisión de DH del DF”, en *Revista CEJIL*, año I, núm. 2, 2003.

⁶⁸ Véase por ejemplo, García Sayán, Diego, “Una viva interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo: 1979-2004*, 2005, pp. 323-384.

y en particular la discusión sobre un programa integral de reparaciones en dicho país. En los últimos años, la Comisión en su trabajo en Colombia demostró cómo la utilización de las múltiples facultades que tiene puede producir efectos concretos en la adopción de políticas públicas concretas de largo alcance.⁶⁹

Este cambio de perfil implicará también un reordenamiento de las actividades de la CIDH. Así, las herramientas que le permiten poseer diagnósticos más claros sobre la situación de los derechos humanos y las necesidades en los distintos países como son las visitas *in loco* y de trabajo, las audiencias temáticas generales, la preparación y elaboración de informes generales,⁷⁰ deben ser

⁶⁹ Véase por ejemplo, los informes de la CIDH, Lineamientos Principales para una Política Integral de Reparaciones, 2008; Pronunciamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Aplicación y Alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia, 2006; Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, 2007; Las Mujeres frente a la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia, 2006; e Informe sobre el Proceso de Desmovilización en Colombia, 2004. Pero también las argumentaciones utilizadas en materia de reparaciones por la Comisión de diversos casos colombianos ante la Corte, por ejemplo *Caso de la Masacre de La Rochela*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C, núm. 163. Sin embargo, no puede perderse de vista que estos resultados de influencia, particularmente en la discusión y adopción de un plan global de reparaciones, se da en un contexto donde el conflicto armado continúa, la violencia hacia sectores vulnerables permanece, el problema del desplazamiento no fue solucionado, la impunidad sigue siendo grave y los grupos paramilitares se están reagrupando o resurgiendo. Ello, requiere una investigación más profunda nuevamente sobre cómo evaluar la eficacia y efectividad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en función de sus roles específicos. También, requiere considerar muy contextualmente las situaciones en cada país. Por ejemplo, cuáles son los factores que facilitan un diálogo de la CIDH con Colombia, en un país con un sistema judicial altamente sofisticado en muchos aspectos, pero con un grado de violencia y ausencia del Estado en vastas regiones del país. En este contexto, ¿cómo se mide la eficacia de la CIDH? Una pregunta crucial y central que trasciende la reflexión de este texto, pero que integra nuestra agenda de trabajo más amplia.

⁷⁰ Sobre la importancia de los informes de países véase especialmente Farer, Tom, “The future of the Inter-American Commission on Human Rights: Promotion versus exposure” y González, Felipe, “Informes sobre Países, Promoción y Protección”, ambos en Méndez, Juan y Cox, Francisco (eds.),

fortalecidas. Ello también implica una reorganización interna de la Secretaría de la Comisión y en el tipo de profesional que trabaja en la Secretaría de la Comisión, que es fundamentalmente de abogados expertos en la tramitación de casos y peticiones. Pocos o ninguno de los profesionales de la Secretaría de la Comisión tiene formación en economía, ciencias políticas o sociología, por mencionar algunas disciplinas relevantes, o experiencia en el diseño, elaboración, implementación o evaluación de políticas públicas o en técnicas legislativas.

Un cambio de perfil, de metodología de trabajo, de presencia más permanente en el terreno, de mayor interacción con los actores sociales y estatales relevantes, además mejoraría la capacidad analítica de la Comisión y, parafraseando a la Corte, le permitirá más claramente comprender “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”, así como la necesidad de que las obligaciones positivas del Estado no se interpreten de una forma que “imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada”.⁷¹

Las relatorías existentes en la Comisión tendrían un papel fundamental que jugar y, en muchos casos, ya lo están desempeñando en materia de selección de prioridades temáticas, de incidencia política en materia de reformas legislativas o de adopción de políticas públicas. Por ejemplo, la Relatoría de Derechos de los Pueblos Indígenas ha concentrado gran parte de sus esfuerzos a la tutela de los derechos colectivos sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por pueblos indígenas, a través de la promoción de soluciones amistosas,⁷² resolución de casos,⁷³ de litigio estra-

El futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, pp. 515-536 y 493-513, respectivamente.

⁷¹ Véase Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146, párr. 155.

⁷² Informe núm. 90/99, Caso 11.713, *Comunidades Indígenas Enxet-Lamexay y Kayleyphopopyet —Riachito—*, Paraguay, 29 de septiembre de 1999.

⁷³ Informe núm. 77/02, Caso 11.140, Fondo, *Mary y Carrie Dann*, Estados Unidos, 2 de diciembre de 2002.

tégico de casos ante la Corte,⁷⁴ de la inclusión de capítulos en informes sobre la situación de los derechos humanos en diferentes países⁷⁵ y del asesoramiento en el proceso de elaboración de la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.⁷⁶ En el mismo sentido, se puede mencionar el trabajo sostenido de la Comisión y su Relatoría de Libertad de Expresión en materia de despenalización de la crítica a los funcionarios públicos⁷⁷ o de acceso a la información pública.⁷⁸

⁷⁴ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awastingni vs. Nicaragua*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, núm. 79; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125, y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146.

⁷⁵ Véase, entre otros “Justicia e Inclusión Social: Los desafíos de la democracia en Guatemala”, cap. IV: La situación de los pueblos indígenas, 2003; Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay, cap. IX: Pueblos indígenas, 2001; Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú, cap. X: Los derechos de las comunidades indígenas, 2000; Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia, cap. X: Los derechos humanos de los indígenas, 1999; Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en México, cap. VII: La situación de los pueblos indígenas y de sus derechos, 1998; Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Brasil, cap. VI: Los derechos humanos de los pueblos indígenas en Brasil, 1997; Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador, cap. IX: Asuntos de derechos humanos de especial relevancia para los habitantes indígenas del país, 1997.

⁷⁶ Consúltese la página <http://www.cidh.org/Indigenas/ProyectoDeclaracion.htm>

⁷⁷ Véase por ejemplo, el Caso 11.012, informe núm. 22/94, Argentina, Horacio Verbitsky, 20 de septiembre de 1994 (Solución amistosa), el Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1995, pp. 206-223, y los casos litigados ante la Corte: *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C, núm. 107; *Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2004. Serie C, núm. 111; *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, núm. 135, y *Kimel vs. Argentina*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C, núm. 177.

⁷⁸ Véase, por ejemplo, Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2003, volumen III, cap. IV: El estudio especial sobre el derecho de acceso a la información, y el caso litigado ante la Corte: *Caso Claude*

Pero a fin de asegurar y acrecentar la visibilidad, credibilidad y legitimidad de la Comisión y sus relatorías, la CIDH debería analizar integralmente el funcionamiento de las mismas y establecer algunos parámetros comunes de funcionamiento de las mismas. Por ejemplo, varias relatorías han conducido muy importantes visitas para documentar temas centrales en sus áreas de competencia, generando expectativas que producirían informes sobre tales circunstancias y brindarían recomendaciones concretas a los Estados. Sin embargo, a varios años de tales visitas, los informes no fueron producidos, perdiendo la Comisión la oportunidad política de incidir en discusiones públicas, provocando desilusiones y frustraciones por parte de los actores estatales y de la sociedad civil que colaboraron con tales visitas y que genuinamente estaban interesados en conocer las posiciones elaboradas de la CIDH.⁷⁹ También debería adoptar parámetros

Reyes y otros vs. Chile. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 151.

⁷⁹ Como ejemplo de visitas de relatorías a países que no produjeron informes, a pesar del entendimiento de que así sería, pueden mencionarse, las visitas de la Relatoría para los Derechos de los Niños conjunta con UNICEF para analizar la situación de los niños, niñas y adolescentes vinculados a pandillas o maras en El Salvador, Guatemala y Honduras en diciembre de 2004; de la Relatoría de los Derechos de las Mujeres a Guatemala en septiembre de 2004; de la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Afrodescendientes y Contra la Discriminación Racial a Colombia, para documentar la situación de los afrocolombinos en mayo de 2007, y finalmente las visitas de la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas realizadas entre 2004 y 2007 a Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Guatemala, Haití, Honduras y República Dominicana. Véase, entre otros, Comunicados de prensa núm. 26/04, “Comisión Interamericana de Derechos Humanos y UNICEF expresan preocupación por la situación de los niños, niñas y adolescentes vinculados a pandillas o maras en El Salvador, Guatemala y Honduras”, 20/04 “La Relatora Especial de la CIDH evalúa la vigencia del derecho de la mujer guatemalteca a vivir libre de la violencia y discriminación”, 38/05 “Relator Especial sobre derechos de las personas privadas de la libertad de la CIDH realiza una visita a Colombia”, 48/06 “CIDH verificó la situación de las personas privadas de libertad en algunas cárceles de la República de Bolivia”, 29/06 “La Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad de la CIDH realiza una visita a la República Dominicana”, 32/07 “La Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad concluye su visita a la República de Haití” y la página <http://www.cidh.org/PRIVADAS/visitas.htm>.

más claros sobre los motivos por los cuales una relatoría cuenta con un Relator Especial a su frente que no es miembro de la Comisión, no es elegido por parte de la Asamblea General, pero que a diferencia de los otros relatores temáticos trabaja remuneradamente a tiempo completo en la Comisión y cuenta con un presupuesto y personal que se maneja de manera autónoma al resto del presupuesto y personal de la Secretaría de la CIDH. Esto crea una percepción de disparidad entre las diferentes relatorías temáticas que afecta de cierta manera el trabajo integral de la Comisión.

Los informes sobre países, que permiten contar con diagnósticos integrales y con formulación de recomendaciones puntuales a los Estados también deberían revalorizarse. La Comisión ha comenzado a dar pasos para asegurar que los mismos sean elaborados de manera más rápida.⁸⁰ Asimismo, debería darle seguimiento más permanente y puntual a las recomendaciones que incluye, asegurar que los informes cuenten con la mayor difusión posible y lleguen a los actores nacionales e internacionales relevantes y que sean presentados públicamente en los países destinatarios de tales informes.

La difusión del trabajo de la Comisión es un elemento esencial en cualquier estrategia de mayor incidencia política. Positivamente, la CIDH ha creado una Oficina de Prensa de manera reciente que está llamada a cumplir un rol fundamental en el diseño de una estrategia de publicidad que asegure una mayor presencia de la Comisión en la opinión pública interamericana.

Por supuesto, este rol político y promocional, así como la asistencia técnica, no puede afectar o disminuir la autonomía, independencia e imparcialidad de la Comisión que constituye su principal fortaleza. Tampoco implica un abandono del procesamiento del *amparo interamericano*. Para ello, la Comisión deberá equilibrar la impostergable necesidad de cooperar más estrechamente con los gobiernos con su capacidad de análisis independiente y crítico de la situación de los derechos humanos en los

⁸⁰ Véase, por ejemplo, el Informe de Acceso a la Justicia e Inclusión Social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia preparado en menos de seis meses.

distintos Estados a través de sus diferentes mecanismos, incluido el procesamiento de peticiones y casos.

El nuevo rol que se propone a la Comisión dentro del procesamiento del *amparo interamericano*, permitirá que lo complemente con su rol de asistencia técnica. A través de un involucramiento más profundo en los procesos de solución amistosa, la Comisión podrá promover la adopción de políticas específicas que no solamente procuren solucionar el caso puntual, sino el problema estructural que le dio origen. Además, al no ser la parte demandante ni litigante ante la Corte y dada su capacidad de asistencia, deberá jugar un rol más activo en la facilitación del cumplimiento de las decisiones judiciales de la Corte y seguimiento de sus propias recomendaciones, procurando incidir en la adopción y/o modificación de políticas públicas.

Además, no puede olvidarse la sinergia que se produce entre los aspectos políticos/promocionales de la CIDH y la tramitación de peticiones individuales. Como llevamos dicho y como lo ejemplifica el trabajo en algunos países y de algunas relatorías, a través de casos paradigmáticos, la Comisión puede avanzar en el desarrollo de estándares jurisprudenciales fundamentales para la implementación de su agenda temática. Sentencias o informes con órdenes o recomendaciones de reformas estructurales pueden abrir espacio para el trabajo político/promocional de la CIDH. Las decisiones en casos individuales sirven también para legitimar actores sociales que pueden haber sido cuestionados por los Estados.⁸¹ También sirven para abrir espacios de negociación y diálogo entre el gobierno y los actores sociales, sea mediante impulso de procesos de solución amistosa, órdenes para implementar medidas cautelares/provisionales o de reparación mediante un proceso de consulta y coordinación entre el gobierno y la sociedad civil. Todo ello facilita y fortalece el trabajo político/promocional de la CIDH.

Algunos han rechazado propuestas como la aquí esbozada, ya que “el problema que representaría un fortalecimiento significa-

⁸¹ Antkowiak, Thomas M., “Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond”, en *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 46, 2008, pp. 351, 360.

tivo de estas iniciativas de asesoría técnica, además de implicar reducir recursos humanos y financieros para otras áreas, es que, de alguna manera, llevaría a menudo a que la Comisión evaluara anticipadamente, es decir, prejuzgara, sobre asuntos que más tarde pueden llegar a su conocimiento por la vía de su sistema de casos”.⁸² Nuestra propuesta supera estas críticas, ya que propone que la CIDH reduzca su nivel de participación en los casos al no tener que decidir sobre los méritos de los mismos y no aparecer como litigante ante la Corte Interamericana. Con ello, liberaría recursos humanos y financieros para trabajar en otras áreas. Adicionalmente, no pensamos que la asesoría técnica ni las actividades más políticas/promocionales constituyan prejuzgamiento, pues lo que la CIDH realiza en el sistema de casos individuales, aún en su estructura actual, es evaluar una situación puntual, en un caso concreto, mientras que en sus actividades políticas/promocionales se pronuncia sobre situaciones generales y no puntuales o específicas. Si existiese un problema de prejuzgamiento, el mismo también existiría en el caso de la producción de informes temáticos o de países⁸³ que los críticos de nuestra propuesta sostienen son fundamentales para las tareas que la CIDH desarrolla,⁸⁴ criterio este último que compartimos.

La propuesta también requiere un nuevo análisis crítico del funcionamiento del Tribunal Interamericano. El redimensionamiento de las funciones de la CIDH no puede aislarse del funcionamiento de la Corte. Como tribunal judicial carece del rol político/promocional asignado a la CIDH, pero ello no significa que su funcionamiento, su procedimiento y su jurisprudencia no tengan impacto político ni puedan concebirse como meras cuestiones de técnica e interpretación jurídica. Particularmente, es importante que la Corte esté consciente de que las simples órdenes en

⁸² Según lo expresado por el segundo vicepresidente de la CIDH, Felipe González, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: antecedentes, funciones y otros aspectos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, 2009, p. 55.

⁸³ La Comisión ha sostenido que el pronunciamiento de la CIDH sobre situaciones puntuales en informes generales no constituye prejuzgamiento ni impedimento para que la Comisión estudie, procese y resuelva peticiones individuales sobre los mismos aspectos. Véase CIDH, Informe núm. 5/97, Caso 11.227, Admisibilidad, Colombia, 12 de marzo de 1997.

⁸⁴ *Ibidem*, pp. 39 y ss. y 155.

sentencias no necesariamente serán suficientes para provocar cambios permanentes en la situación estructural de los derechos humanos en los países. Dichos cambios se producirán por la confluencia de actores sociales comprometidos con dichos cambios en los países, como pueden ser los movimientos sociales, los defensores de derechos humanos, los medios de comunicación, los funcionarios gubernamentales comprometidos con las libertades fundamentales y otros aliados. En este sentido, la Corte será más eficiente en tanto y en cuanto sea un mecanismo donde tanto su procedimiento como su jurisprudencia sean relevantes para los esfuerzos a corto, mediano y fundamentalmente largo plazo de dichos actores sociales comprometidos con la promoción y protección de los derechos humanos.⁸⁵

Desde esta perspectiva, la organización de procedimiento de la Corte no es una cuestión menor en tanto y en cuanto es el espacio donde puede desarrollarse trabajo de cabildeo, promoción, difusión, debate público, rendición de cuentas. Esto significa que si las audiencias públicas de la Corte son reducidas, si el número de testigos disminuye, si las audiencias sobre cumplimiento de sentencias son privadas en lugar de públicas, la visibilidad del accionar de la Corte, de la postura del gobierno disminuye y por ende no genera movilización pública en el país. Ello también significa que las determinaciones fácticas y jurídicas de la Corte deben prestar atención a los factores estructurales que facilitan la comisión de violaciones a los derechos humanos, así como aquellos que promueven un mayor respeto. En otras palabras, entender que las violaciones y la implementación de las reparaciones no se producen en un vacío, sino en determinados contextos sociales y políticos que requieren por un lado, ser tomados en cuenta en la determinación de los hechos, en la aplicación del derecho, en las medidas de reparación que se ordenan en la supervisión del cumplimiento de las sentencias.⁸⁶ La legitimidad y

⁸⁵ Cavallaro, James y Brewer, Stephanie, "Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: the Case of the Inter American Court", en *American Journal of International Law*, vol. 102, 2008, p. 768.

⁸⁶ Sobre la implementación de las reparaciones y el contexto en el que ocurren véase especialmente Beristain, Carlos, *Diálogos sobre la reparación: experiencias en el sistema interamericano de derechos humanos*, 2008.

credibilidad del Tribunal no depende exclusivamente de supuestos desarrollos jurisprudenciales progresistas si los mismos no se traducen en cambios sistemáticos en los países. Paralelamente, una jurisprudencia que importe nociones de otros sistemas o que vaya más allá del consenso regional puede afectar la propia credibilidad del Tribunal.⁸⁷ Ello no significa que la Corte deba limitarse a reflejar en sus decisiones el consenso existente en materia de interpretación judicial, especialmente dados los problemas que confrontan los problemas judiciales en nuestros países. Tan solo que debe estar consciente de estos consensos, de las tendencias regionales existentes, de los desarrollos jurisprudenciales que se dan en ciertos tribunales, de los factores que inciden en tales desarrollos.

Para concluir, es imprescindible una nueva forma de supervisión e implementación de las decisiones de los órganos interamericanos. Para facilitar el cumplimiento de las decisiones y seguimiento de las recomendaciones, cada Estado debería establecer un mecanismo nacional encargado de la coordinación, impulso e implementación de las decisiones interamericanas.⁸⁸ Este mecanismo tendría que contar con la participación de las instituciones y ministerios más relevantes tales como los de Justicia, Relaciones Exteriores, Interior o Gobernación, Defensa, Economía, el Ministerio Público, la Defensa Pública, la Defensoría del Pueblo o institución similar.⁸⁹ La Comisión debería ser un miembro per-

⁸⁷ Nbuman, Geral L., "Import, Export, and Regional Consent in the Interamerican Court of Human Rights", en *European Journal of International Law*, vol. 19, 2008, p. 101.

⁸⁸ Existen ya convenciones que exigen el establecimiento de un mecanismo nacional para la implementación del respectivo tratado. Por ejemplo, el art. 3° del Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura relativo a las visitas periódicas a los lugares donde se encuentran personas privadas de su libertad, estipula que "cada Estado parte establecerá, designará o mantendrá, a nivel nacional, uno o varios órganos de visitas para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (en adelante denominado el mecanismo nacional de prevención)".

⁸⁹ Un modelo interesante es la Comisión Interinstitucional creada por Paraguay, a fin de cumplir con las decisiones de la Corte y de la CIDH. A dicha comisión la integran los ministros del Interior, Relaciones Exteriores, Hacienda, Salud Pública y Bienestar Social, Justicia y Trabajo, Educación y Cultura, el procurador general de la República y el ministro secretario de la

manente de este cuerpo y participar de manera periódica en sus reuniones, prestando asesoramiento técnico y compartiendo su experiencia regional e histórica y resaltando las buenas prácticas. Este mecanismo nacional y la Comisión deberían reportar semestralmente a la OEA sobre su trabajo. Las víctimas deberían ser invitadas a participar en las reuniones de este mecanismo cuando sus casos son analizados.

9. CONCLUSIÓN

Desde nuestra perspectiva sustantivista, y no procesalista, creemos que el Sistema Interamericano ha trabajado contra los Estados en las épocas de dictaduras y muchas veces a pesar de los Estados en las épocas de transición democrática. Ahora resulta indispensable trabajar junto con los Estados. Los ejemplos incipientes de la colaboración de los Estados con la CIDH demuestran cómo es posible convertir al Sistema Interamericano en un aliado para ampliar la efectividad de la protección de los derechos y libertades fundamentales y la obtención de justicia en numerosos casos individuales. En este sentido, el rol de la Comisión debe ser modificado y fortalecido en los próximos años, incluyendo cada vez más la tarea de cooperar y asesorar a los países miembros sobre cómo atacar los numerosos problemas estructurales que predominan en la región.

La propuesta de repensar el *amparo interamericano* busca promover que dentro de la OEA se asuma decididamente el desafío de colaborar con los Estados y con la sociedad civil para evitar no solo graves retrocesos en la protección de los derechos humanos, sino para asegurar el progreso hacia una mejor tutela de las libertades para todos sus habitantes mediante la adopción

Presidencia de la República. Como consejo asesor lo integran 16 entidades estatales y en calidad de “invitado” un representante del peticionario que haya acudido al sistema. Decreto número 1595 aprobado el 26 de febrero de 2009 en Paraguay, por el cual se crea e integra una “Comisión Interinstitucional responsable de la Ejecución de las Acciones Necesarias para el Cumplimiento de las Sentencias Internacionales dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las Recomendaciones emanadas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”.

de políticas públicas en la materia. Dentro de este marco, el *amparo interamericano* y su procesamiento por la CIDH y la Corte debe ocupar un lugar importante, pero no ser el único ni el que insuma la mayor parte del tiempo y los recursos de la Comisión. El procesamiento de peticiones individuales debe ser redimensionado para responder a las necesidades de derechos humanos en la región de manera más eficiente.

El hincapié en el *amparo interamericano* en desmedro de otras herramientas disponibles, presupone que las soluciones a los problemas estructurales de derechos humanos en nuestra región se pueden conseguir a través de respuestas legales y judiciales. A nuestro criterio, esta es una visión errada.

Todas las propuestas aquí esbozadas son interdependientes, es decir que en tanto y en cuanto pretenden repensar el Sistema Interamericano en su totalidad, cada una tiene sentido en el engranaje total y sistémico de la OEA y no deben considerarse de manera aislada.

FEDERALISMO
Y DERECHOS HUMANOS

VIII. Al gran pueblo argentino salud: derechos, federalismo y tratados internacionales*

1. INTRODUCCIÓN

Hace más de 150 años, Juan Bautista Alberdi, indicaba que:

Cada tratado será un ancla de libertad puesta a la Constitución. Si esta fuera violada por una autoridad nacional, no lo será en la parte contenida en los tratados, que se harán respetar por las naciones signatarias en ellos; y bastará que algunas garantías queden en pie para que el país conserve inviolable una parte de su Constitución, que pronto hará restablecer la otra.¹

Alberdi imaginaba el surgimiento de un derecho internacional donde los derechos del ser humano serían reconocidos y tutelados. Lo que probablemente no imaginaba es que los tratados de derechos humanos adquirirían jerarquía constitucional ni que influirían en el desarrollo de un nuevo modelo de federalismo cooperativo en el país.

Tras más de dos décadas de la reforma constitucional de 1994, vale la pena reflexionar sobre algunas de las implicaciones de la jerarquía constitucional otorgada a los instrumentos de de-

* Este trabajo fue publicado en la obra *Tratado de Derecho a la Salud*, de Laura Clérico, Liliana Ronconi y Martín Aliado (coords.), AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2013, t. II.

¹ Alberdi, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1991, p. 255.

rechos humanos mencionados en el artículo 75, inciso 22, y en particular de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el aspecto relativo a la estructura federal del país. Dado que los instrumentos incluidos en el artículo 75, inciso 22, tienen jerarquía constitucional “en las condiciones de su vigencia” deben analizarse dichas condiciones de acuerdo con el derecho internacional.² Analizaremos, pues, las obligaciones y responsabilidades en un Estado federal del gobierno nacional y los provinciales de acuerdo con la normativa internacional y en particular de la Convención, así como la interpretación dada a ella por la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos.

En la siguiente sección estudiaremos la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (Corte Suprema o CSJN) en materia de reparto de competencias entre el gobierno nacional y los provinciales en cuanto al cumplimiento de los tratados de derechos humanos. Nos detendremos especialmente en el derecho a la salud, por su rica jurisprudencia en este aspecto, aun cuando este derecho no sea el foco central de nuestro análisis. Se avanza hacia una propuesta de un modelo de federalismo que garantice la efectiva implementación de los tratados de derechos humanos, considerando el régimen internacional y la jurisprudencia de la Corte Suprema. Finalmente, se reflexiona sobre la necesidad de crear un mecanismo que facilite la puesta en práctica de este nuevo modelo federalista y provea el espacio institucional y las herramientas jurídicas necesarias para coordinar las actividades entre el gobierno nacional y los gobiernos provinciales para facilitar el respeto y garantía de los derechos humanos tanto a nivel federal como local.

Las palabras del himno nacional argentino, recordando que los “libres del mundo responden, al gran pueblo argentino, salud” son un buen resumen del propósito de este ensayo. Intentaremos dar una explicación a la influencia que la ratificación de los tratados de derechos humanos y su elevación al rango constitucional producen en el reparto de competencias entre el gobierno federal y las autoridades provinciales. Para ello, utilizaremos primordial, pero no exclusivamente, el derecho a la salud y su desarrollo

² Véase entre otros, Corte Suprema, *Reinoso*, Fallos 329:5118; *Acosta*, Fallos 321:3555 y *Giroldi*, Fallos 318:514.

jurisprudencial. Analizaremos cómo los “libres del mundo”, —representados por los tratados de derechos humanos—, al responder a las demandas de salud del “gran pueblo argentino”, influyen en el modelo de federalismo.

2. OBLIGACIONES INTERNACIONALES Y FEDERALISMO

Los Estados son libres y soberanos para adoptar la forma de Gobierno y de Estado que estimen pertinente, sea federal, unitaria o cualquier otra.³ Sin embargo, en *Garrido y Baigorria* la Corte Interamericana indicó que

Según una jurisprudencia centenaria y que no ha variado hasta ahora, un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional.⁴

Así, el Estado no puede alegar la conformidad de su comportamiento con su derecho interno para impedir que se lo califique de ilícito según el derecho internacional. El hecho de un Estado se califica como internacionalmente ilícito si constituye una violación de una obligación internacional, aunque no contravenga el derecho interno del Estado, ni siquiera en el caso en que, con arreglo a tal derecho, el Estado esté en realidad obligado a ese comportamiento.⁵

Tampoco puede alegar las disposiciones o insuficiencias de su derecho interno como eximente de su responsabilidad internacional.⁶ Como ha dicho la Comisión Interamericana en *Almei-*

³ Barberis, Julio A., *Los sujetos del derecho internacional actual*, p. 59.

⁴ Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Reparaciones y costas (art. 63[1] Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia del 27 de agosto de 1998. Serie. C, núm 39, párr. 46.

⁵ International Law Commission, Report on the work of its fifty-third session, 23 abril-1 junio y 2 July-10 agosto 2001, General Assembly, Official Records, Fifty-fifth Session, Supplement No. 10 (A/56/10). En el mismo sentido, el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece: “Una Parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...”.

⁶ Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, p. 35.

da, permitir la exclusión de la responsabilidad por la estructura federal del Estado

conduciría al absurdo de convertir la protección de los derechos humanos en una decisión meramente discrecional, sujeta al arbitrio de cada uno de los Estados partes.⁷

La responsabilidad internacional del Estado se genera por igual por las acciones y omisiones de los órganos de la administración central como local. Ello pues,

se considera [...] hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, [...] tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado.⁸

La Comisión ha señalado que cuando se trate de un Estado federal, el gobierno nacional responde en la esfera internacional por los actos cometidos por agentes de los estados miembros de la federación.⁹

Como contrapartida, las unidades de una federación se hallan obligadas a cumplir con la normativa internacional. En *La Grand*, la Corte Internacional de Justicia declaró que si las obligaciones internacionales caen dentro de la competencia del gobierno local, este está obligado a actuar conforme a los compromisos internacionales del Estado.¹⁰ Como consecuencia de estos principios, la

⁷ CIDH, Informe núm. 26/09, Caso 12.440, Admisibilidad y Fondo, *Wallace de Almeida*, Brasil, 20 de marzo de 2009, párr. 166.

⁸ International Law Commission, Report on the work of its fifty-third session, 23 abril-1 junio y 2 julio-10 agosto 2001, General Assembly, Official Records, Fifty-fifth Session, Supplement núm. 10 (A/56/10). Comentarios al Proyecto de Artículos, pp. 66 y 67.

⁹ CIDH, Informe núm. 35/01, Caso 11.634, *Jailton Neri da Fonseca*, Brasil, 22 de febrero de 2001, párr. 13; Informe núm. 10/0, Caso 11.599, *Marcos Aurelio de Oliveira*, Brasil, párr. 21; Informe núm. 24/98, Caso 11.287, *João Canuto de Oliveira*, Brasil, 7 de abril de 1998, párr. 42; Informe núm. 2/99, caso 11.509, Manuel Manríquez, México, 23 de febrero de 1999, párr. 121, e Informe núm. 37/10, Publicación, Caso 12.308, *Manoel Leal de Oliveira*, Brasil, 17 de marzo de 2010, párr. 143.

¹⁰ C.I.J. *La Grand (Germany vs. United States of America)*, Provisional Measures, C.I.J., Reports 1999, p. 16, párr. 28.

aplicación de las normas internacionales debe realizarse en la totalidad del territorio de la federación.¹¹ La Corte Interamericana sostuvo que las disposiciones internacionales que conciernen a la protección de los derechos humanos deben ser respetadas por los Estados, independientemente de su estructura federal o unitaria.¹²

Obviamente, estos principios generan dificultades internas en los Estados federales.¹³ Por eso, tradicionalmente, los tratados han incluido una cláusula federal, esto es, una disposición específica que fija el alcance del tratado respectivo en el ámbito federal.¹⁴ Sin embargo, la cláusula federal es cada vez más extraña en los tratados relativos a la protección de los derechos humanos. Dentro del Sistema Interamericano solo la Convención en su artículo 28 incluye una cláusula federal que estipula:

1. *Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas*

¹¹ Recogiendo este postulado, el art. 29 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados prevé: “Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo”.

¹² 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, núm. 16, párr. 140.

¹³ La Corte Europea de Derechos Humanos reconoció la existencia de “importantes dificultades prácticas” en un Estado federal pero no aceptó dicha razón como justificativo para no cumplir con una disposición convencional. Corte Europea de Derechos Humanos, *Belilos vs. Switzerland* judgment de 29 abril 1988, Serie A, núm. 132, p. 26, parág. 59. En el caso se discutía una reserva interpuesta por Suiza y el alcance del entonces artículo 64 inciso 2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales que requería que “toda reserva formulada de conformidad con el presente artículo irá acompañada de una breve exposición de la ley de que se trate”. Suiza argumentó que dicho artículo no tomó en cuenta los problemas específicos que enfrentan los Estados federales y que pueden ser virtualmente insuperables ya que requeriría citar todas las regulaciones de los cantones específicos. La Corte Europea rechazó el argumento sosteniendo que la exposición de la ley representaba una cuestión sustantiva cuyo incumplimiento no podía justificarse por “importantes dificultades prácticas”.

¹⁴ Véase Kos-Rabcewicz-Zubkowski, Ludwik, “Federal Clause, Colonial Clause”, en *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 2, 1995, p. 359.

las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.

2. *Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su Constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.*

Dentro del marco de la Organización de las Naciones Unidas existe un claro predominio de las convenciones que no han previsto disposición alguna en materia de obligaciones o restricciones específicas para los Estados federales. Tanto el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresamente establecen en sus artículos 28 y 50, respectivamente, que:

Las disposiciones del presente Pacto serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna.¹⁵

Dentro de las Convenciones regionales, ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales ni la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos contienen una cláusula federal. Desde esta perspectiva, el artículo 28 de la Convención es “un anacronismo”,¹⁶ pues no se inscribe dentro de la tendencia del resto de los tratados de derechos humanos de no incluir una cláusula federal.

En definitiva, según el derecho internacional general, sus obligaciones deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para justificar su incumplimiento la estructura federal. El

¹⁵ Un texto similar se encuentra en el artículo 41 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas y en el artículo 4° de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

¹⁶ Buergenthal, “Inter-American System for the Protection of Human Rights”, en Meron, Theodor (ed.), *Human Rights and International Law*, Clarendon Press Oxford, p. 445.

Estado federal será siempre el responsable internacionalmente de asegurar que las obligaciones asumidas sean cabalmente cumplidas por las unidades componentes de la federación, así como por las violaciones a las mismas obligaciones. Las unidades federativas se encuentran igualmente obligadas a cumplir con las obligaciones internacionales.

2.1. Las obligaciones de los Estados federales de acuerdo con la Convención

Algunos han considerado que la cláusula federal de la Convención puede implicar una posibilidad de retacear la aplicación de la Convención y/o hacerla más dificultosa dependiendo de la organización constitucional de los Estados parte,¹⁷ o que podría significar prácticamente la imposibilidad de aplicar la mayor parte de la Convención en las unidades de la federación¹⁸ o que restringe notablemente las obligaciones asumidas por los Estados federales en el marco de la Convención.¹⁹ Por ello, nos detendremos en esta sección a analizar las obligaciones convencionales en un Estado federal. De la lectura conjunta de los artículos 1º, 2º y 28 resulta que la Convención establece como deberes fundamentales a cargo de los Estados con estructura federal el respeto y garantía del pleno ejercicio de los derechos humanos en ella reconocidos (art. 1.1). Adicionalmente los obliga a adoptar las disposiciones de derecho interno pertinentes y necesarias para cumplir con tales deberes (arts. 2º y 28.2). Las dos obligaciones generales consagradas en la Convención —la de respetar y garantizar los derechos protegidos (art. 1.1) y la de adecuar el derecho interno a la normativa internacional (art. 2º) se hallan indisolublemente interrelacionadas y no condicionadas por el art. 28—. La Comisión ha aceptado que

¹⁷ Medina, Cecilia, *The Battle of Human Rights. Gross, Systematic Violations and The Inter-American System*, Martinus Nijhoff Publishers, p. 100.

¹⁸ Gross Espiell, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis Comparativo*, Editorial Jurídica de Chile, pp. 202 y 204.

¹⁹ Faundez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, Aspectos Institucionales y Procesales*, 3ª ed., 2004, p. 60.

las obligaciones contenidas en los dos primeros artículos de la Convención Americana son las que imponen al Gobierno... la exigencia de “tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su Constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes (de las entidades componentes de la federación) puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención”, en los términos del artículo 28.2.²⁰

Una interpretación del artículo 28, aislada del resto de la Convención y de los principios generales del derecho internacional, relevaría al gobierno central de sus obligaciones bajo el tratado y podría dejar a las personas privadas de protección internacional.²¹ Jamás, siguiendo las reglas de interpretación establecidas en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y en especial el artículo 29, inciso *a*) de la Convención, se podría concluir que el artículo 28 restringe los deberes del Estado federal.

La Corte Interamericana se ha referido en *Escher y otros* a las “obligaciones emergentes del artículo 28 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1º y 2º del mismo tratado”.²² Al reconocer implícitamente al artículo 28 como fuente de obligaciones, agregó que

el alegato sobre la eventual inobservancia de las obligaciones emanadas del artículo 28 de la Convención debe referirse a un hecho con entidad suficiente para ser considerado como un verdadero incumplimiento.²³

Hasta el momento, el Tribunal no ha definido qué debe interpretarse como “un hecho con entidad suficiente” para configurar

²⁰ CIDH, Informe núm. 8/91, Caso 10.180, México, 22 de febrero de 1991, párr. 40.

²¹ *Ibidem*, párr. 4.

²² Corte IDH. *Caso Escher y Otros vs. Brasil*. Excepciones, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C, núm. 200, párr. 221, y *Caso Garibaldi vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Serie C, núm. 203, párr. 139.

²³ *Caso Escher*, supra, párr. 220 y *Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C, núm. 229, párr. 156.

una inobservancia del artículo 28. Sin embargo, es importante notar que la Corte Interamericana, para determinar la observancia de las obligaciones emergentes del artículo 28, tuvo en cuenta que “el Estado no opuso su estructura federal como excusa para incumplir una obligación internacional”.²⁴

Del artículo 1° de la Convención se desprende que el Estado tiene las obligaciones básicas de respetar y garantizar los derechos reconocidos a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin distinguir entre personas sujetas a la jurisdicción de Estados federales y personas sujetas a la jurisdicción de Estados unitarios. En términos del derecho internacional, en los Estados federales, las personas que habitan en ellos están sujetas a su jurisdicción independientemente de que se encuentren o residan en los ámbitos provinciales. Como indicó la Comisión en *Olivera*:

E[1] artículo [28], en conexión con el artículo 1 de la Convención, impone a los Estados, en conformidad con sus Constituciones y leyes, la obligación de adoptar medidas para que los órganos, autoridades y estructuras de poder que los componen respeten y garanticen el pleno ejercicio de los derechos y garantías consagrados en la Convención.²⁵

El artículo 1° de la Convención obliga a respetar los derechos reconocidos en ella, así como a garantizar su libre y pleno ejercicio. Esta disposición, ha dicho la Corte Interamericana:

Contiene un deber positivo para los Estados. [...] [G]arantizar implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce [...].²⁶

Estos obstáculos pueden perfectamente encontrarse en la estructura federal del Estado. La obligación de garantía del artículo

²⁴ *Idem.*

²⁵ Corte IDH. *Caso Oliveira*, párr. 145.

²⁶ Corte IDH. Excepciones al agotamiento de los Recursos Internos, Opinión Consultiva OC 11/90 del 10 de agosto de 1990, párr. 34.

1.1, implica el deber de organizar todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.²⁷ Las estructuras de poder público implican tanto aquellas a nivel nacional como las de nivel provincial. Por eso, la Comisión ha instado a un gobierno federal a que adopte de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su Constitución y a sus leyes, para que todo el aparato del Estado, incluyendo las autoridades de los Estados federales, implementen medidas para cumplir con la Convención.²⁸

La obligación de garantizar requiere también la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible su cumplimiento.²⁹ Además, este deber comparte 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.³⁰ Así, el Estado federal debe crear una estructura legislativa que le permita, por sí o a través de las unidades federativas, cumplir con la Convención. Adicionalmente, el Estado federal debe realizar todas las conductas necesarias para que las normas convencionales produzcan un efecto útil y existan concretamente en la realidad de las provincias.

De modo que las obligaciones que surgen del artículo 1° son las determinantes al momento de precisar la responsabilidad internacional de un Estado federal. En *Carindurú* la Comisión sostuvo que el artículo 28 de la Convención complementa estas obligaciones genéricas:

el artículo 1 [...] establece claramente la obligación del Estado de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención, así como de garantizar su libre y pleno ejercicio, de modo que toda violación de los derechos reconocidos [...] que pueda ser atribuida, de acuerdo con las normas del derecho internacional, a acción u

²⁷ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4, párr. 166.

²⁸ CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil, 1997, capítulo 5.

²⁹ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez*, *supra*, párr. 167.

³⁰ *Idem*.

omisión de cualquier autoridad pública, constituye un acto de responsabilidad del Estado. De acuerdo con el artículo 28 de la Convención, cuando se trata de un Estado federativo [...] el Gobierno nacional responde en la esfera internacional por los actos practicados por las entidades que componen la federación.³¹

El artículo 2° requiere que se adopte la legislación necesaria para dar efectividad a la Convención, supliendo eventuales lagunas o insuficiencias del derecho interno, incluidas las originadas en la estructura federal, a fin de armonizarlas con las normas convencionales.³²

El artículo 2° señala “con arreglo a sus procedimientos constitucionales”, con lo que deja en manos del estado de Río de Janeiro, o del Estado del Brasil, la elección de las vías por las cuales cumplirá su compromiso internacional. Lo relevante es únicamente el resultado de la implementación, esto es, el respeto y la garantía de los derechos.³³

El cumplimiento de la obligación de garantizar depende no solamente de las disposiciones constitucionales o legislativas existentes —frecuentemente insuficientes—, sino que puede requerir otras providencias. Por ello, cuando uno analiza la conducta del Estado no puede limitarse tan solo a las disposiciones constitucionales o legales que *prima facie* establezcan la distribución de competencias entre las jurisdicciones y que incluso muchas veces limitan al gobierno central para actuar. Deben analizarse las conductas específicas asumidas, los pasos adoptados para dar pleno efecto a los derechos y garantías, las acciones tendientes a remover los obstáculos, a facilitar que las autoridades locales y federales cumplan con las obligaciones convencionales y a evitar su violación. Este deber implica que las medidas de

³¹ CIDH, Informe núm. 34/00, Caso 11.291, *Carandirú*, Brasil, 13 de abril de 2000, párr. 36.

³² Véase *mutatis mutandi*. Corte IDH. Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta, Opinión consultiva OC-7/86, de 29 de agosto de 1986, párr. 30.

³³ CIDH, *Caso Almeida de Wallace*, párr. 161.

derecho interno han de ser efectivas (principio del efecto útil).³⁴
De este modo

la obligación que surge del artículo 2° de la Convención Americana es reforzada y precisada, en virtud de [la] estructura federal, por el artículo 28 del mismo tratado.³⁵

La CIDH clarificó en *Wallace de Almeida* que

las “medidas pertinentes” de que trata el artículo 28 de la Convención Americana, en tanto especificación del artículo 2° de la misma, deben producir resultados coherentes con el pleno cumplimiento de las obligaciones por el Estado parte.³⁶

La obligación de los artículos 2° y 28.2, en cuanto requiere que se adopten las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos de la Convención en las entidades federativas, complementa la obligación general y no condicionada que resulta del artículo 1°. La interpretación de la cláusula federal, a la luz de la Convención en su integralidad y de los principios sobre los que se asienta, conduce inexorablemente a soslayar toda posibilidad de encontrar en la cláusula federal una eximente de responsabilidad internacional.

El artículo 28 puede servir para deslindar responsabilidades al interior del Estado federal, pero en modo alguno para crear un vacío de responsabilidad internacional.³⁷ El deslinde interno de responsabilidades, a los fines de la cláusula federal, no siempre resulta sencillo. La práctica y jurisprudencia constitucional de países federales, como lo veremos en las próximas secciones, está plagada de ejemplos de las complejidades relativas a la exacta distribución de competencias entre autoridades federales y

³⁴ Corte IDH. *Caso La Última Tentación de Cristo*, Sentencia del 5 de Febrero de 2001, párr. 87; *Caso del Tribunal Constitucional*. Sentencia sobre competencia, 24 de septiembre de 1999, párr. 36; *Caso Ivcher Bronstein*, sentencia sobre competencia, 24 de septiembre de 1999, párr. 37 y sentencia sobre excepciones preliminares del caso de *Hilaire*, 1 de septiembre de 2001, párr. 83.

³⁵ CIDH, *Caso Wallace de Almeida*, párr. 162.

³⁶ *Ibidem*, párr. 165.

³⁷ Pinto, Mónica, *Temas de Derechos Humanos*, Editores del Puerto, p. 74.

locales.³⁸ Además, puede exigir que la Comisión y la Corte Interamericana analicen el derecho interno de los Estados para determinar si en el caso concreto, se trata de “materias sobre las que [el Estado federal] ejerce jurisdicción legislativa y judicial” (art. 28.1) o “materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación” (art. 28.2). Ello debido a que el inciso 1 del artículo 28 remite al derecho interno de las federaciones para atribuir, según el reparto de competencia federal y local, el deber del gobierno federal de cumplir con el tratado dentro de las obligaciones que le son propias.³⁹ El acápite 2 del artículo 28 complementa al inciso anterior para adjudicar al gobierno federal una obligación de actuar para impeler a los gobiernos locales a adoptar las medidas que les permitan cumplir con la Convención.⁴⁰ En uno y otro caso, las obligaciones del gobierno federal pueden ser diferentes pero en modo alguno eliminan sus obligaciones establecidas en los artículos 1 y 2 de la Convención, en relación con el artículo 28 de la misma.⁴¹

Como contrapartida, y a pesar de que las provincias carecen de personalidad jurídica internacional y por tanto no son parte de la Convención, no por ello pueden desentenderse de la misma.⁴² Aun cuando el gobierno central no adopte las medidas necesarias para que sus unidades componentes den efectividad a la Convención, las provincias no están eximidas de cumplirla.⁴³ El artículo 28, en esta perspectiva extiende las obligaciones que resultan de la Convención a cada unidad de la federación.⁴⁴

³⁸ Véase siguiente sección y Colautti, Carlos, *El Pacto de San José de Costa Rica*, pp. 144 y 145.

³⁹ Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. III, p. 279.

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ En este sentido, algunos han sostenido que la cláusula federal es insustancial porque el problema se resuelve no desde el derecho internacional sino desde el constitucional que es el que en definitiva deslinda las competencias. Dalla Via, Alberto, *Estudios sobre Constitución y Economía*, México, UNAM, 2003, p. 89.

⁴² Bidart Campos, *op. cit.*, p. 279.

⁴³ *Ibidem*, p. 280.

⁴⁴ Colautti, *op. cit.*, p. 141.

Así, en *Méndez y otros*, un caso de una ejecución extrajudicial, la Comisión aplicó el deber de respeto a las autoridades provinciales junto con la omisión de las autoridades federales de adoptar las medidas pertinentes. Señaló que las autoridades locales no cumplieron con su obligación de hacer respetar el derecho a la vida.⁴⁵

En *Wallace de Almeida* la Comisión indicó que los estados de la federación se encuentran igualmente vinculados por lo dispuesto en los tratados internacionales ratificados por el gobierno federal.⁴⁶ Para explicar en *Ferreira Braga* que

la vinculación de las entidades federativas en un Estado federal a los derechos humanos de fuente internacional, está apoyada desde el punto de vista jurídico-internacional en lo dispuesto por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (artículos 27 y 29), y en las llamadas cláusulas federales.⁴⁷

De modo que en un Estado federal las normas y prácticas, sean nacionales o provinciales, están sujetas al menos a un triple control. Por un lado, al control federal, es decir que no trasciendan el límite constitucional de reparto de competencias entre la federación y sus entidades componentes, y a un doble control sustantivo para asegurar que son compatibles con la Constitución nacional —y en las provincias, con la respectiva Constitución provincial— y con normas internacionales de derechos humanos.⁴⁸

Además, al estar las provincias jurídicamente vinculadas a las normas internacionales, existe en los Estados federales un doble

⁴⁵ CIDH, Informe núm. 59/99, Caso 11.405 *Newton Coutinho Mendes y otros*, Brasil, 13 de abril de 1999, párr. 107.

⁴⁶ CIDH, *Caso Wallace de Almeida*, párr. 164.

⁴⁷ CIDH, Informe núm. 35/08, Caso 12.019, Admisibilidad y Fondo, *Antonio Ferreira Braga*, Brasil, 18 de julio de 2008, párr. 130.

⁴⁸ “The Impact of a Bill of Rights on the Role of the Judiciary: A Canadian Perspective”, en Alston, Philip (ed.), *Promoting Human Rights through Bills of Rights: Comparative Perspectives*, 1999, pp. 438-439 (donde explica las diferentes implicaciones en Canadá de un control sobre los actos de las provincias desde la perspectiva del federalismo y del Canadian Charter of Rights and Freedoms).

sistema de protección judicial de los derechos.⁴⁹ En efecto, tanto los tribunales federales como los locales tienen la posibilidad y la obligación de aplicar y garantizar judicialmente los derechos reconocidos en las normas internacionales⁵⁰ a través del llamado control de convencionalidad.

2.2. Los organismos de supervisión de derechos humanos en el llamado a la coordinación y a un rol más activo del gobierno nacional

Dada la obligación de respetar y garantizar los derechos en todo el territorio, múltiples organismos internacionales de derechos humanos han sido muy críticos de la aplicación desigual de los tratados en Argentina. Así, han observado “con preocupación” que debido al sistema federal, muchos de los derechos no se protegen de manera uniforme en todo el territorio nacional,⁵¹ sin aceptar que el Estado alegue “razones de derecho interno para dejar de tomar medidas firmes, concretas y efectivas en cumplimiento” de sus obligaciones internacionales. “Tampoco puede el Estado alegar la descoordinación entre autoridades federales y provinciales... [ya que] [m]ás allá de la estructura

⁴⁹ Woehrling, José, *Convergences et divergentes entre fédéralisme et protection des droits et libertés: l'exemple des Etats-Unis et du Canada*, 46 R.D., McGill 21, 2000, pp. 39 y ss.

⁵⁰ Véase por ejemplo Corte de Justicia de la Provincia de San Juan, Expediente núm. 1429/96 “c/Illanes, Luis Roberto y otro *pi* Estafa-Recurso de Queja-Inconstitucional y Casación” del 22 de mayo de 1998 (declarando inconstitucional el inciso 2 del artículo 438 del Código Procesal Penal (ley 6.140) en cuanto fija un límite objetivo para la procedencia del recurso de casación por ser contrario al artículo 8.2.h. de la Convención Americana); Tribunal Superior de Justicia, Sentencia Número: Ciento cincuenta y Siete, “Suárez, Ricardo M. v. Superior Gobierno de la provincia de Córdoba sobre ejecución de sentencia, apelación recurso de inconstitucionalidad” del 12 de octubre de 2004 (declarando la inaplicabilidad de la ley provincial 8836 y ordenando el pago de una indemnización en base entre otros considerandos del artículo 4° de la Convención Americana).

⁵¹ Comité de Derechos Humanos, 98° periodo de sesiones Nueva York 8 a 26 de marzo de 2010, Examen de los informes presentados por los estados partes con arreglo al artículo 40 del Pacto Observaciones Finales Argentina, párr. 8. En adelante Comité de DH, Observaciones.

unitaria o federal del Estado [...], ante la jurisdicción internacional es el Estado como tal el que comparece ante los órganos de supervisión [...] y es este el único obligado a adoptar las medidas”.⁵²

Frente a ello, los órganos de derechos humanos señalan la necesidad de superar la “insuficiente coordinación... en [el] ámbito [...] provincial”.⁵³ Si bien son conscientes “de la complejidad de las estructuras constitucionales federales” subrayan “que incumbe al gobierno federal la responsabilidad de velar por que se aplique la Convención” y “ofrecer su liderazgo a los gobiernos provinciales y territoriales en ese contexto”. Con lo que resulta preocupante que “el gobierno federal carezca de un mecanismo eficaz que garantice la coherencia y la uniformidad de las medidas jurídicas y de otra índole que adopten los gobiernos provinciales para aplicar íntegramente la Convención”.⁵⁴

⁵² Corte IDH. Resolución de Derechos Humanos de 30 de marzo de 2006, *Medidas Provisionales Caso de las Penitenciarías de Mendoza*, considerando 12. En adelante, Corte IDH, Penitenciarías.

⁵³ Comité de los Derechos del Niño, 54° período de sesiones 25 de mayo a 11 de junio de 2010, Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención, Observaciones finales: Argentina, párr. 15. En adelante, Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales.

⁵⁴ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 46° periodo de sesiones 12 a 30 de julio de 2010, Observaciones finales Argentina, párr. 11. En adelante, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales. Estas observaciones por supuesto que no se limitan a Argentina. Véase por ejemplo, Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Conclusiones y recomendaciones: Australia, U.N. Doc. EIC.12/1993/9 (1993), párr. 13. (llamando a coordinar y cooperar entre las diferentes autoridades y organizaciones para la eficaz aplicación de las disposiciones de los tratados en las respectivas unidades de la federación); Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales: Alemania, CCPR/CO/80/DEU (2004), párr. 12 (requiriendo establecer mecanismos adecuados entre los niveles federal y provincial para garantizar en mayor medida la plena aplicabilidad del tratado) y Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales: Australia. 24/7/2000. A/55/40, párrs. 498-528, párr. 516 (insistiendo en la necesidad del diálogo y negociación entre el gobierno central y las unidades de la federación sin que ello libere al Estado Parte de su obligación de velar.

Paralelamente, los organismos internacionales han resalta-
do las responsabilidades que le caben a los gobiernos provin-
ciales.⁵⁵ Así, han llamado a las provincias a tutelar los derechos
mediante la “especificidad de la política y los programas y re-
cursos humanos y financieros en la esfera” provincial “evitando
la duplicación y las lagunas”;⁵⁶ han expresado su preocupación
por “el poco conocimiento de la Convención y de sus proto-
colos facultativos que se tiene en muchas provincias”⁵⁷ y han
instado “a los gobiernos provinciales a que hagan progresar los
derechos”.⁵⁸

Dado que como llevamos dicho, el cumplimiento de las
obligaciones no le corresponde solo al gobierno central, no sor-
prende que el Comité de los Derechos del Niño haya requerido
que sus observaciones y recomendaciones sean transmitidas a
“los presidentes y miembros de los parlamentos nacional
y provinciales, y el poder judicial, así como a los gobernado-
res provinciales y al jefe de Gobierno de la ciudad de Buenos
Aires, para que las examinen debidamente y adopten las medi-
das correspondientes”.⁵⁹

Los órganos de derechos humanos han llamado a Argentina
a desarrollar un federalismo cooperativo que garantice efectiva-
mente la vigencia de los derechos en todo el territorio indepen-
dientemente de dónde se encuentre la persona y qué autoridad
sea la constitucionalmente responsable. Dado que el “alivio y
corrección de la situación” de falta de vigencia efectiva de to-
dos los derechos, es “un proceso a corto, mediano y largo plazo,
que requiere de un conjunto de acciones por parte de autorida-
des federales y provinciales, de carácter administrativo, judicial y
eventualmente legislativo”,⁶⁰ el país debe desarrollar mecanismos
efectivos para alcanzar estos objetivos. Para ello, han instado a

⁵⁵ Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales, párr. 16.

⁵⁶ *Idem*.

⁵⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales, párr. 25.

⁵⁸ *Ibidem*, párr. 28.

⁵⁹ *Ibidem*, párr. 32.

⁶⁰ Corte IDH, *Penitenciarias*, considerando 12.

que se “refuerce”,⁶¹ “mejore”⁶² y articule de manera efectiva⁶³ la coordinación entre las autoridades federales, provinciales y municipales en la aplicación de las medidas requeridas. Por ejemplo, con respecto al Plan Nacional de Acción por los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, el Comité de los Derechos del Niño alienta al Estado a velar por su plena aplicación “de manera coordinada en los ámbitos nacional, provincial y municipal”.⁶⁴ También se ha requerido establecer un mecanismo eficaz que asegure la rendición de cuentas y la aplicación transparente, coherente y sistemática de la Convención en todo el territorio, con la participación de las autoridades nacionales, provinciales y territoriales.⁶⁵ Agregando el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer que Argentina debe continuar “fortaleciendo los actuales mecanismos nacionales subsanando los déficits estructurales que impiden su funcionamiento eficaz y aportando suficientes recursos financieros y humanos para aumentar su eficacia, su visibilidad y su capacidad de influir en la formulación, la concepción y la aplicación de políticas públicas y para reforzar sus funciones de coordinación en los planos nacional, provincial y municipal”.⁶⁶

En definitiva, los organismos internacionales han requerido insistentemente que para asegurar el debido respeto y garantía de los derechos se implementen medidas “en coordinación efectiva y transparente entre autoridades provinciales y federales, con la participación de los entes con competencias para proveer criterio técnico en la determinación” de tales medidas.⁶⁷

⁶¹ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores migratorios y de sus Familiares, 15° período de sesiones, 12 a 23 de septiembre, los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 74 de la Convención, Observaciones finales, Argentina, párr. 32.b.

⁶² Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales, párr. 16.

⁶³ *Ibidem*, párr. 18.

⁶⁴ *Ibidem*, párr. 17.

⁶⁵ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales, párr. 12.

⁶⁶ *Ibidem*, párr. 17.

⁶⁷ Corte IDH. *Caso de las Penitenciarías*, considerando 13.

3. FEDERALISMO Y DERECHOS HUMANOS
EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

La Corte Suprema ha tenido múltiples oportunidades de referirse a la distribución de competencias y responsabilidades del Estado federal y de los gobiernos provinciales en materia de tratados internacionales de derechos humanos. En la presente sección realizaremos una revisión de dicha jurisprudencia para analizar si el Tribunal ha facilitado el cumplimiento de las obligaciones internacionales en el ámbito federal y provincial y asegurado la debida coordinación entre ambas esferas, como lo recomiendan los organismos internacionales.

**3.1. La naturaleza natural
de los tratados internacionales**

A partir de *Méndez Valles*, la Corte Suprema sostiene que todo lo atinente a la interpretación de los tratados internacionales suscita cuestión federal⁶⁸ a los efectos del recurso extraordinario.⁶⁹ Cuando el país ratifica un tratado, se obliga internacionalmente a que sus órganos lo apliquen. La posibilidad de que la no aplicación interna podría originar responsabilidad internacional del Estado argentino, es de por sí suficiente para configurar una

⁶⁸ Una de las formas que la práctica constitucional argentina permite la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es mediante el recurso extraordinario regulado en el artículo 14 de la ley 48. En una frondosa jurisprudencia, la Corte Suprema ha delineando los requisitos para la procedencia del recurso extraordinario, siendo uno de éstos la existencia de una cuestión federal o constitucional. Es decir, que en el caso concreto se encuentre en debate una cuestión federal o constitucional que es aquella que versa sobre la interpretación de la Constitución, leyes federales, tratados o actos federales de autoridades nacionales o la jerarquía de los mismos. Véase Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, t. II, Argentina, 1993, pp. 464-466.

⁶⁹ Corte Sup., *Caso Méndez Valles, Fernando vs. A. M. Pescio SCA. s/ejecución de alquileres*, Fallos 318:2639, Considerando 4. En el caso se discutía la interpretación del artículo 36 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo, en particular la ley aplicable a un contrato de alquiler.

cuestión federal. Correctamente indicó que resulta indiferente a los efectos de la eventual responsabilidad internacional, el hecho de que los preceptos del tratado cuya violación se invocare funcionen como disposiciones de derecho común y no federal.⁷⁰

En *Méndez Valles* consideró adicionalmente que la ratificación de un tratado tiene naturaleza de acto federal complejo, en tanto y en cuanto participan el poder ejecutivo y el Congreso. Sostuvo la Corte Suprema que la naturaleza federal del tratado alcanza también a su contenido. Es irrelevante que la materia del tratado sea de las calificadas como de derecho común, aun cuando se incorporen las normas del tratado a una ley nacional común, pues la sustancia federal de las disposiciones del tratado surgen de su fuente internacional.⁷¹

3.2. La atribución de competencia de los tribunales federales y los tribunales provinciales y las obligaciones respectivas

La naturaleza federal de los tratados a los fines del recurso extraordinario no justifica de por sí la atribución de competencia a los tribunales federales. No es suficiente que se invoquen potenciales violaciones de los tratados internacionales para que surja el fuero federal, pues los derechos y libertades reconocidos deben “respetarse y hacerse efectiv[o]s por ambos gobiernos nacional y provincial”.⁷²

La Corte Suprema utiliza las controversias de competencia entre tribunales locales y federales para afirmar las obligaciones de ambas esferas. Así, en *Lavados Bello*, la CSJN indicó que la “protección judicial de los derechos humanos es un cometido que compete a las provincias y al gobierno federal en sus respectivas jurisdicciones de manera concurrente y no exclusivamente a este último. Por tanto, las controversias judiciales

⁷⁰ *Ibidem*, considerandos 6 y 7.

⁷¹ *Ibidem*, considerando 10.

⁷² Corte Sup., *De Narvaez Steuer, Francisco vs. Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa*, Fallos 330:114, considerando 10.

alrededor de sus posibles violaciones [en el caso el derecho a la educación] deben ventilarse, en principio en los tribunales locales”.⁷³

Artigué, otro caso de disputa de competencias, esta vez entre una Cámara Federal y una Cámara Provincial de Apelaciones, permitió a la Corte Suprema reafirmar el deber de los jueces provinciales de control adecuado sobre las condiciones de detención del procesado, incluidas aquellas reglas de la Convención contra la Tortura. La disputa se originó ante las denuncias por malos tratos por parte de funcionarios del servicio penitenciario provincial y ante el temor por la seguridad personal de Artigué, que motivó que la Cámara Federal sustrajera al detenido de la jurisdicción provincial y decidiera que se alojara en el sistema penitenciario federal. La Cámara Federal, entre otros motivos, invocó el artículo 13 de la Convención contra la Tortura que dispone que cualquier denuncia sobre tortura debe ser pronta e imparcialmente examinada por las autoridades competentes.⁷⁴ Llegada la disputa a la Corte Suprema, esta decidió a favor de la jurisdicción del tribunal local, pues sería inconstitucional impedir a los magistrados locales considerar y aplicar en su integridad la totalidad del orden jurídico del Estado, en cuya cúspide se encuentra la Constitución nacional, las leyes federales y los tratados internacionales, a las que las autoridades provinciales están obligadas a conformarse.⁷⁵ A criterio de la CSJN, la disposición de la Convención contra la Tortura, que exige que una denuncia sobre hechos de tortura sea pronta e imparcialmente examinada por las autoridades competentes, encuentra realización en la pertinente división de jurisdicciones que derivan del régimen federal de gobierno.

En *Latrónico*, relativo a una disputa sobre la competencia entre un juzgado federal y un juzgado penal de menores, ambos

⁷³ Corte Sup., *Lavados Bello, IIs Doemi y otra vs. Chubut, Provincia del s/acción declarativa de inconstitucionalidad*, Fallos 331:2777, considerando 8.

⁷⁴ Corte Sup., *Artigué, Sergio Pablo-incidente de restitución de detenido*, Fallos 317:247. Es importante notar que esta decisión es anterior a la reforma constitucional de 1994 por algunos meses.

⁷⁵ Considerando 11.

de Paraná, provincia de Entre Ríos, la Corte Suprema insistió en que la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos no altera la distribución de competencias entre la jurisdicción federal y provincial, ya que ambas esferas deben aplicar la normativa internacional. En el caso, relativo a una infracción de la ley 23.737 sobre estupefacientes que corresponde a la justicia federal, el magistrado federal se declaró incompetente con sustento en la Convención sobre los Derechos del Niño, que requiere que los Estados parte establezcan leyes, procedimientos e instituciones específicas para los niños a quienes se les acuse de infringir la ley. En ese sentido, el juez federal entendió que es la justicia de menores la más adecuada para intervenir cuando un menor de edad esté acusado de violar la ley penal. La juez de menores no aceptó esa atribución al considerar que el delito de tenencia de estupefacientes es privativo de la justicia federal, que es exclusiva y excluyente. El Tribunal Supremo entendió que:

La existencia de un tratado internacional con jerarquía constitucional se refiere a los compromisos asumidos por el Estado parte, pero no por ello debe variar la jurisdicción, toda vez que la competencia material no es susceptible de cambio por la necesidad de aplicar un derecho, garantía u obligación internacional.⁷⁶

Los tratados no exigen “atribuir competencia específica”, sino que requieren que la conducta del Estado se ajuste a ellos. Los compromisos internacionales “no debe[n] contraponerse con la organización interna del Estado, en el que se ha instaurado un sistema doble de justicia, provincial y nacional”.⁷⁷ Mientras se asegure el cumplimiento de los estándares internacionales, “pierde trascendencia en el plano internacional la organización interna de los tribunales”. El cumplimiento de los tratados “no puede confundirse con la competencia [...] determinada [...]

⁷⁶ Corte Sup., *Latrónico, Hernán s/infracción a la ley 23.737* (del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema), Fallos 331:2720. Véase en el mismo sentido *Núñez, Ricardo Alberto s/sus recursos de queja, casación y extraordinario*, Fallos 327:5095, considerando 9.

⁷⁷ *Idem*.

por la forma de organización estatal surgida por la Constitución nacional”.⁷⁸

En definitiva, la competencia federal o local de los tribunales no se ve alterada por la ratificación de tratados internacionales. Los jueces federales y provinciales se encuentran igualmente obligados a aplicar las normas internacionales de derechos humanos sin que pueda entenderse que las mismas requieran que una u otra jurisdicción sea la que intervenga.

En múltiples casos, la Corte Suprema ha mostrado su preocupación por la posibilidad de que la acción de las provincias y la omisión de sus tribunales de aplicar debidamente la normativa internacional genere “eventualmente la responsabilidad del Estado por incumplimiento de obligaciones impuestas en los tratados internacionales”.⁷⁹ Por ello insiste en que los tribunales provinciales se encuentran en la obligación de ejercer “el debido control jurisdiccional del efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por la Convención”.⁸⁰ De hecho, ha indicado que la determinación de la aplicabilidad de un artículo de la Convención a un caso concreto es una “cuestión constitucional”.⁸¹ Agregando en *Venezia* que la desestimación de alegaciones de los tratados internacionales mediante “afirmaciones dogmáticas y estereotipadas” que “no dan una adecuada respuesta jurídica”, “vicia la sentencia como acto jurisdiccional por omisión de pronunciamiento respecto de cuestiones conducentes” y constituye “una negativa a juzgar la materia constitucional”, es decir, si se violó el artículo 8.1 de la Convención y 14.1 del Pacto Internacional, “de ineludible competencia para el Superior Tribunal de la Provincia”.⁸²

Así, la Corte Suprema establece que las alegaciones de violaciones a la Convención son cuestiones constitucionales que deben ser adecuadamente consideradas por los jueces.

⁷⁸ *Idem*.

⁷⁹ Corte Sup., *Ferrer de Leonard, Josefina y otros vs. Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/amparo*, (dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema), Fallos 326:2637.

⁸⁰ Corte Sup., *Marchal, Juan s/apelación*, Fallos 330-1427, considerando 6.

⁸¹ *Ibidem*, considerando 5.

⁸² Corte Sup., *Venezia, Daniel Alberto s/asociación ilícita en calidad de jefe u organizador*, Fallos 327:4432, considerando 5.

3.3. El control de convencionalidad de las normas provinciales⁸³

El hecho de que el Estado federal negocia, firma, aprueba y ratifica el respectivo tratado, no es eximente de las responsabilidades que le caben a las provincias de cumplir con las normas internacionales. No sorprende que la sujeción de la normativa provincial al control de convencionalidad, es decir, la compatibilidad de normas constitucionales o legales provinciales con los tratados, no le haya generado dificultad alguna a la Corte Suprema.

Hooft permitió examinar la compatibilidad de una norma constitucional provincial con la Convención.⁸⁴ El Tribunal declaró inconstitucional el artículo 177 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires, por ser discriminatoria en contravención del artículo 23 de la Convención. Para arribar a tal conclusión, la CSJN, establece que la norma constitucional provincial tenía una presunción de inconstitucionalidad, por contener una distinción contraria a una de las prohibiciones de la Convención —en el supuesto el origen nacional—. Dicha presunción solo podría ser remontada por la prueba concluyente de que existe un sustancial interés provincial que la justifique. Las menciones genéricas a principios fundantes del federalismo, como son las facultades de la provincia para darse sus propias instituciones, la posibilidad de que los requisitos locales puedan ser distintos de los nacionales para cargos judiciales análogos o a que los requisitos y condiciones impugnados resultan de la derivación de lentos procesos históricos y sociales originados por las particularidades propias de cada estado provincial, son “totalmente insuficientes” para

⁸³ Por control de convencionalidad nos referimos al mandato establecido jurisprudencialmente por la Corte Interamericana a partir del caso *Almonacid*, en el cual requiere que los tribunales internos constaten la compatibilidad de la normativa doméstica con la Convención Americana. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154, párr. 124.

⁸⁴ Corte Sup., *Hooft, Pedro Cornelio F. vs. Provincia de Buenos Aires*, Fallos 327:5118, considerando 2. En el caso se cuestionó el artículo 177 la Provincia de Buenos Aires que requería para ser juez de cámara “haber nacido en territorio argentino o ser hijo de ciudadano nativo si hubiese nacido en país extranjero”.

justificar la distinción y en todo caso son una “dogmática afirmación” que no demuestra un interés sustancial de la provincia.⁸⁵

En *Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe*, la CSJN analizó también la compatibilidad de una disposición de la Constitución provincial nuevamente con el artículo 23 de la Convención. La Corte Suprema determinó que la exigencia del intervalo de un periodo para posibilitar la reelección del gobernador y vicegobernador no vulneraba ningún derecho reconocido internacionalmente.⁸⁶ El juez Fayt en su voto separado sostuvo que la incorporación a la Constitución de los tratados internacionales no deroga artículo alguno de la Constitución, conforme lo dispone el artículo 75, inciso 22. Por ello, la forma federal de gobierno (art. 1º de la Constitución nacional) y el consecuente reconocimiento de la autonomía institucional de las provincias que el gobierno federal garante (art. 5º constitucional) no pueden considerarse derogados por la incorporación de la Convención y el Pacto Internacional.⁸⁷ En *Martínez*, ante un cuestionamiento de que una Constitución provincial era contraria a la Convención por exigir una residencia de cuatro años en la provincia para ser candidato a gobernador, nuevamente la Corte contrastó el texto constitucional provincial con la Convención para concluir en el caso que no aparecía que fuesen contradictorias.⁸⁸

En *Alianza Frente para la Unidad*, nuevamente se cuestionó la compatibilidad de la legislación provincial relativa a procesos electorales y las normas del artículo 23 de la Convención. El caso permitió a la Corte Suprema indicar que tanto el deber de garan-

⁸⁵ *Ibidem*, considerando 7.

⁸⁶ Corte Sup., *Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe Provincia sobre acción declarativa*, Fallos 317:1195, considerando 4.

⁸⁷ *Ibidem*, voto del Señor Ministro Carlos S. Fayt, considerando 21. En su voto el Juez Fayt analizó el alcance del Informe núm. 30/93 de la Comisión, relativa a la prohibición constitucional guatemalteca de optar por el cargo de presidente a caudillos o jefes de un golpe de Estado, revolución armada o movimiento militar que haya alterado el orden constitucional ni quienes como consecuencia de tales hechos asuman la jefatura de Gobierno. Ver CIDH, Informe núm. 30/93, Caso 10.804, Efraín Ríos Montt, Guatemala, 12 de octubre de 1993.

⁸⁸ Corte Sup., *Martínez, Lucía; Galíndez, Alejandro y Carrizo, Oscar del Valle s/impugnación a la candidatura a gobernador del senador nacional José Luis Barrionuevo*, Fallos 326:2221.

tía que surge del artículo 1º de la Convención como el principio de buena fe, exigen que la Convención tenga plena vigencia en toda la jurisdicción del Estado, incluidas las provincias.⁸⁹ La CSJN rechazó el argumento de que la Convención “carece de vigencia en el ámbito de los derechos electorales provinciales”, pues se desconocería que la norma de origen internacional cuenta con jerarquía constitucional. De manera coincidente a nuestra posición, el Tribunal indicó que el artículo 1º de la Convención obliga al Estado argentino a respetar los derechos reconocidos a toda persona bajo su jurisdicción”, incluidas aquellas a que están sujetas a regulaciones provinciales.⁹⁰ Si la norma convencional con jerarquía constitucional se detuviese frente a normas locales, implicaría además ignorar el artículo 31 de la Constitución que establece la supremacía constitucional y del derecho federal.⁹¹ Sujetar las normas provinciales al control de convencionalidad, dijo la Corte Suprema, no altera la distribución constitucional de competencias entre la nación y las provincias.⁹²

En *Franco*, ha considerado que una ley provincial que establece como causal de inhabilidad para ejercer funciones notariales la edad de 75 años, “afecta el derecho de trabajar consagrado en el artículo 14 de la Constitución nacional y en las convenciones internacionales incorporadas a ella”, declarándola en consecuencia inconstitucional.⁹³

En resumen, la normativa provincial, sea de carácter constitucional o legislativo, debe ser compatible con los tratados de derechos humanos ratificados por Argentina. La Corte Suprema puede y debe realizar un control de compatibilidad sin que ello signifique alterar la distribución de competencias entre la nación y las provincias.

⁸⁹ Corte Sup., *Caso Alianza Frente para la Unidad*, Fallos 324:3143, considerando 6. En el caso se discutía si una persona procesada pero no condenada tenía derecho a ejercer sus derechos políticos, situación no permitida por la legislación provincial.

⁹⁰ *Ibidem*, considerando 14.

⁹¹ *Idem*.

⁹² *Idem*.

⁹³ Corte Sup., *Franco, Blanca Teodora vs. Provincia de Buenos Aires*, 12 de noviembre de 2002, Fallos 325:2968.

3.4. El caso *Verbitsky* y la consolidación y expansión de la jurisprudencia de la CSJN

Verbitsky es uno de los casos más importantes resuelto por la Corte Suprema en cuanto a la sujeción de las provincias a los estándares internacionales y al rol orientador del Estado federal, estableciendo el piso mínimo compatible con dicho marco internacional.⁹⁴ En el caso se debatía la procedencia de un *habeas corpus* colectivo, cuestionando varios aspectos de la situación de las personas privadas de su libertad en la provincia de Buenos Aires. La CSJN reafirma su jurisprudencia de que existe cuestión federal suficiente cuando se cuestiona la interpretación de normas contenidas en los tratados, convenciones y documentos internacionales que forman parte del bloque constitucional. Al igual que en *Méndez Valles*, reitera que el recurso extraordinario es procedente, pues se puede comprometer la responsabilidad internacional del Estado argentino.⁹⁵

Uno de los elementos más importantes es la revalidación de que las normas internacionales son vinculantes y, por tanto, son susceptibles de ser violadas por la provincia.⁹⁶ La Corte Suprema

⁹⁴ Corte Sup., *Recurso de hecho deducido por el Centro de estudios legales y sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus*, Fallos 328:1146. La corte interamericana ha considerado esta decisión de la Corte Suprema “relevante” al momento de analizar la situación de las personas privadas de su libertad en la provincia de Mendoza Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 18 de junio de 2005, medidas provisionales, *Caso de las Penitenciarías de Mendoza*, considerando 10. El entonces presidente de la Corte Interamericana, juez Sergio García Ramírez en su voto razonado también se refirió positivamente a la decisión “de la respetable corte suprema de justicia de la Argentina”. Voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, párr. 11.

⁹⁵ Considerando 13.

⁹⁶ Considerando 39. En este aspecto, también los jueces que votaron en disidencia parcial o total, coincidieron en que las provincias claramente se hallan vinculadas por la *normativa* internacional. Véase disidencia parcial del señor ministro doctor don Carlos S. Fayt, considerando 27. Véase disidencia parcial de la señora ministra doctora doña Carmen M. Argibay, considerando 57 (el examen de constitucionalidad del régimen, de la prisión preventiva y la excarcelación vigente en la Provincia de Buenos Aires debe llevarse a cabo exclusivamente sobre la base de las reglas contenidas en la

utilizó principalmente como punto de referencia, no un tratado internacional, sino las reglas mínimas para el Tratamiento de Reclusos de la ONU,⁹⁷ a las que si bien no les reconoció jerarquía constitucional, entendió que por vía del artículo 18 de la Constitución el estándar internacional se ha convertido en la norma vigente respecto de personas privadas de libertad.⁹⁸ Al igual que en casos anteriores, la Corte Suprema entiende que la legislación provincial puede ser inconstitucional por ser incompatible con la normativa internacional.⁹⁹ La CSJN ordena a las autoridades provinciales una serie de medidas destinadas a adecuar su legislación y su práctica a dichos estándares internacionales. El abanico de medidas ordenadas no tiene precedentes en la historia jurisprudencial argentina. Ellas van desde encomendar a la provincia, a través de su Ministerio de Justicia, que organice la convocatoria de una Mesa de Diálogo a la que invite a la accionante y restantes organizaciones presentadas como *amicus curiae*, para arribar a soluciones consensuadas y sustentables;¹⁰⁰ instruir a la Suprema Corte y a los demás tribunales de la provincia para que extremen la vigilancia para el adecuado cumplimiento de las reglas mínimas y de las normas que nacional e internacionalmente imponen el tratamiento digno de toda persona privada de libertad,¹⁰¹ para hacer cesar con urgencia el agravamiento o la detención misma¹⁰²

Constitución federal y en los instrumentos internacionales que vinculan a las legislaturas provinciales), y disidencia del señor ministro doctor don Antonio Boggiano, considerando 8 (las provincias no son ajenas al cumplimiento de los tratados internacionales sobre derechos humanos).

⁹⁷ Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977. La Corte Suprema ya había utilizado estas Reglas en *Romero Cacharane, Hugo A. s/ejecución penal*, Fallos 327:388, considerando 10.

⁹⁸ Considerando 39.

⁹⁹ Considerando 58. La Corte Suprema no declaró la inconstitucionalidad de la legislación provincial por motivos procesales.

¹⁰⁰ Considerando 26.

¹⁰¹ Considerando 40

¹⁰² Considerando 41.

y disponer sin dilación, que en un plazo perentorio, la Corte Suprema de la Provincia haga cesar la presencia de adolescentes y enfermos en comisarias o establecimientos policiales;¹⁰³ exhorte a los poderes legislativo y ejecutivo de la provincia a que adecuen la legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación, y ejecución penal a los estándares mínimos internacionales que, a modo de ejemplo, recepta la legislación procesal penal y de ejecución penal de la nación.¹⁰⁴

La posibilidad de que se comprometiese la responsabilidad internacional del Estado federal sirvió de justificación suficiente para que la Corte Suprema ordenara a las autoridades provinciales estas detalladas e invasivas medidas.¹⁰⁵

Una particularidad de los sistemas federales es la posibilidad de diferenciar entre las distintas unidades de la federación y entre estas y el ámbito federal, en la manera en que se tratan las mismas cuestiones.¹⁰⁶ Sin embargo, *Verbitsky* restringió enormemente esta posibilidad de divergencias, indicando que el Estado federal ejerce cierto grado de orientación en la legislación y en materia procesal, con el fin de lograr un mínimo equilibrio legislativo que garantice un estándar de igualdad ante la ley.¹⁰⁷ El Alto Tribunal entiende que:

Cualquiera sea el sistema procesal de una provincia y sin desmedro de reconocer su amplia autonomía legislativa en la materia, lo cierto es que si bien no puede llevarse la simetría legislativa hasta el extremo de exigir una completa igualdad para todos los procesados del país, la desigualdad tampoco puede extremar las situaciones hasta

¹⁰³ Considerando 42.

¹⁰⁴ Considerandos 58 y 60.

¹⁰⁵ Considerandos 41 y 42. En su disidencia parcial, el Juez Fayt concordó con pautas orientativas dadas por la mayoría, pero en el entendimiento que las mismas son orientaciones para los jueces locales que son quienes deben decidir todas estas cuestiones.

¹⁰⁶ Tarr, G. Alan, y Katz, Ellis, "Introduction", en Katz, Ellis y Tarr, G. Alan (eds.), *Federalisms and rights*, 1996, p. X.

¹⁰⁷ Considerando 55. La jueza Argibay disintió en este aspecto de la decisión mayoritaria ya que no cree que la legislación nacional deba servir de marco para el análisis de la legislación provincial. Pero coincidió con la mayoría en que la normativa internacional vincula a las provincias.

hacer que el principio federal cancele por completo el derecho a la igualdad ante la ley, pues un principio constitucional no puede borrar o eliminar otro de igual jerarquía.¹⁰⁸

Para lograr esta uniformidad, la Corte entiende que las provincias se hallan sometidas a un piso mínimo determinado por

¹⁰⁸ Considerando 57. La mayoría de los precedentes internacionales no han encontrado que la diversidad de legislaciones o prácticas al interior de un Estado federal implique *per se* una discriminación. Particularmente en diferentes casos, se utilizó este argumento ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas que a la fecha no lo ha aceptado. Así, ha sostenido que “al ser el Estado Parte posibles diferencias entre las partes que constituyen la Federación lo que no constituye por sí mismo una violación al principio de igualdad y no discriminación”. *Sergei Anatolovich Cheban et al. vs. The Russian Federation*, Communication núm. 790/1997, U.N. Doc. CCPR/C/72/D/790/1997 [2001], párr. 7.4. Véase asimismo, el caso *Hesse* donde se alegó discriminación con base a los diferentes plazos de prescripción en distintas provincias australianas. El Comité declaró inadmisibles la petición por falta de fundamentación en este punto. *Peter Hesse v. Australia*, Comunicación núm. 1087/2002, U.N. Doc. CCPRIC/75/D/1087/2002 (2002), párr. 4.2. En el caso *Lindgren contra Suecia*, donde se alegó discriminación ya que distintos municipios tenían regímenes diferentes en cuanto a subsidios a escuelas privadas, el Comité tampoco encontró violación. *Lindgren y otros vs. Sweden*, Comunicación núm. 298/1988, U.N. Doc. CCPRIC/40/D/298/1988 (1990), párr. 10.4. En el caso *Arieh Hollis Waldman*, los denunciantes alegaron la diferencia de trato entre los residentes en diferentes provincias de Canadá con relación a la educación religiosa, sin que el Comité de Derechos Humanos se pronunciara al respecto. Véase *Arieh Hojlis Waldman v. Canada*, Comunicación núm. 694/1996, U.N. Doc. CCPRIC/67/D/694/1996(1999), párr. 3.1. Véase en el mismo sentido, Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Dudgeon vs. The United Kingdom*, 22 de octubre de 1981, opinión disidente del juez Matscher indicando: La diversidad de leyes domésticas que es la característica de un Estado federal, nunca puede constituir discriminación y no hay necesidad de justificar la diversidad en este aspecto. Un reclamo en contrario sería irrespetar totalmente la esencia misma del federalismo (traducción propia). Solo conocemos un caso donde la CIDH encontró que Estados Unidos había violado sus obligaciones internacionales en materia de igualdad y no discriminación por permitir que la determinación de si los homicidios merecían la pena de muerte quede en manos de cada Estado de la Unión y no del Gobierno federal. CIDH, caso núm. 9647, Estados Unidos, Resolución núm. 3/87, párr. 63, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1986-1987 OEA/Ser. L/V/II71, Doc. 9 rev. 1, 22 septiembre 1987.

los estándares internacionales a los que se ajusta la legislación nacional.¹⁰⁹

3.5. Derecho a la salud y las responsabilidades federales y provinciales frente a los tratados internacionales

El derecho a la salud se encuentra protegido de manera expresa o implícita en instrumentos con jerarquía constitucional.¹¹⁰ Múltiples casos le han permitido a la Corte Suprema elaborar una rica jurisprudencia definiendo las obligaciones de la nación y de las provincias en materia de salud. La CSJN reconoce que un

[...] imperativo constitucional... pone a cargo del Estado [en el caso, el provincial] la función trascendental de la prestación de los servicios de salud en condiciones tales de garantizar la protección integral del ser humano, destinatario esencial de los derechos reconocidos por la Constitución y por diversos tratados internacionales con igual jerarquía, entre los cuales se encuentra el derecho a la salud.¹¹¹

Este derecho en su reconocimiento internacional y constitucional es “extensivo no solo a la salud individual sino también a la salud colectiva”.¹¹² Sobre el derecho a la salud, la CSJN ha indicado que el mismo, “máxime cuando se trata de enfermedades graves, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida que está reconocido por la Constitución y por los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional”. De allí, “la obligación impostergable que tiene la autoridad pública [en el caso, nacional] de garantizar ese derecho con acciones positivas,

¹⁰⁹ Considerando 57.

¹¹⁰ Corte Sup., *María, Flavia Judith vs. Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado Provincial*, Fallos 330:4647, considerando 4.

¹¹¹ Corte Sup., *Ledesma, Luis vs. Santiago del Estero Provincia de s/ daños y perjuicios*, Fallos 329:2737, considerando 6.

¹¹² Corte Sup., *Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta vs. ministerio de salud- Estado Nacional s/acción de amparo-medida cautelar* (del dictamen de la procuración General, al que remitió la Corte Suprema), Fallos 326:4931, y *Reynoso, Nilda Noemiv. I.N.S.S.J.P. s/amparo* (del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema), Fallos 329:1638.

sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales”.¹¹³

La Corte Suprema es enfática en extender los compromisos internacionales en materia de salud tanto al Estado nacional como a las provincias. Los compromisos internacionales explícitos orientados a promover y facilitar las prestaciones de salud que el Estado nacional ha asumido se extienden a sus subdivisiones políticas.¹¹⁴ Por lo cual, corresponde a la responsabilidad del estado provincial, y no solo del nacional, asegurar la efectiva protección integral de la salud de sus habitantes.¹¹⁵

A partir de los casos *Beviacqua*¹¹⁶ y *Monteserín*,¹¹⁷ la CSJN comenzó a deslindar y articular las responsabilidades respectivas de la nación y de las provincias. En *Beviacqua*, reiteró que la cláusula federal de la convención impone al gobierno nacional el cumplimiento de todas las obligaciones relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción, y el deber de tomar “de

¹¹³ Corte Sup., *Sánchez, Norma Rosa vs. Estado Nacional y otro s/ acción de amparo*, Fallos 328:4640.

¹¹⁴ *Ibidem*, considerando 5.

¹¹⁵ Corte Sup., *Ledesma, Luis vs. Santiago del Estero Provincia de s/daños y perjuicios*, Fallos 329:2737, considerando 7; *Floreancig, Andrea cristina y otro por sí y en representación de su hijo menor H., vs. Estado Nacional, s/ amparo*, Fallos 320:2552 (dictamen del Procurador al que la Corte hace suyo) y *Sánchez, norma rosa vs. Estado Nacional y otro s/acción de amparo*, Fallos 328:4640.

¹¹⁶ Corte Sup., *Campodónico de Beviacqua Ana vs. Min. Salud Salud-sec. Programa de salud y Bco. de Drogas Neoplásicas*, Fallos 323:3235. En este caso se analizó la situación del niño A. S. B. residente de la Provincia de Córdoba, nacido con un padecimiento grave en su médula ósea cuyo tratamiento depende de una medicación especial que le fuera suministrada sin cargo por el Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas, dependiente del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, por dos años hasta su suspensión unilateral por parte del Estado nacional.

¹¹⁷ Corte Sup., *Monteserín, Marcelino vs. Estado Nacional-M.S. y A.S.* Fallos 324:3569. En el caso se solicitaba que el Estado Nacional dispusiera la afiliación a la obra social que corresponda, a fin de que pudiera recibir todos los beneficios que prevé la legislación vigente para un niño residente en la provincia de santa Fe, afectado de parálisis cerebral y cuyo padre adoptivo carecía de empleo y estaba en una situación patrimonial difícil que le impedía proveerle el tratamiento médico adecuado.

inmediato” las medidas pertinentes, conforme a su Constitución y sus leyes, para que las autoridades provinciales cumplan con las disposiciones convencionales. En adición, indicó el Tribunal que la Convención sobre los Derechos del Niño incluye la obligación de los Estados de alentar y garantizar a los niños con impedimentos físicos o mentales el acceso efectivo a los servicios sanitarios y de rehabilitación, de esforzarse para que no sean privados de esos servicios y de lograr cabal realización del derecho a beneficiarse de la seguridad social, para lo cual se debe tener en cuenta la legislación nacional, los recursos y la situación de cada infante y de las personas responsables de su mantenimiento (artículos 23, 24 y 26).¹¹⁸ Los compromisos internacionales explícitos encaminados a promover y facilitar las prestaciones de salud son asumidos por el Estado nacional, que no puede desligarse válidamente bajo pretexto de la inactividad de las provincias.¹¹⁹ En *Monteserin*, insistió en la obligación que tiene la autoridad pública nacional de garantizar el derecho a la salud con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales.¹²⁰

[F]rente al énfasis puesto en los tratados internacionales para preservar la vida de los niños, el Estado [nacional] no puede desentenderse de sus deberes haciendo recaer el mayor peso en la realización del servicio de salud en entidades que, como en el caso, no han dado siempre adecuada tutela asistencial.¹²¹

La CSJN concluyó que el Estado nacional tiene una función rectora en materia de salud y debe garantizar la regularidad de los tratamientos sanitarios coordinando sus acciones con los estados provinciales, sin mengua de la organización federal y descentralizada que corresponda para llevar a cabo tales servicios.¹²²

En *Sánchez*, en cambio, se hizo hincapié en las provincias, ya que la Corte Suprema consideró “evidente” que las autoridades

¹¹⁸ Corte Sup., caso *Beviacqua* citado, considerando 20.

¹¹⁹ *Beviacqua*, considerando 21 y *Monteserin*, considerando 13.

¹²⁰ *Monteserin* citado, considerando 11.

¹²¹ *Beviacqua*, considerando 11 y *Monteserin*, considerando 13.

¹²² *Beviacqua*, considerando 35 y *Monteserin*, considerando 11.

locales tienen un “deber de articular un mecanismo eficaz” para satisfacer el derecho a la salud. En el caso concreto, a la provincia le fue requerida la entrega de los medicamentos recetados como consecuencia de la enfermedad psiquiátrica. Esta obligación provincial de articular un mecanismo eficaz para satisfacer el derecho a la salud debe realizarse de manera coordinada con el “Estado Nacional, mediante el Ministerio de Salud, el que debe acudir en forma subsidiaria”. Y reitera la función rectora del Estado nacional y la necesidad de coordinar sus acciones con los estados provinciales, todo ello “sin mengua de la organización federal y descentralizada que corresponda para llevar a cabo tales servicios”.¹²³

De esta línea jurisprudencial que complementa la iniciada en *Beviacqua y Monteserin* emergen principios relativos al federalismo y los tratados de derechos humanos. El Tribunal reafirma lo sostenido en *Verbitsky*, respecto de la obligación de los estados provinciales de articular y crear mecanismos eficaces para garantizar el derecho respectivo. Al mismo tiempo, la CSJN desarrolla el principio de un federalismo cooperativo en materia de tutela de derechos, al menos en derecho a la salud, reconociendo que el Estado nacional tiene, por un lado, un rol “rector” que debe llevarse a cabo en coordinación con las provincias, pero al mismo tiempo un rol “subsidiario” en caso de que las provincias no cumplan con sus obligaciones. Por lo que el Estado nacional no puede alegar el incumplimiento de las provincias. Parece claro entonces que, si de acuerdo con el arreglo constitucional argentino, una materia corresponde a las provincias, ello no releva al Estado nacional de su rol supletorio de garantía en caso de que el derecho en cuestión encuentre raigambre internacional. De hecho, la Corte ha establecido que el Estado nacional debe

velar por el fiel cumplimiento de los tratamientos requeridos habida cuenta de la función rectora que le atribuye la legislación nacional y de las facultades que debe ejercer para coordinar e integrar sus acciones con las autoridades provinciales.¹²⁴

¹²³ Corte Sup., *Sánchez, Norma Rosa vs. Estado Nacional y otro s/ acción de amparo*, Fallos 328:4640.

¹²⁴ Corte Sup., *Passero, de Barrera, Graciela Noemí vs. Estado Nacional s/amparo (del dictamen de la Procuración General, al que remitió la corte suprema)*, Fallos 330:4160.

La CSJN ha insistido en la “responsabilidad conjunta” de las autoridades federales y provinciales indicando que:

las obligaciones que incumben a la nación en materia sanitaria no son exclusivas ni excluyentes de las que competen a sus unidades políticas en sus esferas de actuación sino que, en un Estado de estructura federal, pesan sobre ellas responsabilidades semejantes.¹²⁵

Por ello, no sorprende que la CSJN ha utilizado la condena en costas a la provincia y la nación como forma de criticarlas por “imputarse recíprocamente la exclusiva responsabilidad en la atención médica reclamada”.¹²⁶

En este marco de responsabilidades duales y compartidas, es permisible que el Estado nacional conserve “potestades administrativas consistentes en el deber de practicar auditorías sobre el servicio, el de adoptar mecanismos para asegurar la correcta atención de los afiliados, y en la posibilidad de rechazar prestadores, además de la obligación esencial de transferir las partidas necesarias para afrontar las erogaciones pertinentes”. Por su parte, las provincias asumen deberes y potestades que requieren “la atención de un universo de pacientes, respecto de la cual se oblig[an] a ejercer diversas facultades, incluso las de control”.¹²⁷

Como hemos dicho, en la garantía del derecho a la salud, el Estado nacional no puede alegar su falta de responsabilidad por corresponderle a otra jurisdicción. Ello, sin perjuicio de que pueda recuperar los costos por las vías pertinentes de quien, en definitiva, resulte obligado a afrontarlas o que ejerza la actividad que crea necesaria para lograr la adecuada participación de la autoridad local, ya que el Estado nacional cuenta con “atribuciones... para encauzar la obligación legal... a los organismos competentes provinciales”.¹²⁸ El Estado nacional puede, por su responsabili-

¹²⁵ Corte Sup., *Barria, Mercedes Clelia y otro vs. Chubut provincia de otro (Estado Nacional) s/amparo*, Fallos 329:1226, considerando 5.

¹²⁶ *Idem*.

¹²⁷ *Idem*.

¹²⁸ *Floreancig, Andrea*, ya citado.

dad subsidiaria dados los compromisos internacionales, verse obligado a actuar de manera preliminar sin perjuicio de que luego recupere los costos de los tratamientos médicos requeridos. Adicionalmente, la Corte Suprema menciona que el Estado nacional puede ejercer “actividades” o “ejercer atribuciones”, aún no definidas jurisprudencialmente, para lograr “la adecuada participación de la autoridad local”. De modo que no es tan solo un cumplimiento subsidiario pasivo del Estado nacional, sino que el Tribunal reconoce implícitamente facultades federales para lograr que las provincias cumplan con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Ello es lo que requieren los artículos 1º, 2º y 28.2 de la Convención.

Como contrapartida, la Corte Suprema ha ordenado la traba de embargo sobre los fondos de la coparticipación que pertenecieran a la provincia del Chubut hasta cubrir la suma adeudada en concepto de prestaciones médicas.¹²⁹ De modo que es posible concebir que los fondos de la coparticipación federal pueden ser uno de los medios para sufragar los gastos que acarrea la implementación de obligaciones internacionales,¹³⁰ incluidas las del cumplimiento de sentencias.

La CSJN ha considerado en *Rodríguez* que la ley 25.724 de creación del programa de nutrición y alimentación nacional, fue dictada por “el Estado nacional en el marco de lo dispuesto en los arts. 75, incisos 22 y 23 y concordantes de la Constitución nacional” y que “por aplicación de los principios que hacen a la organización federal”, su ejecución “se ha puesto en cabeza de cada una de las provincias”.¹³¹

¹²⁹ *Barria, Mercedes Clelia y otro vs. Chubut Provincia del y otro (Estado Nacional) s/amparo*, ya citado, voto de los jueces Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay, considerando 4.

¹³⁰ No analizamos aquí las consecuencias que puede generar tal decisión. El embargo de los fondos de la coparticipación federal, como me hizo notar Sebastián Elías, para hacer cumplir la sentencia que reconoce el derecho a la salud, puede implicar que lleven a no cubrir otras prestaciones de salud también básicas. Véase Grossman, Lucas, *Escasez e Igualdad: Los derechos sociales en la Constitución*.

¹³¹ Corte Sup., *Rodríguez, Karina Verónica vs. Estado nacional y otras s/acción de amparo*, Fallos 329:553.

Así que la adopción de planes nacionales, cuya ejecución se pone en manos de las provincias, puede ser una de las maneras en que se cumplen los tratados internacionales respetando la estructura federal.

Sin embargo, en un grupo de causas relativas al derecho a la salud, sorprendentemente la Corte Suprema, en lugar de abrir su competencia originaria y permitir el litigio conjunto contra la provincia pertinente y la nación para establecer las eventuales obligaciones compartidas o subsidiarias, obligó a los litigantes a demandar a la provincia en los tribunales locales y al Estado nacional en los estrados federales.¹³² Resulta difícil reconciliar estas decisiones con los principios de responsabilidad compartida o subsidiaria que mantiene la Corte Suprema y con la idea de federalismo de coordinación entre las instancias nacionales y locales en materia de satisfacción del derecho a la salud. Quizás ello se deba a que hasta la fecha la CSJN no ha definido con claridad cuándo la responsabilidad primordial recae en el gobierno nacional o provincial.

3.6. Casos ante el Sistema Interamericano, cumplimiento de decisiones y federalismo

La Corte Suprema también ha sido llamada a intervenir en casos pendientes ante o resueltos por la Comisión y/o la Corte Interamericana relativos a hechos ocurridos en alguna provincia. En ciertas ocasiones, se ha mostrado reticente a actuar de manera activa en el cumplimiento de sentencias dictadas por la Corte Interamericana, como lo ejemplifica el caso *Cantos*, en que el Tribunal Internacional ordenó específicamente reducir montos de honorarios fijados por la CSJN y esta se negó a rever su propia sentencia.¹³³ Pero en general, la Corte Suprema ha sido categórica en ordenar el cumplimiento de las sentencias de la Corte

¹³² Véase por ejemplo, *Rebull, Gustavo Prion vs. Misiones, provincia de y otro s/ amparo*, Fallos 329:2911; *Gómez, Norma Haydee vs. Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo* y *Ledesma, Luis vs. Santiago del Estero, Provincia de s/ daños y perjuicios*, Fallos 329:2737.

¹³³ Véase *Cantos*, Fallos 326:2968.

Interamericana, aun cuando en algún caso haya expresado que no compartía “el criterio restrictivo” utilizado por el Tribunal Internacional.¹³⁴

Cuando se han planteado situaciones relativas a casos pendientes ante los órganos interamericanos como al cumplimiento de decisiones provenientes de la Comisión o de la Corte Interamericana y que involucran a las provincias, el Tribunal Supremo se ha mostrado errático, en cuanto a qué tribunales —federales o provinciales— deben intervenir y, más preocupantemente errado, al excluir de los procesos de cumplimiento a nivel judicial a las provincias y sostener que la responsabilidad le cabe exclusivamente a la nación.

En *Lhaka Honhat*, una comunidad indígena en Salta que tiene una petición pendiente ante la Comisión, la Corte Suprema muestra sus dificultades para articular el federalismo cooperativo en casos pendientes ante el Sistema Interamericano. La comunidad alegaba que una ley provincial convocando a un referéndum, interferiría con compromisos asumidos por la provincia y el Estado federal ante la CIDH en un proceso de solución amistosa y que se podía generar la responsabilidad internacional del Estado. Sin embargo, la CSJN negó la necesidad de la intervención del Estado nacional, a pesar de que este tenía que responder sobre la ley provincial ante la CIDH. Simplemente, sin un debate entre las partes, sostuvo que no “se observa con claridad la responsabilidad internacional que podría acarrear al Estado el dictado de la ley provincial en el marco del proceso de solución amistosa ante la Comisión”.¹³⁵ Estas consideraciones llevaron a apartar a la nación como parte en el caso.

¹³⁴ Corte Sup., *Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovida por su defensa*, Fallos 327:5668, considerando 12. De igual modo puede verse “Derecho I” (donde la Corte Suprema confirma la prescripción de una acción penal) y “Derecho II” (donde revoca su propia decisión en Derecho I para dar cumplimiento a una sentencia de la Corte Interamericana). “Derecho, René Jesús s/incidente de prescripción de la acción penal” —causa núm. 24.079 (2007 y 2011) —.

¹³⁵ Corte Sup., *Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat vs. Salta, Provincia de y otro s/acción declarativa de certeza*, Fallos 328:3555, considerando 2.

¿Por qué la Corte no permite que ambos niveles de gobierno participen en el litigio de casos que se están discutiendo ante la CIDH con representación oficial de Salta y de la nación y que necesariamente requerirán de remedios tanto federales como provinciales? En *Lhaka Honhat*, la CSJN remitió el caso a los tribunales locales sin requerir la participación del gobierno nacional. Adoptando la solución opuesta en *Millacura I*, un caso de desaparición forzada de personas y cuya denuncia se encontraba en ese momento ante la Comisión, la Corte Suprema entendió que la investigación penal debía tramitarse en la justicia federal. La razón es que:

es el Estado Nacional quien asumió la responsabilidad internacional ante el organismo internacional y es quien actúa como su interlocutor en las mesas de diálogo entre las partes. Las particularidades del caso y el protagonismo que debió asumir el Estado central, justifican en este caso en particular atribuirle competencia a la justicia federal.¹³⁶

En el caso de ejecuciones de sentencias del Tribunal Interamericano o de cumplimiento de recomendaciones de la CIDH, que pueden requerir actuaciones provinciales, la Corte Suprema excluye consistentemente a la provincia y mantiene al Estado federal como único responsable, tal como lo hizo en *Carranza* y en *Millacura II*, relativos al cumplimiento de las recomendaciones de la sentencia de la CIDH el primero¹³⁷ y de la sentencia de la Corte Interamericana el segundo, y en *Lavado* sobre cumplimiento de medidas provisionales. La Corte entiende que las provincias no son “parte sustancial” en relación con el cumplimiento de una decisión adoptada por la Corte Interamericana¹³⁸ o por la Comisión.¹³⁹ Ello pues el Estado nacional, en su condición de par-

¹³⁶ Corte Sup., *Millacura Llaipén, María Leontina s/ incidente declinatoria de competencia*, Fallos 330:789.

¹³⁷ CIDH, Informe núm. 30/97, Caso 10.087, Gustavo Carranza, Argentina, 30 de septiembre de 1997.

¹³⁸ Corte Sup., M. 524. XLVI. Originario, *Millacura Llaipén, María Leontina y otros vs. Estado Nacional y Chubut, Provincia del s/ejecución de sentencia*, considerando 3.

¹³⁹ Corte Sup., *Carranza Latrubesse, Gustavo vs. Chubut, Provincia del y otro s/ acción declarativa de certeza*, Fallos 325:380.

te de la Convención, es el legitimado pasivo de la pretensión¹⁴⁰ y la cuestión que se pretende hacer valer ha salido de la órbita interna de la República argentina.¹⁴¹ Por lo cual, es el ejecutivo nacional quien constitucionalmente ejerce la conducción de las relaciones exteriores de la nación y el mantenimiento de las buenas relaciones con las organizaciones internacionales.¹⁴²

La CSJN consideró que las decisiones interamericanas dan cuenta de que la parte involucrada era el Estado nacional y a quien se destinaban las recomendaciones y no así a la provincia.¹⁴³ Las decisiones de la Comisión y de la Corte Interamericana se refieren al Estado parte, es decir Argentina,¹⁴⁴ lo que vincula a los accionantes con el Estado nacional y no con las provincias, pues es aquel el único obligado por las disposiciones de la Convención, “más allá de la organización federal de la República argentina (art. 28 de la Convención...)”.¹⁴⁵

Sorprende que la Corte Suprema, al referirse al artículo 28, no mencione la obligación de los Estados federales contenida en el inciso 2, de asegurar el cumplimiento de la Convención, lo que incluye las decisiones de sus órganos, por parte de las entidades integrantes de la misma. Por ello, no parece adecuado sostener, como lo hace la CSJN, que solamente es

el Estado nacional [...] la persona de derecho público a la que se dirigen las [ordenes] de la Corte Interamericana” [y] sobre la que pesa la carga de adoptar las medidas necesarias y decisiones que permitirían, en su caso, evitar la responsabilidad internacional que podría generar su incumplimiento.¹⁴⁶

La CSJN rechaza que pueda perseguirse el cumplimiento, tanto contra el Estado nacional, como contra la provincia del

¹⁴⁰ *Millacura*, considerando 4 y *Carranza*, considerando 6.

¹⁴¹ *Millacura*, considerando 5 y *Carranza*, considerando 6.

¹⁴² *Millacura*, considerando 4.

¹⁴³ *Ibidem*, considerando 7.

¹⁴⁴ *Millacura*, considerando 6 y *Carranza*, considerando 7.

¹⁴⁵ *Idem*, considerando 6.

¹⁴⁶ *Millacura*, considerando 8 y *Lavado*, considerando 18.

Chubut.¹⁴⁷ En lugar de concebir que la provincia es la autoridad estatal que debería dar cumplimiento, en coordinación y cooperación con el Estado federal, a la Convención y las decisiones de sus órganos o viceversa, el Tribunal Supremo entiende que ello “importaría vaciar el contenido del artículo 99, inciso 1 de la Constitución nacional y los compromisos asumidos por la Nación Argentina”.¹⁴⁸ Lo que significa que es el ejecutivo nacional quien tiene la atribución de representar al país en el marco de aquellos asuntos que puedan involucrar la responsabilidad internacional, incluidas las consecuencias que podría traer aparejado el cumplimiento o incumplimiento de las decisiones de la Comisión o la Corte Interamericana.¹⁴⁹ Solo el Estado nacional, en tanto destinatario de tales decisiones como Estado parte de la Convención, es quien debe valorar el reclamo que se realiza y, en su caso, cumplir con los deberes inherentes a esa calidad. Por tanto, la provincia no puede contradecir el objeto de la controversia planteada judicialmente.¹⁵⁰

Millacura II y *Carranza* parecen limitar el alcance de las responsabilidades que la Corte Suprema argentina le había asignado a las provincias en el cumplimiento de las obligaciones internacionales. Sin embargo, pueden entenderse exclusivamente como procesales —la competencia originaria de la Corte—¹⁵¹ y no sustantivas, en cuanto a si la provincia en su momento debería adoptar alguna acción para cumplir con las recomendaciones formuladas por la Comisión o decisiones de la Corte Interamericana. Por eso, en dos oportunidades en *Carranza*, la CSJN sostuvo que en el estado procesal en que se encontraba la causa —es decir, la determinación de la competencia— no se requería la intervención de la provincia sin perjuicio de las eventualidades procesales que pudiesen configurarse dependiendo de la respuesta que el Estado

¹⁴⁷ *Ibidem*, considerando 7.

¹⁴⁸ *Ibidem* y *Lavado*, considerando 17.

¹⁴⁹ *Caso Carranza*, considerando 5.

¹⁵⁰ *Idem*.

¹⁵¹ La Corte Suprema en adición al recurso extraordinario interviene originaria y excesivamente en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte de conformidad con el artículo 117 de la Constitución argentina.

nacional diese en su oportunidad.¹⁵² Nuestra conclusión se reafirma con la decisión en un caso de medidas provisionales ante la Corte Interamericana, donde la CSJN indicó que más allá de que sea el Estado nacional el obligado frente a los pronunciamientos de la Corte Interamericana por imperio de los artículos 31 de la Constitución y 28 de la Convención, “los estados provinciales también deben cumplir con esta última”.¹⁵³

Más desconcertante y contradictoria resulta la decisión de la Corte Suprema en *Lavado* sobre la situación de las penitenciarías en la provincia de Mendoza. Dicho caso llevó a un proceso ante la Comisión y al dictado de medidas provisionales por parte de la Corte Interamericana, debido a la grave situación en la que se encontraban las personas alojadas en las unidades carcelarias provinciales. El Tribunal Supremo reconoce que “la prestación del servicio de seguridad y custodia del sistema carcelario de la provincia de Mendoza” es una cuestión que no ha sido delegada a la nación, por lo que el gobierno provincial conserva el pleno ejercicio de las facultades que le resultan propias e indelegables.¹⁵⁴ De allí que

la única legitimada pasiva es la provincia de Mendoza porque serían sus órganos los presuntos responsables de los hechos que se denunciaban, y si ello fuese así, los que, en el marco de la sentencia correctiva que se dicte, deberán adoptar las medidas y decisiones conducentes para efectivizar su inmediato y adecuado cumplimiento.¹⁵⁵

Sin embargo, en el mismo caso y a contramano de los principios del federalismo cooperativo y responsabilidades compartidas para evitar la responsabilidad internacional del Estado, nuevamente la Corte Suprema no acepta la intervención de la provincia en el litigio ante ella en los aspectos relacionados con el cumplimiento de las medidas provisionales de la Corte Interamericana, ya que “no puede concluirse que la provincia de Mendoza resulte

¹⁵² *Caso Carranza*, considerandos 3 y 4.

¹⁵³ Corte Sup., *Fiscal vs. Ferreyra, José; Almeida, Alberto y Díaz, Jorge* (del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema), Fallos 332:2033.

¹⁵⁴ Corte Sup., *Lavado, Diego Jorge y otros vs. Mendoza, Provincia de y otros/ acción declarativa de certeza*, Fallos 330:1136, considerando 6.

¹⁵⁵ *Ibidem*, considerando 8.

parte sustancial”,¹⁵⁶ a pesar de ser quien constitucionalmente tiene la responsabilidad de asegurar las condiciones carcelarias dignas, como lo sostuvo en consideraciones previas en el mismo caso.

Para la CSJN, lo fundamental es que estando en la esfera internacional, es el ejecutivo nacional quien tiene la atribución de representar a Argentina por recibir constitucionalmente el ejercicio de la conducción de las relaciones exteriores de la nación.¹⁵⁷ Al ser un asunto internacional, solo el ejecutivo nacional puede decidir las consecuencias que podría traer aparejado el cumplimiento o incumplimiento de las recomendaciones y decisiones adoptadas por la Comisión y la Corte Interamericana. Nuevamente, en lugar de extender la responsabilidad del cumplimiento de las decisiones interamericanas a la provincia, el Tribunal las concentra a nivel nacional, pues lo determinante es que la “cuestión ha salido de la órbita interna de la República Argentina”. Para el Tribunal, parecería que las órdenes interamericanas no requieren el accionar del Estado en su conjunto, lo que incluye los órdenes federales y provinciales. Utiliza la Corte Suprema una definición estrecha de Estado como sinónimo de Estado nacional.¹⁵⁸ Ello a pesar de que las provincias, como el propio Tribunal lo reiteró en innumerables veces, están obligadas a cumplir con los tratados internacionales de derechos humanos, que la nación y las provincias tienen competencias complementarias y no excluyentes, y que la propia Convención exige que las entidades componentes de la federación cumplan con las obligaciones internacionales. Pareciera que para el Tribunal argentino, la preservación de una visión unificada externa es más importante que el cumplimiento coordinado a nivel interno de decisiones internacionales.

4. HACIA UN MODELO ALTERNATIVO DE FEDERALISMO

La revisión del marco internacional y de la jurisprudencia de la Corte Suprema acerca de las relaciones entre federalismo y trata-

¹⁵⁶ *Ibidem*, considerando 12.

¹⁵⁷ *Ibidem*, considerando 13.

¹⁵⁸ *Ibidem*, considerando 15.

dos internacionales de derechos humanos indica que el primero es neutro con respecto a los segundos. La neutralidad se manifiesta en diversos aspectos. Primero, el federalismo implica solo una distribución territorial de poder y competencias. Pero no dice nada en abstracto sobre qué autoridad debe ser la responsable de proteger cada derecho reconocido en un tratado internacional en cada situación particular. A la inversa, los tratados de derechos humanos regulan la distribución de poder entre el Estado y los habitantes, pero no responden a la pregunta de qué autoridad debe llevar a cabo el mandato internacional y constitucional.¹⁵⁹ Más importante aún, la neutralidad se refiere también a la efectiva protección de los derechos. La estructura federal de un Estado, no garantiza *per se* el cumplimiento ni significa el incumplimiento de los tratados de derechos humanos. Finalmente, pero no por ello menos importante, la neutralidad, o quizás la indiferencia, se expresa al momento de determinar la responsabilidad internacional del Estado, que siempre recaerá en el gobierno federal, aun cuando haya sido generada por acciones u omisiones a nivel provincial o local.

Así, resulta fundamental no romantizar al gobierno federal como garante absoluto de los derechos ni demonizar a los gobiernos locales como los violadores de tales derechos o viceversa.¹⁶⁰ La experiencia argentina y comparada demuestran que no siempre el Estado federal es mejor para garantizar y los estados locales para violar derechos. Existen ejemplos de estados locales actuando como pioneros en el desarrollo o reconocimiento de derechos o instituciones protectoras.¹⁶¹

¹⁵⁹ Tran, Luan-VuN., *Human Rights and Federalism, A Comparative Study on freedom, Democracy and Cultural Diversity*, 183.

¹⁶⁰ Resnik, Judith, "Law's Migration: American Exceptionalism, Silent Dialogues and Federalism's Multiple Ports of Entry", en 115 *Yale L.J.* 1564, 1579, 2006, pp. 1667 y ss. (de aquí en adelante, Resnik, *Law's Migration*].

¹⁶¹ Véase por ejemplo, Brennan, William jr., "State Constitutions and the protection of Individual Rights", en 90 *Harv. L. Rev.* 489, 1977 (argumentando que las constituciones estatales son fuente de derechos que muchas veces van más allá que la constitución federal y por ende los tribunales estatales no están limitadas al interpretar las constituciones estatales por la interpretación de la Corte Suprema de justicia a la constitución federal) y Dick Howard, "Protecting Human Rights in a Federal System", en Tushnet, Mark

Los gobiernos locales también sirven como espacio de experimentación que permite luego el desarrollo de mecanismos nacionales.¹⁶² Los estados locales ofrecen la posibilidad de múltiples vías de entrada para la recepción e implementación de los tratados internacionales y para la protección de los derechos reconocidos en ellos.¹⁶³

De allí, que se deba indagar acerca de los elementos que facilitan la protección más efectiva de los derechos humanos en un Estado federal. Para lo cual, se debe superar la visión tradicional que concibe al federalismo como parte del problema en la efectiva tutela de los derechos. Ello refleja un modelo federalista que puede definirse como categórico. Este modelo parte del presupuesto de que existen categorías claras y excluyentes de distribución de competencias entre los gobiernos centrales y locales. Asume que una norma jurídica regula una sola conducta y no una multiplicidad de aspectos. Presume que hay un control exclusivo sobre la conducta humana por parte de una autoridad determinada. Y finalmente, establece claras divisiones en cuanto a la materia regulada y la autoridad responsable.¹⁶⁴

En cambio, el derecho internacional de los derechos humanos y la propia jurisprudencia de la Corte Suprema, demuestran

(ed.), *Comparative Constitutional Federalism, Europe and America*, 1990, p. 114 (sosteniendo que los Estados provinciales pueden proteger más ampliamente los derechos). Por ejemplo, el artículo 18 de la Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego en Argentina reconoce toda una serie de derechos a los niños que no tienen una recepción expresa en la Constitución Argentina, salvo la jerarquización constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño y una mención sobre acciones afirmativas a favor de la niñez en el artículo 75, inciso 24.

¹⁶² Por ejemplo en Canadá, la Carta de Derechos y Libertades de la Persona de Quebec fue adoptada en 1975 mientras que la Carta Canadiense de Derechos y Libertades fue recién adoptada en 1982. En México, la Procuraduría de Protección Ciudadana del estado de Aguascalientes fue creada en 1988 mientras que la Comisión Nacional de Derechos Humanos fue creada por Decreto presidencial en 1990 y elevada a rango constitucional sólo en 1992.

¹⁶³ Resnik, *Law's Migration*, p. 1579.

¹⁶⁴ Resnik, "Judith, Categorical Federalism: Jurisdiction, Gender and the Globe", en 111 *Yale L. J.* 619, 2001, [de aquí en adelante, Resnik, "Categorical Federalism"], pp. 619-621.

el desarrollo de un modelo alternativo de federalismo. Así, los casos de salud o *Lavado* demuestran que toda acción y necesidad humana son multifacéticas y pueden encuadrarse en diferentes categorías jurídicas y de atribución de competencias. Los tratados de derechos humanos irradian su cobertura a vastas áreas de la vida humana, lo que impide atribuir responsabilidades de manera clara a una u otra esfera de gobierno. Adicionalmente, ni el derecho internacional ni la mayor parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema aceptan que el origen internacional de la norma sea la que determine por sí sola qué autoridad es la responsable de implementarla ni que sea suficiente para excluir o incluir a una u otra autoridad. Desde esta perspectiva, la jurisprudencia de la CSJN en materia de cumplimiento de decisiones de los órganos interamericanos es difícil de conciliar con este modelo de federalismo multifacético que desarrolla en otras áreas.

Esta idea de un federalismo multifacético que conciba al sistema federal como un fenómeno complejo.¹⁶⁵ El derecho internacional de los derechos humanos puede y de hecho encuentra múltiples puntos de entrada a nivel doméstico. Por ejemplo, los tratados de derechos humanos tienen recepción constitucional tanto a nivel nacional como provincial.¹⁶⁶ La Corte Suprema, en el mismo sentido, ha indicado que tanto los tribunales federales como los provinciales son los responsables de garantizar la efectiva aplicación de la normativa internacional, con lo cual los tratados de derechos humanos ingresan tanto a través de la justicia federal como provincial. Debido a la diversidad de materias

¹⁶⁵ Resnik, *Categorical Federalism*, pp. 622-624.

¹⁶⁶ Véase, Constitución de la Provincia de Buenos Aires, artículo 11; Constitución de la Provincia de Corrientes, artículo 184; Constitución de la Provincia del Chaco, artículo 14; Constitución de la Provincia del Chubut, artículo 22; la provincia del Chubut mediante la ley 3746 se adhirió a la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, artículos 10 y 14; Constitución de la Provincia de Córdoba, artículo 18 y Disposición complementaria artículo 1° y ley 7098 de 1984; Constitución de la Provincia de Neuquén, artículo 13; Constitución de la Provincia de San Juan, artículo 12; Constitución de la Provincia de Santiago del Estero, artículo 10; Constitución de la Provincia de San Luis, artículo 11; Constitución de la provincia de Tierra de Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, artículo 13.

reguladas, a los múltiples puntos de ingreso y a la dualidad jurisdiccional de su tutela, existen innumerables posibilidades y necesidades de acciones concurrentes, antes que excluyentes, entre el gobierno nacional y los provinciales.

Antes que categórico y excluyente, resulta pertinente imaginar al federalismo como un entramado donde cada esfera de gobierno participa en su construcción. De allí que no solamente se debe permitir sino fomentar la participación de las entidades de la federación en la implementación de los tratados de derechos humanos.¹⁶⁷ Los casos de derecho a la salud, por ejemplo, demuestran esta participación conjunta en la construcción de la telaraña que fomenta las relaciones entre la federación y las entidades federadas. Por supuesto, estas interacciones, como surge de las decisiones de la CSJN en *Lavado* o *Lakha Honhat*, son fluidas, están en permanente cambio y reciben influencias recíprocas tanto internas como transnacionales. Es un proceso de socialización continuo donde las distintas esferas se influyen mutuamente a la par de interactuar directa o indirectamente con los mecanismos internacionales que contribuyen, a su vez, a la fluidez de tales relaciones internas.¹⁶⁸

Obviamente, en este modelo multifacético se generarán tensiones entre los órdenes nacionales y provinciales. Basta recordar los casos de salud donde los gobiernos nacional y provincial se atribuyen mutuamente la responsabilidad o aquellos donde los jueces provinciales y federales rechazan su propia competencia para procesar el asunto respectivo, o *Lakha Honhat*, donde la legislación provincial contradice potencialmente negociaciones internacionales. Ello llama a desarrollar un federalismo dialógico,¹⁶⁹ que reconozca las tensiones presentes o potenciales

¹⁶⁷ Para una reseña comparada de las experiencias de cooperación entre el Gobierno federal y las provincias en Canadá y su ausencia en los Estados Unidos, puede verse Bell, Koren L., "From Laggard to Leader: Canadian Lessonson a Rolefor U.S. States in Making and Implementing Human Rights Treaties", en 5 *Yale Hum. Rts. & Dev.lj*.255, 2002.

¹⁶⁸ Véase particularmente los trabajos de la profesora Resnik citados.

¹⁶⁹ Powell, Catherine, "Dialogic Federalism Constitutional Possibilities for Incorporation of Human Rights Law in the United States", en 150 *U. PA. L. Rev.*, 245, 2001.

en la distribución de competencias y responsabilidades y que busque facilitar el diálogo vertical y horizontal entre los actores responsables. Desde el punto de vista vertical, a fin de facilitar la implementación de los tratados de derechos humanos y entender la complejidad de la distribución de competencias, se requiere una permanente comunicación entre el gobierno federal y los provinciales.¹⁷⁰ Pero además, y dado que las autoridades locales también deben cumplir con los tratados de derechos humanos, debe promoverse y facilitarse el diálogo entre las entidades de la federación y los mecanismos internacionales de supervisión y monitoreo de los derechos humanos. Paralelamente, debe existir un diálogo horizontal entre las provincias acerca de la implementación local de los tratados de derechos humanos. Estos espacios de diálogo deberían servir tanto para compartir información como para facilitar el aprendizaje mutuo sobre los mecanismos más efectivos para la tutela de los derechos humanos a nivel local.

Finalmente, el nuevo modelo requiere el desarrollo de un federalismo de coordinación. Este modelo reconoce su faz multifacética donde muchas acciones difícilmente podrán ser atribuidas con claridad a una u otra autoridad. Adicionalmente, el derecho internacional impide al gobierno central desatenderse de un asunto bajo el argumento de que cae dentro de la competencia de las autoridades locales y viceversa. La Corte Suprema, de manera similar, ha resaltado las responsabilidades compartidas y la necesidad de coordinación entre las provincias y el gobierno nacional. Por ello, se requiere desarrollar un federalismo cooperativo que reconozca la necesidad y facilite la existencia de acciones coordinadas. Nuevamente la coordinación, al igual que el diálogo, debe

¹⁷⁰ Spiro, ha llegado a insinuar que debería pensarse en una nueva teoría que estableciese la responsabilidad solidaria (*condominum*) de las entidades de la federación y del Gobierno federal al tiempo de permitir algún mecanismo que permita a dichas entidades participar del régimen internacional de protección de los derechos humanos. Con ello, se permitiría superar tanto las dificultades prácticas como jurídicas que la concepción tradicional de la responsabilidad internacional del Gobierno federal impone a los Estados federales así como la falta de voluntad del Gobierno federal de adoptar legislación federal u otras medidas para asegurar que los Estados de la Unión cumplan con las obligaciones internacionales. Spiro, Peter J., "The States and International Human Rights", en 66 *Fordham L. Rev.* 567, 1997.

ser horizontal y vertical. Verticalmente, debe producirse en dos vertientes. Por un lado, una coordinación entre el gobierno federal y los provinciales y, por otro lado, una coordinación entre las entidades de la federación y los mecanismos internacionales de supervisión y control. De manera horizontal, la coordinación debería producirse entre las mismas entidades de la federación. En este modelo cooperativo, tanto el derecho internacional como la jurisprudencia de la Corte Suprema requieren que el gobierno federal asuma un rol “rector” de coordinación y monitoreo del cumplimiento de las obligaciones internacionales.

5. LA NECESIDAD DE UN MECANISMO INSTITUCIONAL QUE FACILITE EL FEDERALISMO COOPERATIVO

Las obligaciones internacionales y la jurisprudencia de la CSJN demuestran la necesidad imperativa de desarrollar un mecanismo efectivo para asegurar que tanto el gobierno federal como los gobiernos provinciales se encuentran en condiciones de garantizar la vigencia de los derechos reconocidos internacionalmente. Los principios del derecho internacional, la interpretación de las normas convencionales, la jurisprudencia de la propia Corte Suprema, y en particular la realidad en las provincias, demuestran la necesidad de que se avance respecto de la situación actual, en la que el gobierno federal es simplemente reactivo ante denuncias internacionales. Debería crearse un mecanismo mediante el cual se incorpore de una manera constructiva a las provincias para permitir la interacción y coordinación continua entre una y otra esfera de gobierno. El objetivo de este mecanismo debería ser facilitar y hacer posible la internalización de las obligaciones internacionales por parte de las provincias.

Las múltiples y variadas cargas que pesan tanto sobre el gobierno nacional como sobre los provinciales requieren de un mecanismo de diálogo o espacio institucional de coordinación, cooperación, de creación de consensos entre todos los actores, nacionales y provinciales involucrados, para hacer efectivo el ejercicio de los derechos reconocidos internacionalmente en todo el ámbito territorial del país. Este mecanismo debe permitir la búsqueda de soluciones mediante un equilibrio entre el

respeto a las autonomías provinciales y el cumplimiento de las obligaciones emergentes de los tratados de derechos humanos. Debe facilitar la conciliación de los distintos intereses en juego y particularmente debe tener como meta esencial el asegurar de la mejor manera posible la plena vigencia de los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales para todos los habitantes, independientemente de la provincia donde se encuentren.

Hasta ahora, tal como lo demuestran los casos ante el Sistema Interamericano ante la Corte Suprema, el Consejo Federal de Derechos Humanos que existe en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos no ha logrado cumplir este objetivo. Este Consejo Federal se compone de representantes de las provincias y del gobierno nacional y es coordinado por la Secretaría de Derechos Humanos. Pero los casos que han sido mencionados aquí, no han contado con un espacio de diálogo o coordinación en dicho Consejo Federal.

De lo que se trata es de asegurar que el piso mínimo de los derechos sea el contenido en el derecho internacional de los derechos humanos. Cada provincia puede elegir los medios, formas, políticas, planes, programas que estime pertinentes y que reflejen sus particularidades, historia, tradiciones, idiosincrasia. En este sentido, el mecanismo propuesto podrá servir también de marco de intercambio de las experiencias exitosas entre las distintas provincias.

Dado que la implementación de las obligaciones internacionales de derechos humanos es una tarea permanente, el mecanismo también deberá ser permanente. Debe ser activo y propositivo, y no reactivo. Debería servir de foro para la revisión de la legislación provincial en áreas críticas como pueden ser la penal o procesal penal, o análisis de políticas públicas como seguridad ciudadana o formación de los agentes encargados de hacer cumplir la ley o igualdad y no discriminación. También debería estar involucrado en la preparación de informes que deben presentarse ante los distintos órganos internacionales de monitoreo y, en particular, debe servir de foro para estudiar las recomendaciones que se le formulen al país para asegurar que las mismas son implementadas en todas las provincias. Debería permitir el análisis de las decisiones en casos individuales con un doble objetivo: fa-

cilitar la coordinación para el cumplimiento de las mismas entre el gobierno nacional y la provincia que pudiese estar implicada. Al mismo tiempo, y por el carácter proactivo que consideramos debe tener, el análisis de las decisiones debería estar destinado a identificar las prácticas, políticas, acciones u omisiones en la legislación que haya sido considerada por el respectivo organismo internacional como violatoria de alguna norma internacional, a fin de asegurar que tal situación no existe en el resto de las provincias y en el caso de que sí exista, eliminar o modificar dicha situación.

Finalmente, el mecanismo debe prever las soluciones ante potenciales desacuerdos entre el gobierno nacional y los provinciales. La coordinación no siempre resultará sencilla y puede que ni siquiera sea posible. Y ello se debe no solamente a que puede haber problemas logísticos de coordinación práctica, sino que puede haber diferencias ideológicas y políticas entre el gobierno federal y los provinciales que conduzcan a una resistencia local o que impidan esta coordinación.

Dado que el Estado federal será en definitiva responsable internacionalmente, al menos en materia de casos individuales su opinión debería prevalecer y deberían especificarse claramente los mecanismos legales para efectivizarla. Sin pretender ser exhaustivos, algunas propuestas que pueden analizarse serían las siguientes. En materia de reparaciones económicas, el gobierno nacional debería estar facultado para pagar las indemnizaciones correspondientes y luego repetirlas contra la provincia respectiva o retenerla de la coparticipación federal correspondiente, como la Corte Suprema lo permitió en *Barria*. En el aspecto investigativo y de justicia, dada la naturaleza federal de todo lo relativo a tratados internacionales, según lo señalado por la CSJN, podría pensarse en la transferencia de las causas respectivas a la justicia federal en casos de patrones sistemáticos de impunidad a nivel provincial.¹⁷¹ En materia de reformas legislativas la

¹⁷¹ Tal como lo hace la reforma constitucional brasileña. Artículo 109: Corresponde a los jueces federales:

V-A - las causas relativas a derechos humanos a que se refiere § 5° de este artículo; 50 En las hipótesis de graves violaciones a los derechos humanos, el procurador general de la República, con la finalidad de asegurar el

situación puede ser más compleja, pero ya la Corte Suprema ha dado algunas pautas. *Verbitsky* puso en claro que la legislación nacional puede servir de ley marco o piso mínimo para las legislaciones provinciales. Por ejemplo, ya existe el precedente de la ley 23.098 sobre procedimiento de *habeas corpus*, que dispone:

El capítulo primero tendrá vigencia en todo el territorio de la Nación, cualquiera sea el tribunal que la aplique. Sin embargo, ello no obstará a la aplicación de las constituciones de provincia o de leyes dictadas en su consecuencia, cuando se considere que las mismas otorgan más eficiente protección de los derechos a que se refiere esta ley.

Una alternativa sería otorgar al gobierno nacional legitimación activa y crear una causa de acción ante la Corte Suprema para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de la norma provincial por ser contraria al tratado respectivo. Otra posibilidad sería el precedente constitucional venezolano, que permite al defensor del pueblo presentar ante los órganos legislativos nacionales, provinciales o municipales, proyectos de ley u otras iniciativas para la protección progresiva de los derechos humanos.¹⁷²

6. CONCLUSIÓN

La soberanía de los Estados para adoptar la forma federal de gobierno no puede utilizarse para justificar el incumplimiento de los tratados de derechos humanos. El derecho internacional establece la responsabilidad del Estado federal por las acciones y/u omisiones de sus subdivisiones políticas y la imposibilidad de justificar dicha responsabilidad alegando que sus poderes son insuficientes para exigir el cumplimiento de las obligaciones in-

cumplimiento de las obligaciones emergentes de tratados internacionales de derechos humanos de los que Brasil sea parte, podrá suscitar, ante el Superior Tribunal de Justicia, en cualquier fase de la investigación o del proceso, incidente de transferencia de competencia para la Justicia Federal. Emenda Constitucional núm. 45/2004, Publicada no DOU de 31/12/2004 (traducción propia).

¹⁷² Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 281, inciso 7.

ternacionales. El Estado federal debe adoptar las medidas necesarias a nivel interno para asegurar su cumplimiento en el ámbito de las provincias. Y estas últimas están obligadas a implementar los tratados internacionales dentro de sus jurisdicciones.

El artículo 28 de la Convención refleja estos principios en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos. Si el Estado federal no adopta la legislación o las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento del tratado por parte de las provincias de conformidad con los artículos 1º, 2º y 28 de la Convención, incurrirá en responsabilidad internacional. El artículo 28 clarifica, precisa y hace más determinante, inmediata y directa la exigencia del cumplimiento de la obligación de respetar y garantizar en el marco de los Estados federales. No altera ni disminuye el alcance de los artículos 1º y 2º, sino que los complementa.

La jurisprudencia de la Corte Suprema es consistente con estos principios. Toda la materia regulada por tratados de derechos humanos ratificados por Argentina, configuran de por sí una cuestión federal y no de derecho común. La principal preocupación de la CSJN, tanto al asumir su jurisdicción como al resolver sustantivamente los casos, es prevenir la generación de responsabilidad internacional del Estado. El Tribunal no encuentra objeciones constitucionales para ordenar a las autoridades provinciales la adopción de medidas específicas para cumplir con el marco internacional, incluso en materias que les están tradicionalmente reservadas a las autoridades locales. Así, su jurisprudencia concilia la estructura federal argentina con las obligaciones que surgen de los tratados ratificados.

La CSJN atribuye una clara responsabilidad central al gobierno federal de asegurar y cumplir las obligaciones que surgen de los tratados de derechos humanos. El gobierno federal no puede desatenderse de sus obligaciones internacionales argumentando que las mismas caen bajo la competencia de las provincias. Paralelamente, la Corte Suprema ha indicado que las provincias están sujetas a las disposiciones de los tratados de derechos humanos. Por ello, las Constituciones, la legislación infraconstitucional y las actuaciones u omisiones provinciales no pueden ser incompatibles con los requerimientos que emergen de la normativa internacional. El Tribunal ha insistido en múltiples casos en las

responsabilidades duales o concurrentes y en la necesidad de la coordinación de la implementación de las obligaciones en derechos humanos.

El Máximo Tribunal deja muy claro que el cumplimiento por parte del gobierno federal o de los provinciales de las normas internacionales de derechos humanos, al menos aquellas con jerarquía constitucional, no afecta la distribución constitucional de competencias en materia federal. Dicha distribución debe leerse en armonía con los tratados de derechos humanos. Las competencias, siempre que esté involucrado un derecho tutelado internacionalmente, parecen ser concurrentes o al menos exigen una actuación subsidiaria del Estado nacional. La única materia donde la CSJN determina una competencia excluyente es en la relación entre Argentina y los órganos del Sistema Interamericano. Allí establece la facultad única del gobierno federal.

La jurisprudencia argentina impide al Estado o gobierno nacional desligarse de sus obligaciones internacionales bajo el pretexto de que su cumplimiento cae bajo la esfera de las provincias y a estas últimas les impone la obligación de cumplir con los tratados de derechos humanos. Sin embargo, y a pesar del insistente llamado de los órganos de derechos humanos y de la propia Corte Suprema, casos como *Beviacqua*, *Monteserin*, *Verbitsky*, evidencian que se carece de un mecanismo institucional efectivo que permita la coordinación entre el gobierno nacional y los provinciales en el cumplimiento de obligaciones internacionales. Tampoco se cuenta con un mecanismo que permita la revisión previa a la aprobación o ratificación de los tratados o posterior a ella, de legislación provincial¹⁷³ contraria a las normas internacionales, como lo atestiguan *Hoofst* o *Franco*.¹⁷⁴ *Millacura*, *Carranza* o *Lava-*

¹⁷³ Tampoco se cuenta con un mecanismo para revisar la legislación nacional. Vale la pena aclarar que no propugnamos un control de constitucionalidad previo o abstracto de los tratados a ratificarse o ya ratificados o de una determinación judicial previa o abstracta de estos tratados con la legislación nacional o provincial. Pensamos en cambio en un instrumento o espacio institucional donde los ejecutivos y legislativos nacionales y provinciales puedan realizar tales análisis.

¹⁷⁴ Barberis interpreta que el artículo 28 de la Convención Americana en realidad se refiere a su ratificación, en el sentido de que el Estado federal debería procurar que las entidades locales adopten las medidas necesarias

do son ejemplos de la falta de un mecanismo que permita coordinar el cumplimiento de decisiones de órganos internacionales cuando están en juego competencias nacionales y provinciales.

La propuesta que esbozamos pretende cambiar la concepción del federalismo en materia de derechos humanos. Concibe al federalismo como multifacético en el sentido de que, ni la tutela de los derechos humanos reside exclusivamente en un nivel de gobierno ni el desarrollo de políticas públicas para su tutela es exclusiva responsabilidad de un ámbito u otro. Por el contrario, concibe que las responsabilidades pueden ser complementarias, en el sentido de que tanto uno como otro ámbito pueden tener asignadas ciertas funciones, sea por el derecho interno o por el derecho internacional. Además, concibe que esta asignación de responsabilidades pueden mutar en el tiempo y de acuerdo con las necesidades fácticas, así como a la respuesta jurídica que se dé a los nuevos desafíos políticos en materia de derechos humanos.

Un federalismo cooperativo es necesario para implementar de manera efectiva los tratados de derechos humanos. Esto es un federalismo basado en la idea de búsqueda de respuestas compartidas y consensuadas entre los diferentes niveles de gobierno a las que se llegará mediante una cooperación negociada. El énfasis en la cooperación y la negociación acepta que no siempre las relaciones entre ambos niveles será cordial. Reconoce una preferencia por la acción conjunta y asume que la implementación de tratados de derechos humanos requiere de voluntad política y de negociación entre las diferentes autoridades.

Los principios generales del derecho internacional, la interpretación teleológica, literal y contextual de la Convención, así como la jurisprudencia de la CSJN, permiten sostener que tanto el gobierno nacional como los gobiernos locales se encuentran en la obligación de asegurar la plena vigencia de los derechos contenidos en la Convención y en los tratados internacionales en general. En este sentido, el argumento de la estructura federal para justificar el incumplimiento de las obligaciones internacionales o para desentenderse de las mismas no es otra cosa que

para cumplir con la Convención y recién cuando esto se logre, el Estado ratificaría el tratado. Barberis, *Consideraciones*, p. 250.

una defensa política que en definitiva demuestra que el gobierno nacional no desea utilizar todas las facultades jurídicas que se tienen para lograr que las unidades de la federación den estricto cumplimiento a las normas de derechos humanos.¹⁷⁵ El federalismo no es un problema, sino una posibilidad. Al crear un doble sistema de garantías constitucionales, los derechos teóricamente tienen mejores posibilidades de ser protegidos. El sistema internacional de los derechos humanos provee un tercer sistema de protección. Por tanto, de lo que se trata es de buscar la manera de integrar a los tres sistemas plenamente. Y para ello se requiere de voluntad política y la construcción de un nuevo federalismo de cooperación, y no de excusas jurídicas.

¹⁷⁵ Véase en el mismo sentido para el caso de Australia, Joseph, Sarah, “Federalism and Human Rights”, en *International Legal Challenges for the Twenty-first Century*, Proceedings of a Joint Meeting of the Australian & New Zealand Society of international Law and the American Society of International Law, 26-29 de junio, 2000, p. 331.

IX. Federalismo y derechos humanos: El caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*

1. INTRODUCCIÓN

Argentina, Brasil, México y Venezuela, todos Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tienen una estructura federal. Ello significa que la mayoría de las personas protegidas por la Convención viven en Estados federales. Por tanto, es importante reflexionar sobre la relación entre federalismo y protección internacional de los derechos humanos.

La estructura federal repercute interna e internacionalmente a la hora de dar cumplimiento a las obligaciones emergentes de las normas internacionales de derechos humanos.¹ En muchas

* Este trabajo fue publicado en la obra *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, de Ricardo Méndez Silva (coord.), IJJ-UNAM, 2008, t. I.

¹ CIDH, *Informe sobre la situación general de los derechos humanos en Brasil*, 1997, p. 14, OEA/Ser.L/V/II.97, doc. 29, rev. 1, 29 septiembre de 1997, Original: Portugués, capítulo 5. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha tomado en cuenta que la estructura federal de diversos Estados dificulta, afecta u obstaculiza el cumplimiento cabal del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Véase Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales, Bélgica, U. N., doc. CCPR/C/79/Add.3, 1992, párr. 4 (toma nota de las dificultades principales con que se enfrenta Bélgica, a saber, el carácter centrífugo del federalismo belga); Observaciones finales, Suiza, U. N., doc. CCPR/CO/73/CH, 2001, párr. 6, preocupa al Comité que la aplicación de las obligaciones del Estado parte en virtud

ocasiones, los agentes públicos responsables de violaciones a los derechos humanos dependen de los gobiernos locales y no del federal. El gobierno federal puede encontrarse en la situación embarazosa de tener que responder a denuncias internacionales por faltas cometidas por sus estados federados cuyas autoridades centrales no comparten y de hecho condenan.²

También resulta cierto que varios países han intentado ampararse en su estructura federal para limitar los efectos internos de la ratificación de tratados de derechos humanos³ o para restringir el alcance de su responsabilidad internacional.⁴ Paralelamente,

del Pacto en todas las partes de su territorio pueda verse dificultada por la estructura federal del Estado parte.

² Konder Comparato, Fabio, *A proteção a os direitos humanos e a organização federal de competências, en A Incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*, 1996, p. 281 (en adelante, *A Incorporação*). Un ejemplo categórico de esta situación se produjo en el caso *Toomen contra Australia* ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. En dicho caso se cuestionaban dos disposiciones del Código Penal de Tasmania que tipificaban como 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 gobierno federal australiano concordó con el señor Toomen en que este último había sido víctima de injerencia arbitraria en su vida privada e incluso que podría ser víctima de discriminación y claramente indicó que no compartía los razonamientos de las autoridades de Tasmania. En su respuesta al Comité de Derechos Humanos, el gobierno australiano acompañó las defensas producidas por el gobierno de Tasmania. Véase Comité de Derechos Humanos, *Nicholas Toomen vs. Australia*, Comunicación, núm. 488/1992, U. N., doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (1994), en particular, párrs. 6.1 y ss.

³ Quizás el ejemplo más claro es la declaración que el gobierno de Estados Unidos acompañó al momento de ratificar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que dice: “Los Estados Unidos entienden que este Pacto será aplicado por el gobierno federal en la medida en que tenga atribuciones legislativas y judiciales en las materias de que se trata; en los demás casos será aplicado por las administraciones estatales y locales; en la medida en que las administraciones estatales y locales tengan atribuciones sobre esas materias, el gobierno federal tomará las medidas adecuadas según el sistema federal para que las autoridades competentes de las administraciones estatales o locales puedan tomar las medidas procedentes para el cumplimiento del Pacto”. Roth, Brad R., “Understanding: Federalism Constraints on Human Rights Implementation”, en 47 *Wayne L. Rev.* p. 891.

⁴ Por ejemplo, en el caso *Garrido-Baigorria* ante la Corte Interamericana, Argentina invocó la cláusula federal o hizo referencia a la estructura federal

autoridades locales han pretendido desatenderse de las obligaciones que les corresponden, argumentando que los tratados han sido ratificados por el gobierno federal y no por el estadual⁵ y por ende, no deben cumplir con los mismos.⁶

del Estado en tres momentos del caso. En primer lugar, cuando se discutía el fondo del asunto, el Estado sostuvo que la responsabilidad del caso no recaía sobre él, sino en la provincia de Mendoza, en virtud de la cláusula federal. Argentina desistió luego de este planteamiento y reconoció expresamente su responsabilidad internacional en la audiencia del 1 de febrero de 1966. El Estado pretendió por segunda vez hacer valer la cláusula federal al concertarse el convenio sobre reparaciones. En esa oportunidad, apareció como parte en el convenio la provincia de Mendoza y no la República Argentina, pese a que esta última ya había reconocido su responsabilidad internacional ante la Corte. El Tribunal decidió entonces que dicho convenio no era un acuerdo entre partes por no haber sido suscrito por la República Argentina, que es la parte en esta controversia. Véase notas 256 a 258 y texto a la que acompañan. Por último, Argentina alegó haber tenido dificultades para adoptar ciertas medidas debido a la estructura federal del Estado. Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria*. Reparaciones y Costas (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C, núm. 39, párr. 45.

- ⁵ En este capítulo utilizaremos el término “estadual” para distinguir a las autoridades, leyes o constituciones que rigen a las entidades federativas.
- ⁶ Por ejemplo, el entonces consejero general del gobernador de Texas y actual fiscal general de Estados Unidos, en una nota dirigida al Departamento de Estado de Estados Unidos sostuvo que dado que el estado de Texas no es signatario de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, era inapropiado solicitarle a Texas que determine si ha habido una violación de tal Convención, 16 jun 1997, carta de Alberto Gonzalez, General Counsel to Texas Governor George W. Bush, to Michael, Matheson. La situación se originó por el proceso que condujo a la imposición de la pena de muerte a Irineo Tristán Montoya, ciudadano mexicano, sin que se le haya notificado su derecho a comunicarse con el cónsul de su país, de conformidad con la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Dos días después de esta carta, Irineo Tristán Montoya fue ejecutado en cumplimiento de la condena impuesta. El 9 de julio de 1997, el Departamento de Estado de Estados Unidos hizo pública su “más profunda disculpa” por la falta de las autoridades competentes de informar al señor Montoya que podía contactar a las autoridades consulares mexicanas. Véase informe del Relator Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias y Arbitrarias. *Question of the Violation of Human Rights and Fundamental Freedoms in any part of the World, with particular reference to Colonial and other Dependent Countries and Territories*, Extrajudicial, summary or arbitrary executions, Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary

Por supuesto que no puede excluirse que existan circunstancias en las que la estructura federal permite que la protección de los derechos humanos sea mayor o mejor a nivel local que a nivel federal.⁷ Por ejemplo, es posible que las constituciones y leyes estatales contengan mayores protecciones o reconozcan más derechos que sus pares federales.⁸ También es factible que las normas jurídicas o instituciones destinadas a la protección de los derechos emerjan primariamente a nivel estatal para luego consolidarse federalmente.⁹ Además, el federalismo ofrece la posibilidad teórica de un doble nivel de protección de los derechos a través de los mecanismos judiciales de los estados federados y de la federación.¹⁰

Las potencialidades y dificultades que ofrece el federalismo obligan a definir el alcance de las obligaciones internacionales de

executions, Mr. Brace Waly Ndiaye, submitted pursuant to Commission resolution 1997/61, Addendum, Mission to the United States of America E/CN.4/1998/68/Add.3.

⁷ Véase por ejemplo, Brennan, William Jr., "State Constitutions and the Protection of Individual Rights", en *Harv. L. Rev.*, vol. 90, 1977, p. 489, argumentando que las Constituciones estatales son fuente de derechos que muchas veces van más allá que la Constitución federal y por ende los tribunales estatales no están limitados al interpretar las Constituciones estatales por la interpretación de la Corte Suprema de Justicia a la Constitución federal; y Howard, Dick, "Protecting Human Rights in a Federal System", en Tushnet, Mark (ed.), *Comparative Constitutional Federalism, Europe and America*, 1990, p. 114, sosteniendo que los estados provinciales pueden proteger más ampliamente los derechos.

⁸ Por ejemplo, el art. 18 de la Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego en Argentina, reconoce toda una serie de derechos a los niños que no tienen una recepción expresa en la Constitución argentina, salvo la jerarquización constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño y una mención sobre acciones afirmativas a favor de la niñez en el art. 75, inc. 24.

⁹ Por ejemplo en Canadá, la Carta de Derechos y Libertades de la Persona de Quebec fue adoptada en 1975 mientras que la Carta Canadiense de Derechos y Libertades fue adoptada en 1982. En México, la Procuraduría de Protección Ciudadana del estado de Aguascalientes fue creada en 1988, mientras que la Comisión Nacional de Derechos Humanos fue creada por decreto presidencial en 1990 y elevada a rango constitucional solo en 1992.

¹⁰ Véase Woehrling, José, *Convergences et divergentes entre fédéralisme et protection des droits et libertés: l' exemple des Etats-Unis et du Canada*, 2000, 46 R.D.McGill, 21, pp. 39 y ss.

un Estado con estructura federal. Ello con el fin de no restringir o limitar indebidamente la protección internacional para los habitantes de Estados con estructura federal, así como para evitar que el derecho internacional y, en particular, los órganos internacionales condicionen o impidan el armónico funcionamiento de la distribución de los poderes hacia el interior de las federaciones.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de referirse a los problemas que genera la estructura federal. En una ocasión sostuvo que:

...no puede dejar de expresar su preocupación por la falta de cumplimiento, por parte del Estado... de muchas obligaciones contenidas en instrumentos internacionales de derechos humanos en razón de que los Estados miembros o entidades estatales que forman parte de la República Federativa ejercen jurisdicción y tienen competencia respecto a delitos cometidos en sus respectivos territorios. El denominado “principio federativo”, de acuerdo con el cual los Estados individuales gozan de autonomía, ha sido usado frecuentemente como explicación para impedir la investigación y determinación de los responsables de violaciones —muchas veces graves— de derechos humanos y ha contribuido a acentuar la impunidad de los autores de tales violaciones.¹¹

Al mismo tiempo, debe prestarse atención a la posibilidad de que organismos internacionales de protección de los derechos humanos puedan afectar la estructura federal de un Estado. Así, en un caso la CIDH encontró que un Estado federal había violado sus obligaciones internacionales por permitir que la determinación respecto a si los homicidios cometidos por menores de edad merecían la pena de muerte quedara en manos de cada estado de la Unión y no del gobierno federal.¹² En muchos países federa-

¹¹ CIDH, *Informe sobre la situación general de los derechos humanos en Brasil*, 1997, p. 14, OEA/Ser.L/V/II.97, doc. 29, rev. 1, 29 sep 1997, original: portugués.

¹² CIDH, caso núm. 9647, Estados Unidos, resolución núm. 3/87, párr. 63; *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1986-1987*, OEA/Ser.L/V/II.71, doc. 9, rec. 1, 22 sep 1987. En otro caso, la Comisión ha debido pronunciarse acerca de los derechos de los residentes del distrito de Columbia en Estados Unidos, que de acuerdo con la Constitución de dicho país no pueden votar, en tanto y en cuanto residen en la ciu-

les, las disposiciones en materia penal son eminentemente una facultad de los gobiernos locales y no del gobierno central.¹³ La categórica conclusión a la que arribó la CIDH obligaría a Estados federales como México o Estados Unidos a modificar esta distribución constitucional de competencias producto de complejos balances institucionales y prácticas históricas.

En el presente trabajo, realizaremos un análisis de las obligaciones internacionales de los Estados federales que son parte de la Convención Americana. Nuestra propuesta es desentrañar el alcance de tales obligaciones internacionales. En las siguientes secciones analizaremos específicamente la regulación y la interpretación de la Convención Americana en materia de Estados con estructura federal. El análisis partirá de un breve recuento de los antecedentes de la cláusula federal en el tratado interamericano, sin pretender con ello sobrevalorar el recurso a los trabajos preparatorios como método de interpretación. Solamente pretenderemos reflexionar sobre el origen de tal disposición. A continuación realizaremos un estudio de las obligaciones generales que tienen todos los Estados parte, es decir, las de respeto y garantía de los derechos humanos y el deber de adoptar normas

dad capital y asiento del gobierno federal. Los redactores originales de la Constitución estadounidense tenían que otorgarles la posibilidad de voto, podría crear desequilibrios e influencias indebidas en el gobierno federal. La Comisión consideró que tal situación era violatoria de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Véase informe núm. 98/03, Caso 11.204, Fondo, Statehood Solidarity Committee, Estados Unidos, 29 dic 2003, párr. 100.

¹³ Véase por ejemplo la Constitución mexicana que establece la competencia federal solamente por los delitos y faltas contra la federación o los conexos con estos. Véase art. 73, fracc. XXI (El Congreso tiene facultad: XXI. Para establecer los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse. Las autoridades federales podrán conocer también de los delitos del fuero común, cuando estos tengan convexidad con delitos federales). No es el caso sin embargo de Brasil, Argentina y Venezuela. En Brasil véase el art. 22 constitucional (Compete privativamente á União legislar sobre: I. direito...penal...); en Argentina véase la Constitución en su art. 75, inc. 12 (Corresponde al Congreso: 12 Dictar los códigos... Penal...); en Venezuela véase el art. 156, inc. 32, de la Constitución (Es de la competencia del Poder Público Nacional: 32 La legislación en materia... penal...).

de derecho interno en conjunción con la cláusula federal y las particularidades en los Estados federales. Dado que una característica de los Estados federales es el reparto de competencia entre el gobierno central y los gobiernos locales, también exploraremos dos temas relacionados: por un lado, la disparidad de regulaciones en materia de derechos humanos al interior de un Estado federal y el principio de no discriminación; por el otro, un análisis de este reparto de competencias a la luz de la cláusula federal de la Convención. Esta sección concluye con un esbozo de las obligaciones que las unidades integrantes de la federación tienen con relación a la Convención Americana.

Se concluye con unas breves reflexiones finales, destinadas principalmente a llamar la atención sobre la necesidad de crear un mecanismo que provea el espacio institucional y las herramientas jurídicas necesarias para coordinar las actividades entre el gobierno nacional y los gobiernos provinciales, tanto de manera preventiva como proactiva, para facilitar el respeto y garantía de los derechos humanos tanto a nivel federal como local.

2. LA CONVENCION AMERICANA Y LOS ESTADOS CON ESTRUCTURA FEDERAL

Antes de comenzar, resulta útil recordar el artículo 28 de la Convención:

Cláusula federal

1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.
2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su Constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.

3. Cuando dos o más Estados Partes acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención.¹⁴

Esta cláusula federal tiene en mente en sus primeros dos incisos solamente a un grupo de Estados, aquellos con estructura federal frente a la gran mayoría del resto del articulado convencional que se dirige sin distinción a la totalidad de los Estados parte.¹⁵

3. LOS ANTECEDENTES DEL ARTÍCULO 28 DE LA CONVENCION AMERICANA

El artículo 29 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados expresamente prevé: “Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo”.

¹⁴ El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) adoptados en el ámbito de la ONU, expresamente establecen que los mismos son aplicables en toda la extensión territorial del Estado federal sin excepción o limitación de algún tipo. Así, el PIDESC en su art. 28 y el PIDCP en su art. 50 disponen de manera idéntica que: Las disposiciones del presente Pacto serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación y excepción alguna.

¹⁵ Carnota, Walter, *Federalismo y derechos humanos*, E.D. 127-911. Otros artículos que podrían tener estas características son el 4, inc. 2, que se dirige solamente a aquellos Estados que mantienen la pena de muerte —estableciendo los requisitos para su imposición—; el 5, inc. 5, que se refiere solamente a los Estados que permiten el procesamiento de menores de edad —requiriendo que sean separado de los adultos y llevados ante los tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento—; el 6, inc. 2, que se refiere a los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzosos, o el 6, inc. 3b, que indica que “en los países donde se admite exención por razones de conciencia [al servicio militar], el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquel”.

Por lo que resulta crucial determinar si el artículo 28 de la Convención Americana tiene la intención de limitar de alguna manera el alcance general de las obligaciones en materia de Estados con estructura federal. El artículo 32 de la Convención de Viena permite acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración cuando la interpretación literal, teleológica o contextual, deje el sentido oscuro o ambiguo o conduzca a un resultado irrazonable.¹⁶ Si bien, como se desarrollará en la siguiente sección, el artículo 28 en su interpretación literal, teleológica y contextual es suficientemente claro; detenerse brevemente en los trabajos preparatorios de la Convención Americana puede complementar la interpretación del tratado interamericano.

Una lectura detenida de los antecedentes parecería indicar que la preocupación principal de la delegación proponente del actual artículo 28 era no alterar el reparto interno de competencias entre el gobierno central y los gobiernos locales, antes que restringir el alcance territorial y jurisdiccional general de la Convención.

La historia legislativa del artículo 28 denota las tensiones que mencionamos al inicio de este trabajo, entre la necesidad de los Estados federales de cumplir cabalmente con todas las obligaciones de la Convención, a la par de no alterar las distribuciones internas de competencias entre la federación y las unidades componentes.

El proyecto original de Convención, preparado por la Comisión Interamericana, en su artículo 29 indicaba que: “Cada Esta-

¹⁶ El art. 32 dispone:

Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el art. 31:

a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o

b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

La Corte Interamericana ha utilizado los trabajos preparatorios para interpretar diversas disposiciones de la Convención. Véase por ejemplo, Corte IDH, “Otros Tratados”, objeto de la función consultiva.

do parte, cuando constituya una Federación, tomará las medidas necesarias, con arreglo a su Constitución y a sus leyes, para que se hagan efectivas las disposiciones de la presente Convención en todos los Estados, Provincias o Departamentos federados y otros territorios bajo su jurisdicción”.¹⁷

El gobierno de Estados Unidos sostuvo que el artículo era ambiguo y se prestaba a interpretaciones variadas; sin embargo, concordaba en la necesidad de que se incluyera un artículo que enfatizara la necesidad de la cooperación entre el gobierno central y los gobiernos federales, pero sin alterar la distribución de poderes al interior de las federaciones. Por ende, proponía una redacción que dejara en claro que “todos los gobiernos nacionales están sujetos a todas las disposiciones de la Convención respecto a la cual ejercen jurisdicción”.¹⁸ Ya durante las discusiones puntuales sobre este artículo, la delegación de Estados Unidos volvió a insistir en la necesidad de que no se adopte una disposición que cambie “totalmente la estructura de la actual forma de gobierno” haciendo legislar al gobierno federal sobre materias que no caían dentro de su esfera sino de los Estados de la Unión.¹⁹

A fin de satisfacer estas preocupaciones, la Conferencia Especializada decidió incluir el actual artículo 28, redactado sobre la base de una propuesta del gobierno de Estados Unidos.

La delegación del gobierno de Estados Unidos entendió que la redacción del artículo 28 era fundamentalmente diferente al artículo 50 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ya citado. La principal distinción radicaría en que el Pacto, a diferencia de la Convención, obliga al gobierno federal a ejercer poderes sobre materias que pueden estar reservadas a las unidades del Estado. En cambio, la Convención obligaría solamente a tomar las medidas necesarias para que las entidades de la federa-

¹⁷ *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, Actas y Documentos*, OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 24 (en adelante Conferencia Especializada). Véase asimismo, *United States Department of State, U.S. Position Paper for the Inter-American Human Rights Conference*, San José, 7 al 22 de noviembre de 1969, preparación de Walter J. Landry, sección 29.a.

¹⁸ *Conferencia Especializada*, p. 67.

¹⁹ *Ibidem*, p. 275.

ción cumplan con la Convención. Estas medidas podrían consistir, por ejemplo, en recomendaciones de acuerdo a la delegación estadounidense. Pero en todo caso, la forma en que se realizaría sería una decisión interna y no una obligación internacional.²⁰

Este brevísimo recuento de la historia legislativa del artículo 28 convencional tuvo por fin ilustrar cómo se llegó a la redacción presente de la cláusula federal. En modo alguno implica endosar el método histórico de interpretación que considera que el único sentido posible de una norma jurídica es aquel que surge de la intención de sus redactores. Por el contrario, y tal como hemos citado siguiendo a la Corte Interamericana, vemos a la Convención como a cualquier otra norma jurídica, como un instrumento que debe ser analizado de acuerdo con el contexto y realidad actual sobre la que se aplica.

En todo caso, la historia legislativa demuestra que la preocupación principal radicó en no federalizar todas las materias cubiertas por la Convención Americana. Pero ni siquiera en las posiciones sostenidas por Estados Unidos existía la intención de sostener que la Convención regiría solamente en los ámbitos sobre los cuales el gobierno central ejercía jurisdicción.

4. LAS OBLIGACIONES DE RESPETAR Y GARANTIZAR LOS DERECHOS Y DE ADECUAR EL DERECHO INTERNO EN LOS ESTADOS FEDERALES

A fin de analizar las obligaciones que emergen de la Convención Americana en los Estados federales, es indispensable leer conjunta e integralmente todo el texto convencional y no de manera aislada su cláusula federal. En particular, deben considerarse los artículos 1º y 2º convencionales. El artículo 1º, inciso 1, indica:

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades 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.

²⁰ Véase Buergenthal, *Inter-American System*, p. 37.

le, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Por su parte, el artículo 2º señala que:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1º 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.

Una lectura armónica e integral de estas disposiciones, permite sostener que la Convención Americana establece como deberes fundamentales a cargo de los Estados parte, es decir, los Estados con estructura federal, unitaria o cualquier otra, los de respeto y garantía del pleno ejercicio de los derechos humanos en ella reconocidos (art. 1.1). Adicionalmente, coloca a los Estados parte con organización federal en la obligación de adoptar las disposiciones de derecho interno pertinentes y necesarias para cumplir con tales deberes (arts. 2º y 28.2). Las dos obligaciones generales consagradas en la Convención Americana —la de respetar y garantizar los derechos protegidos (art. 1.1) y la de adecuar el derecho interno a la normativa internacional (art. 2º)— se hallan indisolublemente interrelacionadas y no condicionadas por el artículo 28. La cláusula federal precisa el alcance de las obligaciones generales, pero no las limita.

Una interpretación del artículo 28, aislada del resto de la Convención y de los principios generales del derecho, “conduciría a relevar al gobierno central de sus obligaciones bajo la Convención y podría dejar a las personas privadas de protección internacional”.²¹ Jamás, siguiendo las reglas de interpretación establecidas en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, y en especial el artículo 29, inciso a, de la Convención Americana, se podría concluir que el artículo 28 restringe los deberes del Estado federal. Como dice el artículo 29, inciso a: “Ninguna disposición de la presente Convención, puede

²¹ CIDH, *Informe núm. 8/91*, Caso 10.180, México, 22 de febrero de 1991, párr. 41.

ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados Partes... suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención”²²

4.1. El deber de respeto y garantía en los Estados federales

Del artículo 1º de la Convención se desprende que el Estado tiene dos obligaciones básicas: respetar y garantizar los derechos reconocidos *a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción*. En los términos del derecho internacional, es claro que en los Estados federales las personas están sujetas a su jurisdicción, independientemente de que se encuentren o residan en los ámbitos provinciales o federales. Por tanto, este deber de respeto y garantía se extiende a toda persona sujeta [a] la jurisdicción estatal. La Comisión ha interpretado que el concepto de cualquier persona sujeta a su jurisdicción, se refiere comúnmente a las personas que se hallan dentro del territorio de un Estado.²³ La Corte Europea, en el mismo sentido, ha sostenido que desde el punto de vista del derecho internacional público, la frase “dentro de su jurisdicción” del artículo 1º de la Convención Europea, debe entenderse que significa la jurisdicción estatal, es primariamente territorial y normalmente se presume que dicha jurisdicción se ejerce en todo el territorio del Estado.²⁴

²² *Idem*.

²³ CIDH, Informe núm. 109/99, Caso 10.951, *Coard y otros*, Estados Unidos, 29 de septiembre de 1999, párr. 37. El caso se refería al trato que los peticionarios recibieron durante los primeros días de la operación militar dirigida por las fuerzas armadas de Estados Unidos en Granada en octubre de 1983. Véase también resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 18 jun 2005, medidas provisionales, *Caso de las Penitenciarías de Mendoza*, considerando 11, donde sostuvo: “Que para garantizar efectivamente los derechos consagrados en la Convención Americana, el Estado parte tiene la obligación *erga omnes* de proteger a todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción”.

²⁴ Véase Corte Europea de Derechos Humanos, *Bankovic and Others vs. Belgium and 16 other Contracting States* (dec.) [GC], application núm. 52207/99, ECHR 2001-XII, párrs. 59-61. El caso se refería al bombardeo por parte de la OTAN de la sede de la Radio Televizije Srbije (Radio-Te-

Con dicho alcance, la referencia al concepto de jurisdicción en el artículo 28, incisos 1 y 2, se puede considerar un error de técnica legislativa y que pareciera más apropiado hablar de competencia. Pero además, el artículo 28, en ambos incisos hace mención a la jurisdicción legislativa y judicial dejando por fuera la ejecutiva o administrativa, que es de crucial y suma importancia, ya que la responsabilidad del Estado no se genera exclusivamente por la acción u omisión de sus poderes legislativos y judicial. Pero en todo caso, es claro que la Convención, de acuerdo con su artículo 1º, se extiende a todo el territorio de los Estados parte.

El sistema de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados a hacerlo.²⁵ La Convención no posibilita a los Estados a reconocer los derechos que consagra en función de su estructura federal, sino que los reconoce directamente y obliga a los Estados a respetarlos y garantizarlos conforme lo dispone el artículo 1º. En consecuencia, si por cualquier circunstancia, incluida la estructura federal del Estado, el derecho no pudiera ser ejercido por “toda persona” sujeta a la jurisdicción de un Estado, ello constituiría una violación de la Convención, susceptible de ser denunciada ante los órganos de protección previstos en ella.²⁶ El artículo 1º de la Convención no distingue entre personas sujetas a la jurisdicción de Estados federales y personas sujetas a la jurisdicción de Estados unitarios. Contiene una norma de carácter general que se extiende a todas las disposiciones del tratado.²⁷ Por tanto, el carácter de la obligación general de respeto y garantía sin discriminación se extiende también al artículo 28.

levisión Serbia, “RTS”) en Belgrado durante la campaña área de la OTAN contra la Antigua República de Yugoslavia durante el conflicto de Kosovo.

²⁵ Véase Convención Americana, Preámbulo, y *mutatis mutandi*, Corte IDH. *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención*, Opinión Consultiva OC2-82, 24 sep 1982, párr. 33.

²⁶ Véase *mutatis mutandi*, Corte IDH. *Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta*, Opinión consultiva OC-7/86, 29 ago 1986, párr. 24.

²⁷ CIDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica re-lacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84, 19 de enero de 1984. Serie A, núm. 4, párr. 53.

En un caso de ejecución extrajudicial, la Comisión aplicó el deber de respeto a las autoridades estatales junto con la omisión de las autoridades federales de adoptar las medidas pertinentes, señalando:

Las autoridades del Estado de Pará no cumplieron con su obligación de hacer respetar el derecho a la vida en este caso, ni las autoridades federales con su obligación de tomar las medidas pertinentes de conformidad con su Constitución y leyes, para que a su vez las autoridades competentes estatales puedan adoptar las disposiciones correspondientes para ese cumplimiento (art. 28, cláusula Federal).²⁸

El artículo 1º de la Convención obliga a los Estados parte no solamente a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, sino a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción. La Corte ha dicho que esta disposición: “Contiene un deber positivo para los Estados. Debe precisarse, también, que garantizar implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce”.²⁹

La estructura federal del Estado puede constituirse en uno de dichos obstáculos para el efectivo goce de los derechos, y por ende, el gobierno central deberá efectuar y adoptar todas las medidas necesarias para evitar que la estructura federal impida o dificulte dicho goce. Ello no implica eliminar el federalismo, sino lograr que el gobierno central y los gobiernos locales se encuentren en condiciones de asegurar el efectivo disfrute de los derechos.

Para ello se requiere la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación.³⁰ El Estado federal debe crear la estructura legislativa que le permita, por sí

²⁸ CIDH, Informe núm. 59/99, Caso 11.405 *Newton Coutinho Mendes y otros*, Brasil, 13 de abril de 1999, párr. 107.

²⁹ CIDH, *Excepciones al agotamiento de los Recursos Internos*, Opinión Consultiva OC 11/90, 10 de agosto de 1990, párr. 34.

³⁰ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4. párr. 167.

o a través de las unidades federales, cumplir con su obligación de garantizar los derechos. Además, este deber comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía de libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.³¹ De ahí que en adición al marco normativo, el Estado federal debe realizar todas las conductas necesarias para que las normas convencionales produzcan un efecto útil, es decir, que tengan existencia concreta en la realidad de las provincias.

La obligación de garantía de los derechos reconocidos en la Convención implica el deber de los Estados parte de organizar 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.³² Es claro que dentro de las estructuras del poder público se encuentran aquellas a nivel provincial o estadual. Por eso, la Comisión ha instado a un gobierno federal a que adopte de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su Constitución y a sus leyes, para que todo el aparato del Estado, incluyendo las autoridades de los estados federados, adopten las medidas del caso para cumplir con la Convención.³³

El deber de garantía contiene diversas obligaciones puntuales, siendo la primera de ellas la de la prevención,³⁴ que:

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.³⁵

³¹ *Idem.*

³² *Ibidem*, párr. 166.

³³ CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil*, 1997, capítulo 5, p. 89.

³⁴ Véase Laplante, Lisa, "Bringing effective remedies home: the Inter-American human rights system, reparations, and the duty of prevention", en *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 22, núm. 3, 2004, pp. 347 y ss.

³⁵ CIDH, *supra*, nota 29, párr. 174.

La Corte evitó hacer una enumeración detallada de esas medidas, ya que las mismas varían según el derecho de que se trate y las condiciones propias de cada Estado parte.³⁶ Indudablemente, la estructura federal del Estado parte obligará a adoptar el tipo de medidas en función precisamente de esta estructura y de la distribución de competencias entre la federación y sus unidades componentes. Pero no relevará al Estado de adoptar, por sí o a través de sus unidades territoriales, las medidas necesarias para asegurar que los derechos reconocidos en la Convención sean efectivamente respetados o para prevenir sus violaciones.

El deber de garantía también exige que el Estado directamente, o por medio de las autoridades locales competentes, investigue toda violación a los derechos humanos. Las víctimas o sus familiares tienen el derecho y los Estados tienen la obligación de que todo hecho violatorio de los derechos humanos sea efectivamente investigado por las autoridades del Estado; se siga un proceso contra los presuntos responsables de estos ilícitos y, en su caso, se les impongan las sanciones pertinentes.³⁷

Esta obligación en muchas circunstancias puede resultar de difícil cumplimiento, especialmente cuando violaciones cometidas por agentes provinciales deben ser investigadas y juzgadas por los órganos de procuración y administración de justicia provinciales. La frecuente falta de voluntad o capacidad para llevar a cabo dichas investigaciones y juzgamientos a nivel local, estatal o provincial ha concitado mucha atención en Estados con estructura federal. En varios países, precisamente para dotar al gobierno federal con mayores herramientas, se ha dado una tendencia de federalizar la persecución de los delitos vinculados a la violación de derechos humanos.³⁸

³⁶ *Idem.*

³⁷ Corte IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C, núm. 120, párr. 64.

³⁸ Así, en Brasil una reciente reforma constitucional establece que:
Artículo 109: Corresponde a los jueces federales: V-A- las causas relativas a derechos humanos a que se refiere el § 5 de este artículo;
§ 5 En las hipótesis de graves violaciones a los derechos humanos, el Procurador General de la República, con la finalidad de asegurar el cumplimiento

Del deber de garantía también se desprende la obligación de reparar el daño que haya sido causado por una eventual violación a alguno de los derechos reconocidos.³⁹ El Estado no puede invocar disposiciones de derecho interno para modificar o incumplir la obligación de reparar, ya que está sujeto en todos los aspectos —alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios— al derecho internacional.⁴⁰ De modo que en un Estado federal existe una obligación convencional de que la víctima de una violación ocurrida en una provincia reciba una reparación integral por parte del gobierno federal o el gobierno local. Esta obligación es independiente de lo que disponga su derecho federal, en particular todo lo relativo a la indemnización. En varios casos ante el Sistema Interamericano, los gobiernos estatales han asumido el pago de las indemnizaciones por violaciones a los derechos humanos.⁴¹

de las obligaciones emergentes de tratados internacionales de derechos humanos de los que Brasil sea parte, podrá suscitar, ante el Superior Tribunal de Justicia, en cualquier fase de la investigación o del proceso, incidente de transferencia de competencia para la justicia federal.

Emenda Constitucional No 45/2004, publicada núm. DOU de 31/2004 (traducción propia). Véase Piovesan, Flavia, *Reforma do Judiciario e Direitos Humanos*, mimeo, s. f., pp. 18 y ss.

En el mismo sentido, en México existen diversas iniciativas de reforma constitucional con el objetivo de otorgar competencia a la justicia federal en materia de violaciones a los derechos humanos. Por ejemplo, la propuesta del presidente Vicente Fox ha propuesto adicionar a la Constitución lo siguiente:

Asimismo, las autoridades federales podrán conocer de los delitos del fuero común relacionados con violaciones a los derechos, cuando estas trasciendan el ámbito de los estados o del Distrito Federal, en los términos que establezca la ley.

“Iniciativa de Decreto que Reforma Diversos Artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Derechos Humanos”, *Gaceta Parlamentaria*, 5 may 2004.

³⁹ Véase, Shelton, Dinah, *Remedies in International Human Rights*, Oxford University Press, 2000.

⁴⁰ Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C, núm. 116, párr. 53.

⁴¹ Véase decreto del Poder Ejecutivo de la Provincia de Mendoza, núm. 1.105, 17 jul 1999, autorizando el pago de la indemnización en el caso *Garrido-Baigorria* ante la Corte, CIDH, *Caso Garrido y Baigorria*, resolución de 27

En síntesis, los deberes de respeto y garantía que surgen del artículo 1º son las determinantes al momento de precisar el alcance de las obligaciones de un Estado federal, y el artículo 28 de la Convención viene a complementar estas obligaciones genéricas. Así, la CIDH indicó que:

El artículo 1º (1) de la Convención establece claramente la obligación del Estado de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención, así como de garantizar su libre y pleno ejercicio, de modo que toda violación de los derechos reconocidos por la Convención que pueda ser atribuida, de acuerdo con las normas de derecho internacional, a acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un acto de responsabilidad del Estado. De acuerdo con el artículo 28 de la Convención, cuando se trata de un Estado federativo... el Gobierno nacional responde en la esfera internacional por los actos practicados por las entidades que componen la federación.⁴²

4.2. La obligación de adoptar medidas de derecho interno

El artículo 2º de la Convención complementa y precisa lo dispuesto en el artículo 1o, y requiere que se adopte la legislación necesaria para dar efectividad a las normas convencionales de protección, supliendo eventuales lagunas o insuficiencias del derecho interno, incluidas las originadas en la estructura federal, a fin de armonizarlas con las normas convencionales.

El deber general del artículo 2º de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prác-

de noviembre de 2002; véase CIDH, Informe núm. 31/97, caso *Paulo Christian Guardatti* y decreto núm. 42.793, 8 ene 1998, del estado de São Paulo, autorizando el pago para las víctimas del caso del 42º distrito policial (Parque Sao Lucas). En poder del autor.

⁴² CIDH; Informe núm. 34/00, Caso 11.291, *Carandirú*, Brasil, 13 de abril de 2000, párr. 36.

ticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.⁴³ Ambas vertientes exigen, por ende, acciones positivas por parte del gobierno federal para asegurar la vigencia efectiva de los derechos y libertades fundamentales en el ámbito de las unidades de la federación.⁴⁴

La mención que realiza el artículo 2º a procedimientos constitucionales implica exclusivamente que los Estados pueden elegir la manera en que se realizará la adecuación del derecho y práctica de las unidades de la federación a las obligaciones de la Convención. Pero en modo alguno significa que el Estado puede sustraerse de dichas obligaciones invocando su derecho constitucional. Además, el cumplimiento de la obligación de garantizar los derechos protegidos depende no solamente de las disposiciones constitucionales o legislativas existentes —que frecuentemente no son suficientes—, sino que puede requerir, además, otras providencias por parte de los Estados parte. Por ello, cuando uno analiza la conducta del Estado federal no puede limitarse tan solo a la disposiciones constitucionales o legales que *prima facie* establezcan la distribución de competencias entre las jurisdicciones y que incluso, muchas veces, limitan al gobierno central para actuar. Deben analizarse obviamente las conductas específicas asumidas, los pasos adoptados para dar pleno efecto a los derechos y garantías, las acciones tendentes a remover los obstáculos, a facilitar que las autoridades locales y federales cumplan con las obligaciones convencionales y a evitar que sean violados los derechos reconocidos.

En este sentido, el artículo 28, inciso 2, no es sino la precisión de la obligación general de adoptar medidas con arreglo a las dis-

⁴³ Corte IDH; *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C, núm. 52, párr. 207.

⁴⁴ Corte IDH. *Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, núm. 73, párr. 87. Véase también *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C, núm. 55, párr. 36, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C, núm. 54, párr. 37 y *Caso Hilaire vs. Trinidad y Tobago*. Excepciones preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C, núm. 80, párr. 83.

posiciones de la Convención. En el caso de los Estados federales, el inciso 2 del artículo 28 exige que la adopción de esas medidas sea realizada de inmediato. El artículo 28 contiene una obligación dirigida a hacer más determinante y cierto el respeto de los derechos convencionales al interior de las federaciones. La obligación que resulta de los artículos 2º y 28.2, en cuanto requieren que se adopten las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos de la Convención en las entidades componentes de la federación, complementa, pero de ninguna manera sustituye o suple a la obligación general y no condicionada que resulta del artículo 1º de la Convención de respetar y garantizar los derechos.⁴⁵ El propio artículo 2º indica que el Estado debe adoptar medidas con arreglo a las disposiciones de la Convención, que para el caso de los Estados federales están específicamente contempladas en el artículo 28.

La Comisión ha aceptado esta interpretación sosteniendo que:

Estas obligaciones contenidas en los dos primeros artículos de la Convención Americana son las que imponen al Gobierno... la exigencia de “tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su Constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes (de las entidades componentes de la Federación) puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención”, en los términos del artículo 28.2.⁴⁶

En este sentido, la Corte en diferentes oportunidades ha ordenado la adopción de las medidas legislativas, administrativas o de cualquier otra índole que fueran necesarias para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención.⁴⁷

⁴⁵ Carnota, Walter, *Federalismo y derechos humanos*, E. D. 127-911 (el artículo 28 tiene por objeto tomar operativo a nivel local, el principio consagrado en el artículo 2º de la Convención, por lo que tiene un carácter instrumental que adapta el texto convencional a la hipótesis de un Estado federal).

⁴⁶ CIDH, Informe núm. 8/91, Caso 10.180, México, 22 de febrero de 1991, párr. 40.

⁴⁷ Véase entre otros, Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, núm. 79, párrs. 137, 138 y 151 (ordenando la

4.3. El artículo 28 y el deslinde interno de competencias

Dada la perspectiva que venimos desarrollando, no compartimos la preocupación de algunos comentaristas en el sentido de que la cláusula federal puede implicar una posibilidad de retacear la aplicación de la Convención y hacerla más dificultosa, dependiendo de la organización constitucional de los Estados parte,⁴⁸ lo que podría significar prácticamente la imposibilidad de aplicar la mayor parte de la Convención en las unidades de la federación,⁴⁹ incluso restringir notablemente las obligaciones asumidas por los Estados federales en el marco de la Convención⁵⁰ o crear una desigualdad entre los Estados parte de la Convención.⁵¹ Por el contrario, la interpretación de esta cláusula a la luz de la Convención Americana en su integridad y de los principios sobre los que se asienta, conduce inexorablemente a soslayar toda posibilidad de encontrar en la cláusula federal un eximente de responsabilidad internacional.

La cláusula federal podrá servir para deslindar responsabilidades al interior del Estado federal, pero en modo alguno, crear un vacío de responsabilidad internacional.⁵² Este deslinde interno de responsabilidades no siempre resulta sencillo. La práctica y jurisprudencia constitucional de países federales está plagada de ejemplos de las complejidades relativas a la exacta distribu-

adopción de las medidas necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de la comunidad indígena en cuestión).

⁴⁸ Medina, Cecilia, *The Battle of Human Rights, Gross, Systematic Violations and The Inter-American System*, en Martinus Nijhoff Publishers, p. 100.

⁴⁹ Gross Espiell, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis Comparativo*, Editorial Jurídica de Chile, pp. 202 y 204.

⁵⁰ Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, Aspectos institucionales y procesales*, 3ª ed., 2004, p. 60.

⁵¹ Barberis, Julio A., "Consideraciones sobre la Convención Americana sobre Derechos Humanos como Tratado Internacional", en *Liber Amicorum en Homenaje al juez Héctor Fix-Zamudio*, p. 249.

⁵² Pinto, Mónica, *Temas de Derechos Humanos*, Editores del Puerto, p. 74.

ción de competencias entre autoridades federales y locales.⁵³ Además, puede exigir que la Comisión y la Corte deban analizar el derecho interno de los Estados para determinar si en el caso concreto, se trata de “materias sobre las que [el Estado federal] ejerce jurisdicción legislativa y judicial” (art. 28.1) o “materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación” (art. 28.2). Ello debido a que el inciso 1 del artículo 28 remite al derecho interno de las federaciones para atribuir, según el reparto de competencia federal y local, el deber del gobierno federal de cumplir con el tratado dentro de las obligaciones que le son propias.⁵⁴ Mientras que el acápite 2 del artículo 28 complementa al inciso anterior para adjudicar al gobierno federal una obligación de actuar según su Constitución y sus leyes para impeler a los gobiernos locales a adoptar las medidas que les permitan cumplir con la Convención.⁵⁵ Si el Estado no lo hace, viola la Convención al omitir dictar las normas a que está obligado por el artículo 2º.⁵⁶

En uno y otro caso, las obligaciones del gobierno federal pueden ser diferentes, pero en modo alguno eliminan sus obligaciones establecidas en los artículos 1º y 2º de la Convención, en relación con el artículo 28 de la misma. Para decidir con precisión, los órganos del sistema deberían analizar si el gobierno federal, además de sus obligaciones de respeto y garantía, estaba obligado por sí mismo a cumplir con “todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial” (art. 28.1), o si por el contrario, debía tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su Constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades

⁵³ Véase Buergenthal, *Inter-American System*, pp. 447 y 448. Puede verse Colautti, donde analiza cómo muchas cláusulas de la Convención en Argentina son de competencia concurrente en las provincias y el Estado nacional, Colautti, Carlos, *El Pacto de San José de Costa Rica*, pp. 144 y 145.

⁵⁴ Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. III, p. 279.

⁵⁵ *Idem*.

⁵⁶ Véase *mutatis mutandi*, CIDH, *Opinión Consultiva OC 13/93, Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, de 16 de julio de 1993, párr. 26.

competentes de las entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención (art. 28.2). Pero lo determinante, de todas maneras, será precisar si el o los derechos en cuestión fueron respetados y garantizados tal como lo exige el artículo 1º de la Convención y si el Estado adoptó las disposiciones de derecho interno —sea este federal o estadual— para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la Convención.

En este sentido, algunos han sostenido que la cláusula federal es insustancial porque el problema se resolvería no desde el derecho internacional, sino desde el derecho constitucional, que es el que en definitiva deslinda las competencias territoriales.⁵⁷ Efectivamente, no es tarea del derecho internacional ocuparse de la organización del Estado y cómo se asignan competencias federales y estatales. La cuestión de la distribución de competencias es de la mayor relevancia en el ámbito del derecho constitucional, pero en el del derecho internacional no pasan de ser hechos, que no tienen incidencia en la configuración de la responsabilidad internacional del Estado.

Con base en lo dispuesto en el artículo 28, la Comisión en un caso señaló que esperaba que el Estado federal adoptase de inmediato todas las medidas pertinentes a efecto de que las recomendaciones contenidas en un informe sobre un caso individual sean cumplidas por la autoridad competente.⁵⁸ Es decir, la CIDH, consciente de la estructura federal del Estado en cuestión, no pretende que el gobierno central por sí mismo cumpla las recomendaciones emitidas, para lo cual carecería de competencia. Lo que la Comisión requiere es que el gobierno central logre, a través de los medios apropiados, que las autoridades locales cumplan con las recomendaciones efectuadas, pero si no lo logra, la responsabilidad internacional continúa en cabeza del Estado federal.⁵⁹

⁵⁷ Dalla Vía, Alberto, *Estudios sobre Constitución y economía*, México, UNAM, 2003, p. 89.

⁵⁸ CIDH, Informe núm. 2/99, caso 11.509, Manuel Manríquez, México, 3 de febrero de 1999, párr. 121.

⁵⁹ En un caso aislado, la Corte Interamericana interpretó erróneamente que el artículo 28 de la Convención prevé la hipótesis de que un Estado federal,

4.4. Las entidades de la federación frente a la Convención Americana

Las provincias carecen de personalidad jurídica internacional y, por tanto, no son técnicamente parte del tratado.⁶⁰ No por ello pueden desatenderse internamente del tratado celebrado por el Estado federal que las comprende.⁶¹ Por ello, aun cuando el gobierno central no adopte las medidas necesarias para que sus unidades componentes puedan dar efectividad al tratado, las entidades federales no por ello están eximidas de cumplir con la Con-

en el cual la competencia en materia de derechos humanos corresponde a los Estados miembros, quiera ser parte en ella. Es decir, a un supuesto previo a la ratificación y no como tema de implementación interna del tratado o de generación de responsabilidad. Esta interpretación del Tribunal, no se compadece que los precedentes interamericanos que hemos reseñado, tampoco con el claro texto del artículo 28 que habla de Estado parte en su inciso 1, lo que significa que ese está en el supuesto de un Estado que ya ha ratificado. Además, el mismo inciso 1 menciona que el gobierno federal cumplirá todas las obligaciones sobre las que tenga competencia, es decir una obligación de futuro y no previa a la ratificación. Por último, el artículo 28 se ubica en el capítulo IV de la Convención, relativo a la suspensión de garantías, interpretación y aplicación del tratado, es decir claramente el supuesto de la Convención ya vigente luego de su ratificación y cuándo debe ser implementada por el Estado parte. El Capítulo X regula lo relativo a firma, ratificación, reserva, enmienda, protocolo y denuncia de la Convención. Específicamente, el artículo 74 en sus dos incisos se refiere a las firmas y ratificaciones y el artículo 75 a reservas. La interpretación de la Corte sería en su caso una reserva a la aplicación de la Convención en un Estado federal o en todo caso una interpretación declarativa acerca de cómo el Estado distribuiría internamente las competencias para cumplir con el tratado. De hecho, la propia Corte, de manera contradictoria con su mención previa, agrega en el mismo párrafo que dado que desde el momento de la aprobación y de la ratificación de la Convención Argentina se comportó como si dicha competencia en materia de derechos humanos correspondiera al Estado federal, no puede ahora alegar lo contrario, pues ello implicaría violar la regla del *estoppel*. En otras palabras, la Corte analiza la actuación del Estado argentino con relación al artículo 28 en las etapas tanto anterior como posterior a la ratificación. Corte IDH, caso *Garrido y Baigorria*. Reparaciones (artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia del 27 de agosto de 1998. Serie C, núm. 39, párr. 46.

⁶⁰ Barberis, Julio A., *op. cit.*, nota 51, p. 249.

⁶¹ Bidart Campos, Germán, *op. cit.*, nota 54, p. 279.

vinción.⁶² Tampoco las entidades federadas quedan desligadas de toda obligación de cumplir con la Convención bajo el argumento que el gobierno central es el responsable internacional.⁶³

Al estar obligadas las provincias a dar cumplimiento a las normas contenidas en la Convención Americana y en otros tratados de derechos humanos, se ha sostenido que la no observancia de los mismos por parte del gobierno provincial, podría justificar la intervención federal a la provincia.⁶⁴ La exigencia de la cláusula federal de los tratados de derechos humanos de que las provincias cumplan con los tratados, aunado a los principios de supremacía constitucional y de los tratados internacionales, constituirían asidero suficiente para que el Estado federal pueda intervenir en el territorio de una provincia en el caso de incumplimiento grave y sistemático de las normas internacionales.⁶⁵

La Comisión Interamericana, sosteniendo el artículo 28.2 de la Convención, “reconociendo y respetando cada sistema federal en particular, requiere que el gobierno central adopte las medidas que permitirán a las autoridades de las entidades componentes de la federación lograr el cumplimiento de la Convención”.⁶⁶ En sentido concordante, el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha indicado que el sistema de gobierno federal entraña la responsabilidad de las provincias en la observancia de muchos de los derechos previstos en el tratado, que puede requerir la adopción de disposiciones normativas y medidas tomadas en el plano provincial para asegurar la observancia de los derechos enuncia-

⁶² *Ibidem*, p. 280.

⁶³ *Idem*.

⁶⁴ La Constitución argentina en el artículo 6° dispone: El gobierno federal interviene en el territorio de las provincias para garantizar la forma republicana de gobierno, o repeler invasiones exteriores, y a requisición de sus autoridades constituidas para sostenerlas o restablecerlas, si hubiesen sido depuestas por la sedición, o por invasión de otra provincia.

⁶⁵ Interesantemente, la Constitución de Brasil prevé expresamente este supuesto. En efecto, su artículo 34 expresamente señala:

a) União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, excepto para:
b) direitos da pessoa humana.

⁶⁶ CIDH, Informe núm. 8/91, Caso 10.180, México, 22 de febrero de 1991, párr. 41.

dos.⁶⁷ Por eso, con el artículo 28 deben extenderse las obligaciones que resultan de la Convención Americana a cada unidad componente de la federación.⁶⁸

La Comisión ha venido insistiendo últimamente en este aspecto. Así, ha indicado que de conformidad con los términos del artículo 28, tanto el gobierno federal como el provincial deben adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en la Convención Americana.⁶⁹

De modo que en un Estado federal, las normas y prácticas, sean nacionales o provinciales, están sujetas al menos a un doble control. Por un lado al control federal, es decir, que no trasciendan el límite constitucional de reparto de competencias entre la federación y sus entidades componentes; por el otro, a un control sustantivo para asegurar que son compatibles con las normas internacionales de derechos humanos.⁷⁰

Además, al estar las provincias jurídicamente vinculadas a las normas internacionales de derechos humanos, crea en los Estados federales un doble sistema de protección judicial de los derechos.⁷¹

Además, al estar las provincias jurídicamente vinculadas a las normas internacionales de derechos humanos, crea en los Estados federales un doble sistema de protección judicial de los derechos.⁷² En efecto, al ser vinculantes los tratados de derechos hu-

⁶⁷ Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales*, Argentina, 3 de noviembre de 2000, CCPR/CO/70/ARG.

⁶⁸ Colautti, *El Pacto de San José de Costa Rica*, p. 141.

⁶⁹ Informe núm. 102/05, Sergio Schiavini y María Teresa Schnacj de Schiavini, Caso 12.080, Argentina, párr. 26.

⁷⁰ Informe núm. 101/05, Alejandro Ortiz Ramírez, Petición 388/01, México, párr. 12.

⁷¹ Véase Sharpe, Robert J., *The Impact of a Bill of Rights on the Role of the Judiciary: A Canadian Perspective*, en Philip Alston Editor, *Promoting Human Rights through Bills of Rights: Comparative Perspectives*, 1999, pp. 438-439 (donde explica las diferentes implicaciones en Canadá de un control sobre los actos de las provincias desde la perspectiva del federalismo y del Canadian Charter of Rights and Freedoms).

⁷² Woehrling, José, *Convergences et divergences entre fédéralisme et protection des droits et libertés: l'exemple des Etats-Unis et du Canada*, 46 R.D.McGill 21, 2000, pp. 39 y ss.

manos tanto para el Estado nacional como para los provinciales, tanto los tribunales federales como los locales tienen la posibilidad de aplicar y garantizar judicialmente los derechos reconocidos en las normas internacionales.⁷³

4.5. El principio de no discriminación y el Estado federal

Un punto que podría reforzar el argumento de que la Convención debe tener vigencia en todo el territorio del Estado federal y aplicarse a todas las personas bajo su jurisdicción es el principio de no discriminación. El argumento sería que si la Convención no se aplica de manera igualitaria a todas las personas bajo la jurisdicción del Estado, podría generarse una situación de discriminación. Ello porque algunas personas bajo la jurisdicción del Estado gozarían de ciertos derechos, mientras que otras situadas en otras unidades de la federación no lo harían.

Diversos organismos de la ONU han señalado críticamente las disparidades existentes al interior de los países con estructura federal con relación a la vigencia de los diferentes derechos reconocidos, han tomado nota de las diferencias existentes en la legislación relativa a la educación en el sistema federal en el Estado en cuestión;⁷⁴ han expresado preocupación porque muchas de las garantías del debido proceso no figuren en los códigos de procedimiento penal de algunos cantones, y que aún no se haya apro-

⁷³ Véase por ejemplo Corte de Justicia de la Provincia de San Juan, expediente núm. 1429/96 “c/Illanes, Luis Roberto y otro p/Estafa —Recurso de Queja— Inconstitucionalidad y Casación” del 22 de mayo de 1998 (declarando inconstitucional el inc. 2 del art. 438 del Código Procesal Penal —Ley núm. 6.140— en cuanto fija un límite objetivo para la procedencia del recurso de casación por ser contrario al art. 8.2.h. de la Convención Americana); Tribunal Superior de Justicia, Sentencia Número: Ciento cincuenta y siete, “Suárez Ricardo M. contra Superior Gobierno de Provincia de Córdoba sobre ejecución de sentencia, apelación recurso de inconstitucionalidad” del 12 de octubre de 2004 (declarando la inaplicabilidad de la ley provincial 8836 y ordenado el pago de una indemnización en base entre otros considerando del artículo 4o. de la Convención Americana).

⁷⁴ Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Conclusiones y recomendaciones, Australia, U.N., Doc. E/C.12/1993/9, 1993, párr. 6.

bado un código de procedimiento penal unificado.⁷⁵ El Comité de los Derechos del Niño ha insistido en la importancia de que existan salvaguardias para que la descentralización o la transferencia de competencias no conduzcan a una discriminación en el goce de los derechos de los niños en las diferentes regiones.⁷⁶

Específicamente en el caso de Argentina, se comentó que el sistema federal de gobierno confiere a las provincias autoridad en sectores críticos como la administración de justicia, con el resultado de que el tratado no se aplica de manera uniforme en las diferentes regiones del territorio del Estado.⁷⁷

Sin embargo, la mayoría de los precedentes internacionales no han encontrado que la diversidad de legislaciones o prácticas al interior de un Estado federal implique *per se* una discriminación. Particularmente, en diferentes casos se utilizó este argumento ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que a la fecha no lo ha aceptado. Así, ha sostenido que: “Al ser el Estado parte una unión federal, son posibles diferencias entre las partes que constituyen la federación, lo que no constituye por sí mismo una violación al principio de igualdad y no discriminación”.⁷⁸

⁷⁵ Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales, Suiza, U.N. Doc. CCPR/CO/73/CH (2001), párr. 12.

⁷⁶ Comité de Derechos del Niño, 34 periodo de sesiones 2003, Observación general núm. 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 4º, y 42 y párr. 6 del art. 44), párr. 41.

⁷⁷ Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales, Argentina, 3 de noviembre de 2000. CCPR/CO/70/ARG, párr. 8.

⁷⁸ *Sergei Anatolievich Cheban et al., The Russian Federation*, Communication, núm. 790/1997, U. N. Doc. CCPR/C/72/D/790/1997, 2001, párr. 7.4, véase asimismo, el caso *Hesse* donde se alegó discriminación con base en los diferentes plazos de prescripción en distintas provincias australianas. El Comité declaró inadmisibles las peticiones por falta de fundamentación en este punto. *Peter Hesse vs. Australia*, Comunicación núm. 108/2002, U. N. Doc. CCPR/C/75/D/1087/2002, 2002, párr. 4. 2. En el caso *Lindgren contra Suecia*, donde se alegó discriminación ya que distintos municipios tenían regímenes diferentes en cuanto a subsidios a escuelas privadas, el Comité tampoco encontró violación. *Lindgren y otros vs. Sweden*, Comunicación núm. 298/1988, U. N. Doc. CCPR/C/40/D/298/1988 (1990), párr. 10. 4. En el caso *Arieh Hollis Walman*, los denunciantes alegaron la diferencia de trato entre los residentes en diferentes provincias de Canadá con re-

Solamente la Comisión, en un antiguo caso y en el que se discutía la aplicación de la Declaración Americana y no de la Convención, entendió que:

La diversidad en la práctica de los Estados de la Unión —reflejada en el hecho de que algunos de estos hayan abolido la pena de muerte mientras que otros permiten que ella sea aplicada a niños menores de 10 años de edad— tiene como resultado que se apliquen sentencias totalmente distintas por la comisión de un mismo crimen. La privación de la vida por parte del Estado no debería estar sujeta a un factor tan fortuito como el lugar donde el delito fue cometido. Bajo el actual sistema penal de los Estados Unidos, un joven de 16 años que cometiere un delito capital en el estado de Virginia podría ser privado de la vida, mientras que si el mismo joven perpetra la misma ofensa del otro lado del Memorial Bridge, en Washington, D. C., donde la pena de muerte ha sido abolida tanto para adultos como para menores de edad, su sentencia no sería la muerte.

63. El hecho que el Gobierno de los Estados Unidos deje a discreción de cada Estado de la Unión la aplicación de la pena de muerte al menor de edad, ha producido un mosaico de leyes que sujetan la severidad del castigo no a la naturaleza del crimen, sino al lugar donde este se cometió. El ceder a las legislaturas estatales la decisión de si un menor de edad puede ser o no ejecutado, no es equivalente a dejar a discreción de cada Estado de la Unión la determinación de la mayoría de edad para adquirir bebidas alcohólicas o para contraer matrimonio. La falla del gobierno federal consiste en no haberse adueñado de la legislación del más fundamental de todos los derechos, el derecho a la vida. De ahí que los Estados Unidos tengan un muestrario de legislación arbitraria, que trae como consecuencia la aplicación arbitraria de la privación de los derechos a

lación a la educación religiosa, sin que el Comité de Derechos Humanos se pronunciara al respecto. Véase *Arieh Hollis Waldman vs. Canada*, Comunicación núm. 694/1996, U. N. Doc. CCPR/C/67/D/694/1996, 1999, párr. 3.1; véase en el mismo sentido, Corte Europea de Derechos Humanos, *caso Dudgeon vs. The United Kingdom*, 22 de octubre de 1981, Opinión disidente del juez Matccher indicando:

La diversidad de leyes domésticas que es la característica de un Estado federal, nunca puede constituir discriminación y no hay necesidad de justificar la diversidad en este aspecto. Un reclamo en contrario sería irrespetar totalmente la esencia misma del federalismo (traducción del autor).

la vida y a la igualdad ante la ley, lo cual es contrario a los artículos I y II de la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, respectivamente.⁷⁹

Como indicamos al principio de este trabajo, una definición tan categórica es problemática, pues en muchos países federales las disposiciones en materia penal son eminentemente una facultad de los gobiernos locales y no del gobierno central.⁸⁰ Precisamente es una característica propia de la esencia del federalismo la existencia de diversidad de respuestas dependiendo del lugar donde una situación ocurra, así como de un mosaico de legislaciones diferenciadas. Además, la CIDH pareciera que hace una evaluación de qué materias son propias de la regulación estadual —la determinación de la mayoría de edad para adquirir bebidas alcohólicas o para contraer matrimonio— y cuáles propias de regulación federal —decisión de si la pena de muerte puede ser impuesta a un menor de edad— y cualquiera que sea la respuesta a este último supuesto.⁸¹

5. REFLEXIONES FINALES

La libertad y soberanía de los Estados para adoptar la forma federal, unitaria o aquella que estimen pertinente, no puede retardar injustificadamente la implementación de la Convención Americana o justificar su violación de cualquier otra forma amparándose en su forma federal de gobierno. El artículo 28 de la Convención Americana refleja los principios generales del derecho internacional, aplicados específicamente a los Estados federales en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos.

⁷⁹ CIDH, *caso núm. 9647, Estados Unidos*, Resolución núm. 3/87, 22 septiembre de 1987, párrs. 62 y 63.

⁸⁰ Véase texto y notas 19 y 20.

⁸¹ En efecto, la Comisión había decidido previamente que en dicho momento, 1987, no había una norma de derecho internacional que fijara cuál era el límite de edad para imponer la pena de muerte. Véase informe núm. 3/87, párr. 60, la Comisión cambiaría acertadamente esa jurisprudencia en el informe núm. 101/03, Caso 12.412, Fondo, *Napoleón Beazley*, Estados Unidos, 29 de diciembre de 2003.

El citado artículo tiene por objeto clarificar, precisar y hacer más determinante, inmediata y directa la exigencia del cumplimiento de la obligación de respetar y garantizar los derechos y libertades en el marco de los Estados federales. El artículo 28 no altera o disminuye el alcance de los artículos 1º y 2º de la Convención, sino que los complementa. Una interpretación distinta carecería de sentido al privar de efecto útil a la Convención en las unidades componentes de los Estados federales.

Tanto el gobierno nacional como los gobiernos locales se encuentran en la obligación de asegurar la plena vigencia de los derechos contenidos en la Convención y en los tratados internacionales en general. En este sentido, creemos que el argumento de la estructura federal para justificar el incumplimiento de las obligaciones internacionales, o en su caso para pretender desentenderse de las mismas, no es otra cosa que una defensa política que en definitiva demuestra que el gobierno nacional no desea utilizar todas las facultades jurídicas que se tienen para lograr que las unidades de la federación den estricto cumplimiento a las normas de derechos humanos.⁸²

Resulta imperativo que en cualquier Estado federal se desarrolle un mecanismo efectivo para asegurar que tanto el gobierno federal como los gobiernos provinciales se hallen en condiciones de garantizar la vigencia de los derechos reconocidos internacionalmente. Para ello, debe pasarse del sistema actual en el que por lo general el gobierno federal es en muchos aspectos simplemente reactivo ante denuncias internacionales. Debería crearse un mecanismo donde se incorpore de una manera constructiva a las provincias para permitir la interacción entre una y otra esfera de gobierno. El objetivo debería ser facilitar y hacer posible la internalización de las obligaciones internacionales por parte de las provincias. La Comisión ha destacado la importancia del trabajo conjunto y complementario de las autoridades federales y locales —cada una de ellas en su respectivo ámbito de compe-

⁸² Véase en el mismo sentido para el caso de Australia, Joseph, Sarha, *Federalism and Human Rights, en International Legal Challenges for the Twenty-first Century*, Proceedings of a Joint Meeting of de Australian & New Zealand Society of Internacional Law and the American Society of Internacional Law, 26-29 de junio, 2000, p. 331.

tencia— para la consecución de lograr la plena efectividad de los derechos reconocidos en la Convención.⁸³

Las múltiples y variadas cargas que pesan tanto sobre el gobierno nacional como sobre los provinciales requieren de un mecanismo de diálogo, de coordinación, de creación de consensos entre todos los actores, nacionales y provinciales involucrados, para hacer efectivo el ejercicio de los derechos reconocidos internacionalmente en todo el ámbito territorial del país.

Este mecanismo debe permitir la búsqueda de soluciones mediante un justo equilibrio entre el respeto a las autonomías provinciales y el cumplimiento de las obligaciones emergentes de los tratados de derechos humanos. Debe facilitar la conciliación de los distintos intereses en juego y, particularmente, debe tener como meta esencial el asegurar de la mejor manera la plena vigencia de los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales para todos los habitantes independientemente de la provincia donde se encuentren.

De lo que se trata es de asegurar que el piso mínimo de los derechos sea el contenido en el derecho internacional de los derechos humanos. Cada provincia puede elegir los medios, formas, políticas, planes, programas que estime pertinentes y que reflejen sus particularidades, historia, tradiciones, idiosincrasia. En este sentido, el mecanismo propuesto podrá servir también de marco de intercambio de las experiencias exitosas entre las distintas provincias. La experiencia argentina y comparada demuestran que muchas veces las unidades federativas desarrollan mejores mecanismos de protección que a nivel federal.

Dado que la implementación de las obligaciones internacionales de derechos humanos es una tarea permanente, el mecanismo también deberá ser permanente. Principalmente, este mecanismo debe ser activo y propositivo y no reactivo; por ejemplo, debería servir de foro para la revisión de la legislación provincial en áreas críticas como pueden ser la penal o procesal penal, o análisis de políticas públicas como seguridad ciudadana o formación de los agentes encargados de hacer cumplir la ley. Todo ello

⁸³ Informe núm. 101/05, *Alejandro Ortiz Ramírez*, petición 388/01, México, párr. 12.

para asegurar que se cumple con las normas internacionales. Este mecanismo también debería estar involucrado en la preparación de informes que deben presentarse ante los distintos órganos internacionales de monitoreo y, en particular, debe servir de foro para estudiar las recomendaciones que se le formulen al país para asegurar que las mismas son implementadas en todas las provincias. Asimismo, debería permitir el análisis de las decisiones en casos individuales con un doble objetivo: facilitar la coordinación para el cumplimiento de las mismas entre el gobierno nacional y la provincia que pudiese estar implicada, al mismo tiempo y por el carácter proactivo que consideramos debe tener, el análisis de las decisiones debería estar destinado a identificar las prácticas, políticas, acciones u omisiones en la legislación que haya sido considerada por el respectivo organismo internacional como violatoria de alguna norma internacional, a fin de asegurar que tal situación no existe en el resto de las provincias y, en el caso de que sí exista, eliminar o modificar dicha práctica, políticas o legislación, como ejercicio del deber de prevención contenido en los tratados de derechos humanos.

La Corte Interamericana ha ordenado, como parte de las reparaciones por violaciones a derechos humanos, la definición de políticas de Estado a corto, mediano y largo plazo que en la materia de que se trate, sea plenamente consistente con los compromisos internacionales del Estado en cuestión.⁸⁴ Esto es precisamente lo que nosotros planteamos que se requiere en un país con estructura federal, la definición de una política de Estado de corto, mediano y largo plazo en materia de derechos humanos para asegurar que el gobierno nacional y los provinciales están en condiciones de respetar y garantizar efectivamente las libertades públicas reconocidas internacionalmente. El mecanismo que proponemos debe ser el espacio para el diálogo y la definición de estas políticas públicas.

Finalmente, el mecanismo debe prever las soluciones ante potenciales desacuerdos entre el gobierno nacional y los provinciales. Dado que el Estado federal será en definitiva responsable

⁸⁴ Corte IDH. *Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de septiembre de 2004. Serie C, núm. 112, párr. 316.

internacionalmente, al menos en materia de casos individuales su opinión debería prevalecer y deberían especificarse claramente los mecanismos legales para efectivizarla. Sin pretender ser exhaustivos, algunas propuestas que pueden analizarse serían las siguientes: en materia de reparaciones económicas, el gobierno nacional debería estar facultado para pagar las indemnizaciones correspondientes y luego repetirlas contra la provincia respectiva o retenerla de la coparticipación federal correspondiente; en el área de investigación y de justicia, podría pensarse en la transferencia de las causas respectivas a la justicia federal;⁸⁵ en materia de reformas legislativas, la legislación nacional puede servir de ley marco o piso mínimo para las legislaciones provinciales, por ejemplo, ya existe el precedente de la ley argentina núm. 23,098 sobre procedimiento de *habeas corpus*, que dispone:

El capítulo primero tendrá vigencia en todo el territorio de la Nación, cualquiera sea el tribunal que la aplique. Sin embargo, ello no obstará a la aplicación de las constituciones de provincia o de leyes dictadas en su consecuencia, cuando se considere que las mismas otorgan más eficiente protección de los derechos a que se refiere esta ley.

Una alternativa diferente sería otorgar al gobierno nacional legitimación activa y crear una causa de acción ante la Corte Suprema para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de la norma provincial por ser contraria al tratado respectivo. Otra posibilidad sería explotar el precedente constitucional venezolano, que permite al defensor del pueblo presentar ante los órganos legislativos nacionales, provinciales o municipales, proyectos de ley u otras iniciativas para la protección progresiva de los derechos humanos.⁸⁶

Esta idea de coordinación y diálogo se halla presente en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, que ha establecido un marco de coordinación, consulta e información entre el gobierno federal, los estados componentes de la federa-

⁸⁵ Tal como lo hace la reciente reforma constitucional brasilera o lo propone la reforma constitucional planteada en México.

⁸⁶ *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, art. 281, inc. 7.

ción y la propia OIT. Particularmente, el artículo 19, inciso 7, de la Constitución de la OIT, requiere que respecto a los convenios y recomendaciones que el gobierno federal considere más apropiados para la adopción de medidas por parte de los estados, provincias o cantones constitutivos que por parte del Estado federal, el gobierno federal debe someter a más tardar dieciocho meses después de clausurada la reunión de la Conferencia a las autoridades federales, estatales, provinciales o cantonales apropiadas, al efecto de que les den forma de ley o adopten otras medidas (art. 19, inc. 7, b, i) y celebrar consultas periódicas entre las autoridades federales y las de los estados, provincias o cantones interesados, a fin de promover dentro del Estado federal, medidas coordinadas para poner en ejecución las disposiciones de tales convenios y recomendaciones (art. 19, inc. 7, b, ii).

En el marco de las Naciones Unidas, también los organismos encargados de verificar el cumplimiento de los tratados de derechos humanos han insistido en esta necesidad. Han llamado a los Estados federales a coordinar y cooperar con las diferentes autoridades y organizaciones para la eficaz aplicación de las disposiciones de los tratados en las respectivas unidades de la federación;⁸⁷ establecer mecanismos adecuados entre los niveles federal y provincial para garantizar en mayor medida la plena aplicabilidad del tratado respectivo;⁸⁸ adoptar medidas para garantizar que las autoridades de todos los cantones y comunidades conozcan los derechos enunciados en el respectivo tratado y sean conscientes de su deber de velar por su respeto;⁸⁹ a garantizar que el gobierno federal disponga de los suficientes medios y recursos para asegurar que en todas las provincias, en la legislación provincial y en la práctica, se respeten las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados,⁹⁰ y para lograr

⁸⁷ Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Conclusiones y recomendaciones: Australia, U.N. Doc. E/C.12/1993/9 (1993), párr. 13.

⁸⁸ Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales, Alemania, CCPR/CO/80/DEU (2004), párr. 12.

⁸⁹ Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales, Suiza, U.N., doc. CCPR/CO/73/CH (2001), párr. 6.

⁹⁰ Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria sobre su visita a Argentina.

que los derechos se protejan de manera efectiva por los gobiernos estatales.⁹¹ Para esto, han reconocido la necesidad del diálogo y negociación entre el gobierno central y las unidades de la federación, sin que ello libere al Estado parte de su obligación de velar porque se respeten y garanticen los derechos reconocidos en el tratado en todas las partes de su territorio, sin limitación ni excepción alguna.⁹²

Para concluir, el federalismo no es un problema, sino una posibilidad. Al crear un doble sistema de garantías constitucionales, los derechos teóricamente tienen mejores posibilidades de ser protegidos. El derecho internacional de los derechos humanos provee un tercer sistema de protección. Por tanto, se trata de buscar la manera de integrar a los tres sistemas plenamente. Y para ello se requiere de voluntad política y no de excusas jurídicas.

⁹¹ Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales, Brasil, 1996, CCPR/C/79/Add.66.

⁹² Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales, Australia, 24/07/2000.A/55/40, párrs. 498-528.

POBREZA, IGUALDAD,
NO DISCRIMINACIÓN Y PUEBLOS
INDÍGENAS Y AFRODESCENDIENTES

X. El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana*

1. INTRODUCCIÓN

En la Conferencia Regional Preparatoria para la “Conferencia Mundial contra la Discriminación Racial, el Racismo, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia”, los gobiernos de las Américas establecieron principios que dan un marco conceptual para avanzar en la lucha contra la exclusión social y la discriminación en nuestro hemisferio. Reconocieron el carácter multirracial, pluriétnico, multicultural y multilingüístico de las Américas; sostuvieron que el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia agravan la condición de pobreza, marginalidad y exclusión social de personas, grupos y comunidades; reafirmaron el deber de la región de proteger y promover las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, los pueblos de ascendencia africana, los migrantes, las mujeres y las personas pertenecientes a otros grupos en situación de particular riesgo, y concluyeron que el desarrollo democrático y el fomento del Estado de derecho constituyen pre-

* Este trabajo fue publicado en la obra *Igualdad y no discriminación: El reto de la diversidad*, de Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco (coords.), Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Ecuador, 2010. El presente ensayo forma parte del Anuario de Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, núm. 3, año 2007. Agradezco los comentarios de Elizabeth Abi-Mershed, Rosa Celorio, Manuela Cuvi y Daniela Salazar.

misas fundamentales para erradicar la discriminación racial y la exclusión.¹

Estas premisas son cruciales en América Latina, al ser la región más desigual en el mundo desde el punto de vista de la distribución de la riqueza.² La discriminación de hecho y de derecho continúa afectando a pueblos indígenas, afrodescendientes, mujeres y trabajadores migrantes, entre otros. Muchos de estos grupos son víctimas de violencia, de manera desproporcionada en comparación con el resto de la población, tanto por parte de los agentes de seguridad pública como de actores privados. De modo que el análisis jurídico y la interpretación de las cláusulas de igualdad y no discriminación que se encuentran incluidas en los artículos 1º y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no es un mero ejercicio académico, sino una imperiosa necesidad política y moral para avanzar en la creación de sociedades más equitativas y democráticas.

El principio de igualdad y no discriminación no ha generado mucha jurisprudencia por la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, no por ello se pueden pasar por alto las importantes contribuciones que ambos órganos han realizado, ni algunas de las discusiones teóricas que ellas generan. De las múltiples aristas de análisis alrededor del principio de igualdad y no discriminación en la jurisprudencia interamericana, nos detendremos en dos temas que no han sido suficientemente estudiados. Analizaremos los motivos prohibidos de discriminación contenidos en la Convención Americana y en la interpretación que de ellos se ha hecho. Una vez determinada la existencia de un listado de criterios prohibidos de discriminación, analizaremos cuál es el estándar que la Corte y la Comisión utilizan o deberían utilizar frente a las distinciones basadas en ellos. En particular, exploraremos si el estándar debe ser más estricto que el aplicado frente a otras distinciones no expresamente prohibidas por el texto convencional.

¹ Declaración final de la Conferencia Regional de las Américas WCR/RCONF/SANT/2000IL.1/Rev.3, 20 de diciembre de 2000, preámbulo, párrs. declarativos 9 y 11, declaración párrs. 5 y 82, entre otros.

² Véase Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Panorama Social de América Latina, 2000-2001*, pp. 17 y ss., 67 y ss.

El segundo tema que examinaremos es el desarrollo jurisprudencial de los órganos interamericanos frente a la relación existente entre violencia y discriminación. En particular, si en casos de violencia basada en motivos u orígenes discriminatorios, o en la pertenencia de una persona a un grupo tradicionalmente discriminado, la obligación genérica de investigar, juzgar y sancionar, tan explorada por la Comisión y la Corte, es similar a otros supuestos de violaciones a los derechos humanos o, por el contrario, requiere un interés especial fundado en dichas particularidades.

2. PRECISIÓN TERMINOLÓGICA PREVIA

Nos referiremos a la jurisprudencia del Sistema Interamericano para hacer alusión tanto a las sentencias y opiniones consultivas de la Corte (Corte IDH), como a las resoluciones de la Comisión (CIDH) en casos individuales y en sus diferentes informes. Con ello, no pretendemos obviar que en sentido estricto solo la Corte es un tribunal judicial y, por ende, la única que produce jurisprudencia. Mientras que la Comisión, en tanto órgano con múltiples funciones y facultades, cuasijudiciales y de otra características, no dicta propiamente sentencias y, desde esta perspectiva, no establece jurisprudencia.

Sin embargo, nos referimos a la jurisprudencia del Sistema Interamericano con la expresa intención de resaltar la igual importancia que la Convención le asigna a las decisiones finales de la Corte y de la Comisión. De acuerdo con el artículo 33 de dicho instrumento, ambas son competentes para conocer en los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados parte. Esto implica que la Comisión y la Corte deben interpretar la Convención incluyendo la determinación del contenido específico de cada uno de sus artículos. Incluso en relación con peticiones o casos individuales, la Convención establece una vía doble de determinaciones finales por parte del sistema. En efecto, permite una decisión final de la Comisión en virtud del artículo 51 o de la propia Corte en virtud del artículo 61 y concordantes. Así, la Convención crea dos categorías de casos con dos posibles tipos de decisiones finales. Por tanto, el valor de la interpretación de ambos órganos debe ser considera-

do con igual importancia, lo que no significa que tengan la misma naturaleza jurídica o valor legal.³

Así, tanto la Comisión como la Corte están facultadas para precisar los alcances del principio de igualdad y no discriminación. Por estas razones, analizaremos de manera conjunta las decisiones de la Comisión y de la Corte que sean relevantes en materia de igualdad y no discriminación.

3. LOS MOTIVOS PROHIBIDOS DE DISCRIMINACIÓN Y LOS ESTÁNDARES DE REVISIÓN

La Convención Americana contiene un catálogo de criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar. Su artículo 1.1 menciona los siguientes criterios prohibidos de discriminación: raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

De modo que, siguiendo las pautas tradicionales de interpretación de cualquier tratado internacional,⁴ el texto convencional como principal punto de partida para analizar cuáles situaciones constituyen alguna forma de discriminación, presenta un listado claro de categorías prohibidas y todos los destinatarios de las normas de derechos humanos saben a qué criterios pueden o no acudir a fin de establecer diferencias. Así, ante una situación que se plantea como discriminatoria, en primer lugar debe observarse si la cláusula, práctica, norma, acción u omisión estatal que se analiza establece directa o indirectamente diferenciaciones o distinciones basadas en algunas de las categorías vedadas por la Convención.

En la opinión consultiva sobre la *Condición Jurídica de los Trabajadores Migrantes*, que constituye el análisis más elaborado de

³ De hecho, tanto la Comisión como la Corte producen decisiones finales de distinto valor jurídico. Así, cabe distinguir en el caso de la Corte entre sentencias en casos contenciosos y opiniones consultivas. En el supuesto de la Comisión, se pueden distinguir sus opiniones en casos individuales en los términos del art. 51 de la Convención, sus informes temáticos o sus informes sobre países.

⁴ Art. 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

la Corte Interamericana en materia de discriminación, se indicó que no son admisibles los 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.⁵

En esta descripción, la Corte incluyó nuevas categorías prohibidas de discriminación —convicción, origen étnico, nacionalidad, edad, patrimonio o estado civil)—, sin explicar por qué ellas cualifican como alguna “condición social” en los términos del punto final de los artículos 1.1 de la Convención y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tratados que estaba llamada a interpretar, o por qué es legítimo incluir nuevos motivos dentro del catálogo existente. En las nuevas categorías incluidas se verifican razones de diferente lógica y entidad. Por lo general, se considera que los factores prohibidos de discriminación tienden a hacer referencia a motivos inmutables o inmodificables por la propia voluntad de la persona —tales como el color o la raza— o bien factores históricos asociados con prácticas discriminatorias de antigua data —por ejemplo, la religión o el origen nacional—. Sin embargo, en la ampliación del catálogo de la Corte es difícil encontrar alguna explicación. Así, mientras el origen étnico es inmutable, el patrimonio no lo es. Mientras la edad no puede modificarse por la propia voluntad de la persona, la nacionalidad en principio sí podría serlo. En tanto algunas de las nuevas categorías incluidas por la Corte han estado asociadas a discriminaciones históricas, por ejemplo el origen étnico, otras no están vinculadas a esta discriminación tradicional, tal como el estado civil. Lamentablemente, se desconocen los criterios utilizados por la Corte para aumentar la nómina de prohibiciones.

El Tribunal modificó motivos prohibidos de discriminación, nuevamente sin fundamentar las razones. Hizo referencia a “género” en lugar de “sexo”, “situación económica” en lugar de “posición económica”, “opinión política” en lugar de “opiniones políticas”. Si bien en principio parecería que los cambios referidos a

⁵ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003. Serie A, núm. 18, párr. 101 (en adelante OC-18).

posición económica y opinión política podrían ser simplemente producto del descuido o de la falta de implicación jurídica específica, el cambio de género por sexo tiene consecuencias definidas. En efecto, y simplificando las discusiones sobre sus definiciones, mientras que por género suele entenderse la construcción social de los aspectos psicológicos, sociales y culturales de la feminidad-masculinidad, por sexo se entienden específicamente los componentes biológicos y anatómicos.⁶ Precisamente por este motivo se utiliza el término género para hacer referencia a discriminaciones asociadas a estereotipos y prejuicios culturales y sociales vinculados a lo femenino y lo masculino, y el término sexo para referirse a discriminaciones motivadas exclusiva o predominantemente en factores biológicos o anatómicos. Por ello, no puede considerarse que son sinónimos ni entenderse que género remplace a sexo como categoría prohibida de discriminación.⁷ Frente a una norma específica de la Convención que habla de sexo, cambiarla sin explicación alguna por género provoca dudas sobre los criterios que utiliza la Corte para apartarse del texto convencional y sobre la legitimidad de hacerlo.

Por último, la Corte en la citada enumeración eliminó dos palabras cruciales al momento de interpretar el carácter cerrado o abierto del listado de criterios prohibidos de discriminación. No incluyó la palabra “cualquier” al referirse a la opinión de [cualquier] otra índole. Pero lo que es más importante, suprimió la palabra “social” al final de la expresión “o cualquier otra condición”. Con ello parecería que es posible ampliar el catálogo de prohibiciones, ya que no es necesario que se trate de una condición social sino de una simple condición. Si bien en abstracto la distinción parecería ser suficientemente sutil, en la práctica no lo

⁶ Véase entre otras, Oosterveld, Valerie, *The Definition of “Gender” in the Rome Statute of the International Criminal Court: A Step Forward or back for International Criminal Justice?*, en *18 Harvard Human Rights Journal*, p. 56, donde se citan las múltiples definiciones de género —y sus implicaciones— utilizadas en el ámbito de la ONU.

⁷ Véase Facio, Alda, “Engendrando nuestras perspectivas”, en *Otras Miradas*, vol. 2, núm. 2, diciembre de 2002, p. 60. Sostiene la autora: “estos términos no se den usar indiscriminadamente o, peor aún, usar el término género en sustitución de sexo [...] El género e[n] definitiva, no es un término que viene a sustituir el vocablo «sexo» [...]” [...].

es. La calificación de “condición social” implica que ella se da en un contexto social determinado, es una construcción social específica y opera en función de las relaciones entre personas, grupos de personas o la sociedad en su conjunto. En cambio, cualquier otra condición, aislada del calificativo “social”, amplía enormemente las posibilidades.⁸

La Corte podría haber dado razones para cambiar el listado expreso de prohibiciones contenido en los tratados de derechos humanos interpretados. Podría haber considerado que la interpretación de un instrumento internacional de protección debe “acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”,⁹ y que los tiempos y condiciones presentes exigían estas modificaciones al listado primigenio de la Convención y el Pacto. O que el objeto y fin de estos tratados apuntan al reconocimiento de la dignidad humana y a la necesidad de proteger a las personas, asegurando sus derechos fundamentales, y que en razón de ello se requería expandir o modificar el listado expreso de prohibiciones. O que al interpretar a la Convención no solo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con ellos, sino también el sistema dentro del cual se inscriben.¹⁰ Así, a partir de que otros instrumentos incluyeron nuevas categorías prohibidas de discriminación, podría haberse justificado la legítima expansión del catálogo original para reflejar el consenso internacional actual. Particularmente, en la opinión consulti-

⁸ Quizá la Corte se guío por el texto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que si bien en español menciona “cualquier otra condición social”, en los textos en inglés y francés no incluye la palabra social (*other status, touteautre situation*). O por el texto de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, véase nota 11 de este trabajo y texto que la acompaña. Sin embargo, la Convención Americana es consistente en los cuatro idiomas oficiales de la OEA (*anyother social condition, touteautre condition sociale, qualquer outra condição social*).

⁹ Corte IDH. *Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otro) vs. Guatemala*. Fondo, Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, núm. 63, párr. 193. Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Penal*. Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 114.

¹⁰ *Ibidem*, OC-16/99, párr. 113.

va analizada, la Corte podría haberse servido de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, que constituye uno de los instrumentos que amplía el mencionado catálogo.¹¹

Pero al dejar huérfana de una explicación a la sentencia se corren graves riesgos. El más importante de ellos es convertir al texto convencional en algo banal y poco relevante, lo cual puede crear la errónea impresión de que las decisiones acerca del alcance de las normas contenidas en la Convención Americana dependen mayormente del arbitrio de la Corte. Este potencial riesgo no puede ser subestimado por un tribunal que se vale principalmente de la legitimidad de sus sólidos razonamientos jurídicos para hacer cumplir sus decisiones y para determinar la actuación de los tribunales nacionales.¹² La Corte debería tratar al texto convencional como punto de partida inexcusable de cualquier interpretación, lo que no significa pretender que el texto consagre todas las respuestas a las cuestiones vinculadas con su significado. Existirá siempre la necesidad de enfrentar aquí, al igual que en otras áreas del derecho, los problemas ordinarios de interpretación del lenguaje: su ambigüedad, vaguedad y oscuridad. En particular, en materia de derechos humanos, se deben tener en cuenta el objeto y fin de la Convención Americana, así como la naturaleza evolutiva del tratado. Ello puede requerir que la interpretación del catálogo de factores prohibidos de discriminación evolucione en el tiempo, permitiendo considerar implícita o explícitamente incluidos en el texto convencional otros mo-

¹¹ En efecto, el art. 1 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares incluye casi el mismo listado que utilizó la Corte con la excepción de utilizar la palabra sexo en lugar de género. Véase arts. 1.1 y 7, que mencionan los siguientes motivos: sexo, 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. Agradezco a Manuela Cuvi esta observación.

¹² Véase, Helfer, Laurence R. y Slaughter, Anne-Marie, "Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication", en *Yale Law Journal*, vol. 107, núm. 2, noviembre de 1997, pp. 320-321. La obra citada se refiere a la calidad del razonamiento legal como un factor que influye en el cumplimiento estatal y señala que fundamentar las decisiones y explicar sus razones es un prerrequisito para el ejercicio de una autoridad persuasiva antes que coercitiva.

tivos de discriminación que la sociedad interamericana rechaza actualmente de manera enfática. Pero siempre deben explicitarse las razones y encontrar una base convencional para hacerlo.

De hecho, la propia lectura de los artículos del Pacto y de la Convención otorgaba esta posibilidad interpretativa. En la enumeración de las categorías prohibidas de discriminación se agrega la frase “cualquier otra condición social”, que mantiene abierta la posibilidad de encontrar formas de discriminación no contempladas específicamente, pero que de todos modos constituyen una violación al principio de igualdad asimilable a las categorías establecidas.¹³ Ni la Comisión, ni la Corte, ni el Comité de Derechos Humanos aún han definido claramente el alcance del concepto “cualquier otra condición social”. Sin embargo, consideramos adecuado restringir el alcance de la prohibición de discriminación, mediante la aplicación del criterio estricto de revisión que desarrollaremos en el párrafo siguiente, a los casos que impliquen motivos explícitamente enumerados en los respectivos artículos y a los que puedan considerarse como “otra condición social” equiparable a ellos. Esto no significa que otras distinciones no podrán ser objeto de revisión por parte de los

¹³ Comité de Derechos Humanos, *Caso Gueye vs. Francia* (La nacionalidad adquirida mediante la independencia, a juicio del Comité entra en el ámbito de la expresión “cualquier otra condición social” que figura en la segunda oración del art. 26), Comunicación núm. 196/1985.A/44/40, 1989, párr. 9.4, y *Caso B vs. los Países Bajos* el Comité también recuerda que el art. 26 en su segunda oración establece “[...] otra condición social”. El Comité advierte que los autores no han aducido que su trato diferente se atribuya al hecho de pertenecer a alguna categoría específica e identificable que les significara encontrarse expuestos a un trato discriminatorio a causa de alguno de los motivos enumerados u «otra condición social» establecido en el art. 26 [...], Comunicación núm. 273/1989.A/44/40, 1989, párr. 6.7. Esta doctrina ha sido criticada por diversas autoras, véase Bayef Sky, Anne F., “The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law”, en *Human Rights Law Journal*, vol. 11, núms. 1-2, 1990, pp. 6-7, y Palacios Zuloaga, Patricia, *La no discriminación. Estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la Cláusula Autónoma de No Discriminación*, Centro de Derechos Humanos-Universidad de Chile, 2006, p. 75. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales consideró que tanto la discapacidad como la edad y pueden ser consideradas como “otra condición social”. Véase Observación general, núm. 5, párr. 5 —discapacidad— y Observación general, núm. 6, párr. 11 —edad—.

organismos de supervisión internacional, sino tan solo que estas distinciones serán sometidas al análisis de revisión de razonabilidad y no al escrutinio estricto que propondremos.

A nuestro juicio, la tendencia jurisprudencial está avanzando en el sentido de que las diferencias basadas en los factores prohibidos explícitamente en los instrumentos de derechos humanos, deben estar sujetas a un grado de escrutinio especialmente estricto. Los Estados, a fin de que las distinciones no sean consideradas discriminatorias, deben demostrar la existencia de un interés particularmente importante, de una necesidad social imperiosa, a la par de demostrar que la medida utilizada es la menos restrictiva posible. La Convención, al incluir una referencia expresa de criterios prohibidos de discriminación, representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones desventajosas y, en muchos casos, contrarias a la dignidad humana. El catálogo convencional representa un reconocimiento expreso de la especial gravedad de las distinciones basadas en tales criterios y un llamado a que los grupos tradicionalmente discriminados con base a ellos reciban una protección especial mediante un estándar de revisión más estricto.

Tradicionalmente, la jurisprudencia proponía evaluar los casos de alegadas discriminaciones analizando si el tratamiento diferenciado perseguía un fin legítimo y si existía una relación razonable de proporcionalidad entre el medio empleado —la diferencia de tratamiento— y el fin perseguido.¹⁴ Sin embargo, en los últimos tiempos ha comenzado a insinuarse un test diferenciado frente a las categorías expresamente mencionadas en el texto convencional. Este test generalmente requiere que el fin de la medida sea legítimo e importante, pero además imperioso. El medio escogido debe ser no solo adecuado y efectivamente conducente, sino además necesario, es decir que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente,

¹⁴ Véase, Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Relating to Certain Aspects of the Laws in the Use of Languages in Education in Belgium*. Fondo, 23 de julio de 1968, vol. 6, Serie A, párr. 10. Este es el primer caso del Tribunal que desarrolla esta doctrina.

el juicio de proporcionalidad exige que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores.¹⁵

El tratamiento de los motivos incluidos en los catálogos, que algunos denominan “categorías sospechosas” de discriminación, establece que todo trato desigual basado en alguna de esas circunstancias debe ser sometido a un escrutinio especialmente riguroso para evaluar su convencionalidad o constitucionalidad y, a su vez, requiere un plus de fundamentación de su objetividad y razonabilidad.

La Comisión ha comenzado a servirse de este criterio estricto de revisión cuando se utiliza el sexo para establecer una distinción en el tratamiento entre hombres y mujeres. Así, la Comisión sostuvo que “se espera un tratamiento equitativo de la ley para hombres y mujeres, a menos que se hayan aducido motivos justos, legítimos y razonables imperiosos para justificar una diferencia de tratamiento”.¹⁶ Luego, la CIDH introdujo la idea de que “las distinciones previstas en la ley y basadas en criterios relativos a la condición, como, por ejemplo, la raza o el sexo, necesariamente dan lugar a un examen minucioso”, en el cual “se tendrían que esgrimir razones de peso para justificar una distinción basada exclusivamente en el sexo”.¹⁷

Esta misma formulación fue seguida por la Comisión en el caso *Morales de Sierra*,¹⁸ relativo a la utilización legislativa del sexo como criterio diferenciador. La CIDH indicó que el artículo 24 de la Convención Americana ha establecido como regla que ciertas formas de diferencia en el trato, como aquellas que se basan en el sexo, resultan “fuertemente sospechosas de ilegalidad”

¹⁵ Parafraseando a la Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-673/01, magistrado ponente doctor Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁶ CIDH, *María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala*, Caso 11.625, Informe núm. 28/98, párr. 36.

¹⁷ Véase CIDH, *Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación*, en el Informe Anual de la CIDH 1999, OEA/Ser.L/V/II.106, doc. 3, rev. 13 de abril de 2000, capítulo VI, sección II, punto B.

¹⁸ CIDH, *Informe de Fondo núm. 4/01*, Guatemala, 19 de enero de 2001, párrs. 31 y 36.

y que el Estado tiene que brindar razones de mucho peso para su justificación. Siempre que la distinción obedezca a algunos de los factores o categorías sospechosas, la norma o la política que la utiliza serán observadas bajo un criterio de escrutinio intenso o estricto.¹⁹

En su *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*,²⁰ la CIDH reiteró que “la doctrina del Sistema Interamericano de Derechos Humanos no prohíbe todas las distinciones en el tratamiento del goce de los derechos y libertades protegidas”, sino que “requiere en el fondo que toda distinción admisible se funde en una justificación objetiva y razonable, que impulse un objetivo legítimo, habiendo tenido en cuenta los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas, y que los medios sean razonables y proporcionados con el fin que se persigue”. Pero agregó que “las distinciones basadas en los factores mencionados explícitamente en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos están sujetas a un grado de escrutinio especialmente estricto, en virtud de lo cual los Estados deben aportar un interés particularmente importante y una justificación cabal de la distinción”.²¹

Esta tesis fue reafirmada por la CIDH en su reciente *Informe sobre Acceso a la Justicia de las Mujeres Víctimas de Violencia*. En dicho Informe se destaca que en la utilización de las categorías sospechosas existe una “presunción del carácter discriminatorio de la medida o política restrictiva”. Por ello, cuando se utilizan dichos criterios sospechosos para tratar de manera diferenciada a una persona o grupo, debe realizarse un escrutinio aún mayor para determinar su razonabilidad que cuando se está frente a otro tipo de criterios.²² Al explayarse, la Comisión vuelve a exigir un análisis de manera concienzuda y pormenorizada de toda restricción fundada en alguna de las categorías del artículo 1.1 de la Convención Americana. Y resumió de esta manera el test al

¹⁹ *Idem*.

²⁰ CIDH, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, OEA/ser.L/V/II.116, doc. 5, rev. 1 corr, 22 de octubre de 2002.

²¹ *Ibidem*, párr. 338.

²² CIDH, *Informe sobre Acceso a la Justicia de las Mujeres Víctimas de Violencia*, OEA/Ser.L/V/II., doc. 68, 20 de enero de 2007, párr. 80.

que se someten estas situaciones: “se debe demostrar que dicha restricción está basada en un objetivo estatal imperioso o urgente, que es técnicamente adecuada para lograr ese fin y que este no puede ser alcanzado por un medio alternativo menos lesivo. Cuando no se pueda acreditar fehacientemente que la restricción cumpla con todos esos requisitos, la misma será inválida porque se asienta exclusivamente en el prejuicio”.²³

La jurisprudencia europea, a la que asiduamente recurren la Comisión y la Corte, también ha establecido un criterio estricto en ciertas categorías, a diferencia del criterio de mera razonabilidad que aplica en la generalidad de los casos de igualdad. Así, la Corte Europea de Derechos Humanos requiere que existan razones de gran importancia para justificar distinciones basadas en ciertas categorías, mientras que en los casos restantes solo requiere la existencia de un interés legítimo.²⁴

En el caso *Adulaziz, Cabales y Balkandakli vs. Reino Unido*, la Corte Europea declaró que “el desarrollo de la igualdad entre los sexos es, hoy día, un objetivo central de los Estados miembros del Consejo de Europa. Ello significa que deberían presentarse razones de mucho peso antes de que una diferencia en el tratamiento con base en el sexo pueda ser considerada compatible con la Convención.²⁵ En *Inze vs. Austria* estableció que: “razones de gran peso habrán de plantearse antes de que pueda considerarse que una distinción en el trato por motivo de nacimiento fuera del matrimonio es compatible con la Convención [...]”.²⁶ En *Hoffman vs. Austria* sostuvo que una distinción basada esencial y solamente en la religión no es aceptable.²⁷ De manera interesante, en materia de raza, la Corte Europea ha sostenido que debe

²³ *Ibidem*, párr. 83.

²⁴ Véase Oddny Mjoll Arnardottir, *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publisher, 2003, pp. 141-155.

²⁵ Corte Europea de Derechos Humanos, *Adulaziz, Cabales y Balkandakli vs. Reino Unido*, 28 de mayo de 1985, párr. 78.

²⁶ Corte Europea de Derechos Humanos, *Inze vs. Austria*, 28 de noviembre de 1987, párr. 41.

²⁷ Corte Europea de Derechos Humanos, *Hoffman vs. Austria*, 23 de junio de 1993, párr. 36.

prestarse una especial importancia a la discriminación basada en ella,²⁸ pero hasta el momento no ha aplicado en ningún caso un estándar estricto de revisión frente a la alegada discriminación.

La necesidad de que existan razones de una relevancia especial para justificar distinciones basadas en ciertos motivos, clases o categorías, es utilizada también en la jurisprudencia comparada de varios países de la región. Ello puede ayudar a la Comisión y a la Corte a avanzar en esta línea jurisprudencial. Así, en Estados Unidos, este concepto se desarrolló alrededor de la teoría de la existencia de “categorías sospechosas”. En el tristemente famoso caso *Korematsu vs. United States*, la Corte Suprema consideró que: “todas las restricciones legales que limitan los derechos civiles de un determinado grupo racial son inmediatamente sospechosas. Esto significa que los tribunales las deben someter inmediatamente al escrutinio más estricto. Una urgente necesidad pública puede, a veces, justificar la existencia de tales restricciones; el antagonismo racial, nunca”.²⁹ Más adelante, agregó en *Palmore vs. Sidoti* que las clasificaciones raciales “están sujetas al escrutinio más exhaustivo y para salvar la exigencia constitucional, deben justificarse en virtud de un interés gubernamental apremiante y deben ser necesarias [...] para la consecución de sus fines legítimos”.³⁰ En *Loving vs. Virginia*, la Corte Suprema estipuló que la cláusula sobre igual protección de la Constitución “demanda que las clasificaciones raciales, especialmente en los estatutos penales, deben estar sujetas al escrutinio más riguroso”.³¹ Esta teoría, que incluye como categorías sospechosas a la raza y el origen nacional entre otras, exige no solo una estricta revisión judicial, sino que también requiere la demostración de una necesidad pública urgente o necesidad social imperiosa y no un mero interés legítimo.

²⁸ Corte Europea de Derechos Humanos, *Cyprus vs. Turkey*, 10 de mayo de 2001, párr. 306.

²⁹ 29 323 US 214. A pesar del estándar utilizado, la Corte Suprema consideró constitucional la reclusión de ciudadanos americanos y latinoamericanos de origen japonés en campos de internamiento durante la Segunda Guerra Mundial.

³⁰ 30 4666 US 429.

³¹ 31 388 US 1, 87.

Por su parte, el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela estableció:

- a) la necesidad de la “probanza plena de la justificación, probadamente necesarísimo y probadamente eficaz para el objetivo importante, necesario e indispensable;
- b) la necesidad fundamental, cuya realización se hace necesaria de la exigencia de la condición discriminatoria requerida;
- c) el carácter predictor que tal condición posee para alcanzar ambas necesidades, mediante métodos profesionalmente probados y aceptados, y
- d) la imposibilidad de alcanzar los objetivos señalados sin el establecimiento de la condición discriminatoria y la inexistencia de otro medio, vía o condición mediante la cual sería sustancialmente efectivo alcanzar tales objetivos sin incurrir en la situación discriminatoria prohibida o menos discriminatoria que la derivada de la condición de igual naturaleza alegada”.³²

En el mismo sentido, la Corte Constitucional de Colombia explicó que ha aplicado un test estricto de razonabilidad en ciertos casos, como por ejemplo:

1. cuando está de por medio una clasificación sospechosa como las enumeradas en forma no taxativa a manera de prohibiciones de discriminación en la Constitución;
2. cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas;
3. cuando la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos *prima facie* afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental, o
4. cuando se examina una medida que crea un privilegio.³³

Estableció la Corte Constitucional que las categorías señaladas como sospechosas

³² Tribunal Supremo de Venezuela, sentencia 1024, 3 de mayo de 2000, magistrado ponente José Rafael Tinoco.

³³ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-673/01, magistrado ponente doctor Manuel José Cepeda Espinosa.

- i. se fundan en rasgos permanentes de las personas, de los cuales estas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad;
- ii. han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas, y
- iii. no constituyen *per se*, criterios que permitan efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales.³⁴

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina también ha seguido esta línea jurisprudencial. En *Calvo y Pesini*, donde se cuestionaba una ley provincial que impedía el ingreso a planta en los hospitales públicos provinciales a quienes no eran argentinos, la Corte Suprema hizo lugar a la demanda por entender que el Estado no había acreditado una “justificación suficiente de la restricción”, considerando insuficiente, en ese caso concreto, “una dogmática afirmación de su postura”.³⁵ Posteriormente agregaría que una norma que distinguía entre argentinos por nacimiento y naturalizados “se presenta afectada por una presunción de inconstitucionalidad que solo podría ser remontada por la prueba concluyente de que existe un sustancial interés (...) que la justifique”.³⁶ La Corte Suprema se refiere expresamente a “la presencia de un criterio de distinción sospechoso”, lo cual hace pesar sobre la norma impugnada una “presunción de inconstitucionalidad” “con desplazamiento de la carga de la prueba”.³⁷ Esta presunción de inconstitucionalidad solo puede ser superada mediante una cuidadosa prueba sobre los fines que se intentaron resguardar y sobre los medios que se utilizaron al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no basta su mera conveniencia. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica “adecuación a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras

³⁴ Véase Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-101/05.

³⁵ CSJN, *Calvo y Pesini*, Rocio c/Córdoba, Provincia de s/Amparo, fallos 321:194.

³⁶ CSJN, *Hoofr, Pedro Cornelio Federico* c/ Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad, fallos 322:3034, considerando 2.

³⁷ *Ibidem*, considerando 5.

alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada”.³⁸

En resumen, mientras en el criterio de “razonabilidad” se advierte una importante tolerancia respecto de los medios y los fines elegidos por la autoridad que establece las distinciones, en el criterio más estricto existe una presunción de invalidez respecto del objetivo perseguido por el Estado que se funda en una pauta considerada “sospechosa”. En consecuencia, el Estado debe presentar fuertes razones —“una necesidad social imperiosa” o “razones de mucho peso”— para justificar la utilización de la categoría “sospechosa”. En general, rara vez se encuentra que las razones aducidas por el Estado son suficientes, por lo que dichas clasificaciones tienden a ser consideradas contrarias a las normas de derechos humanos, a las constitucionales, o a ambas.

El empleo de los motivos incluidos en los catálogos no queda absolutamente vedado, simplemente se establece una presunción de ilegitimidad de la norma, política, o acción basada en tales criterios de distinción. Desde el punto de vista del control convencional, esta presunción de ilegitimidad se traduce en la inversión de la carga justificatoria y en su sometimiento a un estándar de escrutinio elevado. Acreditado el empleo de una clasificación sospechosa, la inversión de la carga justificatoria pone en cabeza del Estado la fundamentación de la medida impugnada. Cabe entonces al Estado demostrar las razones concretas que condujeron a acudir a dicha clasificación para establecer una distinción legal. A falta de demostración suficiente por parte del Estado, la presunción de ilegitimidad queda confirmada y la medida no supera el examen de convencionalidad³⁹ o constitucionalidad. El estándar probatorio que debe cumplir el Estado para justificar

³⁸ *Ibidem*, considerando 6.

³⁹ Utilizamos el concepto de control de convencionalidad, o examen de convencionalidad, en el sentido utilizado recientemente por la Corte Interamericana. Véase Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado, Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 158, párr. 128, “los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucional, sino también «de convencionalidad» *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana”.

la norma es, además, un estándar más elevado que el de mera razonabilidad. Debe probar que el empleo de la clasificación sospechosa es estrictamente necesario para el cumplimiento de un fin socialmente imperioso y debe justificar por qué es necesario acudir a él para cumplir esos fines.⁴⁰

4. VIOLENCIA, DISCRIMINACIÓN Y LA DEBIDA DILIGENCIA EN LA INVESTIGACIÓN

La discriminación y la intolerancia suelen constituir la base de otras violaciones de derechos humanos y ser generadoras de violencia contra grupos tradicionalmente discriminados. Desde el punto de vista normativo, un caso ilustrativo es la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer —en adelante, “Convención de Belém do Pará”—, la cual reconoce expresamente la relación que existe entre violencia de género y discriminación, indicando que tal violencia es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres,⁴¹ y que el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia incluye el derecho a ser libres de toda forma de discriminación y a ser valoradas y educadas sin patrones estereotipados.⁴² El Comité que vigila el cumplimiento de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer ha manifestado que la violencia contra las mujeres es una forma de discriminación que limita el ejercicio de los derechos civiles, políticos, sociales y económicos.⁴³ Otros ejemplos de esta conexión entre violencia y discriminación son los crímenes de odio —*hatecrimes*—⁴⁴ y, como caso extremo, el

⁴⁰ Véase *mutatis mutandi*, Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires, *Caso Salgado c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires*, exp. núm. 826/01, 21 de noviembre de 2001, voto del juez Maier, considerando 4.

⁴¹ Convención de Belém do Pará, preámbulo.

⁴² *Ibidem*, art. 6.

⁴³ CEDAW, *Recomendación General 19*, “Violencia Contar la Mujer”, U.N., doc. HRI/GEN/1//Rev. 1, p. 84, 1994, párrs. 1, 6 y 7.

⁴⁴ Se puede entender como crimen de odio a la ofensa criminal cometida contra una persona, propiedad o sociedad, motivada en todo o en parte, por el prejuicio racial, religioso, por discapacidad, orientación sexual u ori-

crimen internacional de genocidio, que precisamente tiene la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso.⁴⁵

La Comisión se ha mostrado particularmente atenta a la violencia de la que son víctimas personas pertenecientes a grupos tradicionalmente discriminados. En un caso de ejecución extrajudicial de un joven afrodescendiente por parte de la policía, sostuvo que percibía una notable influencia del factor racial. En relación con ello, resaltó su preocupación por la violencia contra los jóvenes en Brasil, haciendo hincapié especialmente en el nexo existente entre esta relación y los elementos raciales. Y, haciéndose eco de varios estudios, recalcó que la mayoría de las víctimas de la violencia policial en el territorio del Estado son jóvenes pobres, de raza negra o mestiza, muchos de los cuales carecen de antecedentes penales.⁴⁶ Sin embargo, en el caso concreto, la Comisión consideró que no contaba con suficientes pruebas para establecer que el factor racial haya sido determinante en la ejecución extrajudicial de la víctima.

En el caso de las mujeres, la CIDH ha establecido que la obligación de garantizar la igualdad y no discriminación está vinculada con la prevención, la investigación y la sanción de la violencia contra ellas. En su *Informe sobre la Condición de la Mujer en las Américas*⁴⁷ indicó que la falta de igualdad formal de las mujeres las coloca en una situación de desprotección frente a la violencia. Sostuvo que “la mujer aún no alcanza igualdad jurídica plena en todos los países de la región”, ya que varios poseen, en mayor o menor medida, normas discriminatorias. Resaltó que “en nume-

gen étnico o nacional. Véase U.S. Department of Justice, Federal Bureau of Investigation (FBI), Hate Crime Data Collection Guidelines, *Uniform Crime Reporting*, octubre de 1999, p. 4, consulta 27 mar 2007, disponible en <http://www.fbi.gov/ucr/hatecrime.pdf>

⁴⁵ Véase art. II de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y el art. 6 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

⁴⁶ CIDH, *Informe núm. 33/04*, Caso 11.634, *Jailton Neri Da Fonseca vs. Brasil*, párrs. 35-38.

⁴⁷ CIDH, *Informe sobre la Condición de la Mujer en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.100, doc. 17, 13 de octubre de 1998.

rosos códigos penales, valores tales como la honra, el pudor social, la doncella, la castidad, las buenas costumbres, prevalecen sobre valores como la integridad psicofísica y la libertad sexual, impidiendo así la debida protección legal a las víctimas de tales delitos, u obligándolas a probar que pusieron resistencia en el caso del delito de violación, o sometiéndolas a procedimientos interminables que producen una continua victimización”. Esto conlleva a situaciones de desprotección hacia las mujeres víctimas de violencia, por falta de legislación adecuada o porque la legislación vigente no se cumple.⁴⁸

La Comisión ha establecido que las actitudes tradicionales, conforme las cuales las mujeres son consideradas subordinadas frente a los hombres o asociadas a funciones estereotipadas, perpetúan prácticas difundidas que conllevan violencia o coerción, como la agresión y el abuso familiares. De esta manera, la violencia contra las mujeres es una forma de discriminación y, por ende, el deber de investigarla y sancionarla adquiere una dimensión especial. En el caso *María de Penha Fernandes* del año 2001, por primera vez, la CIDH estableció frente a una petición individual el vínculo entre la discriminación y la violencia de la que son objeto las mujeres. Este caso, presentado por una víctima de violencia doméstica en Brasil, permitió a la CIDH aplicar la Convención de Belém do Pará por primera vez, y decidir que el Estado no había actuado con la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia doméstica, al no condenar y sancionar al victimario.⁴⁹ Más aún, estableció la existencia de un patrón general de tolerancia estatal e ineficacia judicial hacia casos de violencia doméstica, lo que a criterio de la CIDH constituyó una práctica discriminatoria. La Comisión determinó que la obligación de los Estados de actuar con debida diligencia, va más allá de procesar y condenar, ya que también incluye la obligación de “prevenir estas prácticas degradantes”.⁵⁰ Llama la atención que la Comisión, a pesar de dichas determinaciones y de haber analizado expresamente el derecho a la igualdad ante

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ CIDH, Informe núm. 54/01 —admisibilidad y fondo—, Caso 12.051, *María de Penha Fernandes vs. Brasil*.

⁵⁰ *Ibidem*, párr. 56.

la ley, no concluyera que en este caso se violó el artículo 24 de la Convención.⁵¹

La relación entre violencia y discriminación se ha reflejado además en el informe sobre los homicidios en contra de mujeres en Ciudad Juárez, México. Nuevamente, la CIDH reafirmó que la discriminación basada en el género es un obstáculo en la sanción y prevención de asesinatos de mujeres. Destacó que la violencia y la falta de respuesta ante este tipo de casos obedeció a la discriminación que afecta a las mujeres. Indicó que “no se ha prestado suficiente atención a la necesidad de hacer frente a la discriminación que subyace en los delitos de violencia sexual y doméstica, y que igualmente subyace en la ineficiencia en cuanto a la aclaración de los delitos y el procesamiento de los culpables. Para resolver esos casos de homicidio es preciso prestar atención a las causas raigales de la violencia contra la mujer en todas sus principales manifestaciones”.⁵²

En el *Informe sobre Las Mujeres Frente a la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia*, la Comisión expuso las características de la discriminación y violencia contra las mujeres en el contexto del conflicto armado colombiano, así como las consecuencias de la situación de desventaja y su manipulación y explotación por parte de los actores de dicho conflicto. Muchos de los estándares específicos que se desarrollaron en este informe son similares a los que analizaremos con más detalle al describir el *Informe sobre Acceso a la Justicia de las Mujeres Víctimas de Violencia*. Pero hay un elemento de ese informe que deseamos resaltar. La CIDH indicó que la situación de las mujeres indígenas y afrocolombianas es particularmente crítica al ser víctimas de múltiples formas de discriminación por causa de su raza, etnia y por el hecho de ser mujeres, situación que se

⁵¹ La CIDH encontró que el Estado había violado los derechos de la víctima a garantías y protecciones judiciales efectivas bajo los arts. 8 y 25 de la Convención Americana, en concordancia con la obligación general de respetar y garantizar estos derechos bajo el art. 1.1, y el art. 7 de la Convención de Belém do Pará, *ibidem*, párrs. 45-50 y 60.

⁵² CIDH, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: El derecho a no ser objeto de violencia y discriminación*, párr. 11.

agrava dentro del ámbito del conflicto armado.⁵³ Recordó que la Convención de Belém do Pará establece que al actuar con debida diligencia, el Estado debe tomar especial cuenta de la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueden sufrir las mujeres en razón de su raza y etnia, entre otras condiciones de riesgo.⁵⁴ Y reconoció que las mujeres indígenas y afrocolombianas todavía confrontan numerosos obstáculos de naturaleza legislativa, institucional, cultural y geográfica para acceder a una justicia efectiva. Para abordar estas carencias, indicó la necesidad de establecer programas sostenibles de capacitación para operadores de justicia y de entablar iniciativas para sensibilizar a la población y promover el aumento de denuncias.⁵⁵

Indudablemente, el informe donde de manera más detallada se aborda la materia es el recientemente publicado sobre *Acceso a la Justicia de las Mujeres Víctimas de Violencia*.⁵⁶ En dicho informe, la Comisión hizo especial hincapié en el problema de la violencia contra las mujeres como una manifestación de la discriminación basada en el género. Recalcó la obligación de los Estados de organizar su estructura gubernamental para prevenir, investigar, sancionar y reparar actos de violencia contra las mujeres y la discriminación. Destacó los principios que deben regir las leyes y políticas públicas, tales como el deber del Estado de erradicar efectiva y prontamente diferentes formas de violencia contra las mujeres, cometida tanto por agentes estatales como no estatales; el de proveer recursos judiciales efectivos e imparciales para víctimas de violencia, y el de implementar acciones para erradicar la discriminación contra las mujeres y los patrones estereotipados de comportamiento que promueven un trato inequitativo en sus sociedades, lo que ha implicado para ellas un acceso desigual a los derechos y a los beneficios derivados de los avances políticos, civiles y sociales.

⁵³ CIDH, *Las Mujeres Frente a la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II., doc. 67, 18 de octubre de 2006, párrs. 102 y ss.

⁵⁴ *Ibidem*, art. 9, párr. 104.

⁵⁵ *Ibidem*, véase entre otros, párr. 19.

⁵⁶ CIDH, *Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II., doc 68, 20 de enero de 2007.

La Comisión exploró detenidamente el contenido del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, que impone a los Estados el deber de actuar con debida diligencia frente a la violencia contra las mujeres. Interpretó que la obligación de tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra las mujeres, incluye el deber de revisión de normas, prácticas y políticas públicas discriminatorias o cuyo efecto pueda resultar discriminatorio en perjuicio de ellas. Esto debe hacerse “debido a la relación evidente entre discriminación y violencia”. Como ejes centrales de esta teoría, insistió en que la discriminación se halla en la raíz de la violencia contra las mujeres,⁵⁷ que la definición de discriminación contra las mujeres comprende la violencia contra ellas en todas sus formas⁵⁸ y, principalmente, que la discriminación perpetúa esta violencia y, por ello, la Convención de Belém do Pará reconoce un vínculo crítico entre la adecuada protección judicial y su eliminación.⁵⁹

La Comisión hizo un largo y detallado análisis de las obligaciones de investigar, juzgar y sancionar la violencia contra las mujeres de acuerdo con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, a la luz del principio de la debida diligencia contenido en el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará. Todo ello, considerando la íntima relación entre la discriminación y la violencia. La Comisión no consideró que la debida diligencia contenida en la Convención de Belém do Pará sea una simple reiteración de las obligaciones que emergen del deber de prevenir, investigar, juzgar, sancionar y reparar de los artículos 1, 8 y 25 de la Convención. Por el contrario, derivó obligaciones concretas, como la de simplificar procedimientos judiciales penales e incrementar el número de instancias para denunciar la violencia contra las mujeres,⁶⁰ así como la de producir, compilar, analizar y difundir información sobre sus causas, consecuencias y frecuen-

⁵⁷ *Ibidem*, párr. 12.

⁵⁸ *Ibidem*, párr. 13.

⁵⁹ *Ibidem*, párr. 33.

⁶⁰ *Ibidem*, párr. 37.

cia.⁶¹ También, la Comisión dio pautas sobre el tipo de pruebas y de valoraciones permisibles en casos de violencia sexual, tales como la obligación de no considerar la falta de resistencia física de la víctima como un factor para no sancionar al agresor.⁶² Exigió, dada la íntima correlación entre la discriminación y los parámetros de la debida diligencia en la investigación contenidos en la Convención de Belém do Pará, que tanto los fiscales como los policías eviten cualquier tipo de discriminación en su trabajo y consideren las necesidades especiales de las víctimas de violencia sexual.⁶³ Y, en este sentido, rechazó la influencia de patrones socioculturales discriminatorios que resulten en una descalificación de la credibilidad de la víctima, a la vez que criticó la interpretación discriminatoria de evidencias en casos de violencia contra las mujeres.⁶⁴

En definitiva, según la interpretación de la Comisión, la investigación de casos en los cuales se interrelaciona violencia y discriminación requiere de un deber de diligencia particular, que analice el hecho mismo de violencia como el factor discriminatorio que pudo haberla motivado, agravado o caracterizado de manera particular.

En un sentido similar, la Corte Europea de Derechos Humanos⁶⁵ ha determinado que los Estados tienen la obligación general de conducir una investigación efectiva en casos de privación de la vida. Esa obligación debe ser cumplida sin discriminación. A su vez, agregó la Corte Europea que donde existan sospechas de que actitudes raciales indujeron a un acto violento, es particularmente importante que una investigación oficial sea llevada a cabo con vigor e imparcialidad, teniendo en cuenta la necesidad de reafirmar continuamente la condena de la sociedad al racismo, y de mantener la confianza de las minorías en la capacidad

⁶¹ *Ibidem*, párrs. 42 y ss.

⁶² *Ibidem*, párr. 51.

⁶³ *Ibidem*, párrs. 52 y 53.

⁶⁴ *Ibidem*, párrs. 155 y 157.

⁶⁵ Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Nachova y otros vs. Bulgaria*, Aplicaciones núm. 43577/98 y núm. 43579/98, ECHR, 6 de julio de 2005. Traducción no oficial.

de las autoridades para protegerlas de la amenaza de la violencia racial. Un cumplimiento del Estado de su obligación positiva requiere que el sistema legal doméstico demuestre su aptitud para aplicar la ley criminal contra aquellos que arbitrariamente quiten la vida de una persona, sin importar el origen étnico o racial de ella.⁶⁶

El Tribunal Europeo sostuvo que la investigación de incidentes violentos y, en particular, de muertes por manos de agentes del Estado, impone a las autoridades el deber adicional de tomar todas las medidas razonables para desenmascarar cualquier motivo racista, y el de establecer si algún odio o prejuicio étnico pudo haber jugado un rol en los eventos. Fracasas en este obrar y tratar la brutalidad inducida por motivos raciales en un pie de igualdad con aquellos casos que no tienen matices racistas, sería volverse ciego a la naturaleza específica de actos que son considerados particularmente destructivos de los derechos fundamentales. No hacer una distinción en situaciones que son esencialmente diferentes puede constituir un tratamiento injusto, irreconciliable con el principio de igualdad. Con el fin de mantener la confianza pública en la maquinaria que pone en ejecución la ley, los Estados parte deben asegurar que en la investigación de incidentes que involucren el uso de la fuerza se distinga, tanto en el sistema legal como en la práctica, entre casos en donde existe un uso excesivo de ella y casos en los que se verifican motivos racistas. Probar la existencia de motivos racistas resulta extremadamente difícil. Por ello, el Estado tiene la obligación de investigar todo tinte racista de un acto violento empleando sus mejores esfuerzos.⁶⁷

Lamentablemente, hasta ahora la Corte Interamericana no ha avanzado en esta línea jurisprudencial. En casos en los cuales tuvo la oportunidad de analizar, respectivamente, la correlación entre violencia y origen étnico, así como violencia y género, la Corte se limitó a transcribir textualmente su doctrina tradicional sobre las obligaciones del Estado en materia de investigación. Así, no hizo diferencias entre las situaciones generales de

⁶⁶ *Idem.*

⁶⁷ *Idem.*

violencia y aquellas que presentan componentes y matices discriminatorios, o que se dirigen directamente hacia algunas personas que pertenecen a grupos que tradicionalmente han sido marginados.

En el caso *Masacre Plan de Sánchez*, la Corte dio por probado que “el Ejército de Guatemala, con fundamento en la «Doctrina de Seguridad Nacional», identificó a los miembros del pueblo indígena maya como «enemigos internos», por considerar que constituían o podían constituir la base social de la guerrilla. Estos pueblos fueron víctimas de masacres y «operaciones de tierra arrasada» que significaron la destrucción completa de sus comunidades, viviendas, ganado, cosechas y otros elementos de supervivencia, su cultura, el uso de sus propios símbolos culturales, sus instituciones sociales, económicas y políticas, sus valores y prácticas culturales y religiosas”.⁶⁸ Y agregó que “hechos como los señalados, que afectaron gravemente a los miembros del pueblo maya aquí en su identidad y valores y que se desarrollaron dentro de un patrón de masacres, causan un impacto agravado que compromete la responsabilidad internacional del Estado que esta Corte tomará en cuenta al momento de resolver sobre reparaciones”.⁶⁹ La Corte también había dado por probado que varias mujeres habían sido víctimas de violencia sexual.⁷⁰

Al momento de ordenar las reparaciones correspondientes, y a pesar de recordar la gravedad de los hechos que afectaron a los miembros del pueblos maya aquí en su identidad y valores, la existencia de un patrón de masacres e impunidad, la intensidad del sufrimiento causado a las víctimas y las alteraciones de sus condiciones de vida, la Corte tan solo estimó necesario ordenar el pago de una compensación por concepto de daño inmaterial, conforme a equidad.⁷¹ La Comisión había establecido la necesidad de que las medidas inmateriales de reparación, incluida la de

⁶⁸ Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C, núm. 105, párr. 42.7.

⁶⁹ *Ibidem*, párr. 51.

⁷⁰ *Ibidem*, párr. 49.19.

⁷¹ Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párrs. 80 y 82.

investigación, tengan en cuenta “la perspectiva colectiva, fundada en la comprensión de los elementos socioculturales característicos del pueblo maya [...] y la magnitud de los actos genocidas cometidos en su contra”. La CIDH sostuvo ante el Tribunal que “para los miembros de la comunidad de Plan de Sánchez la justicia es crucial para la reconciliación, la recomposición del tejido social y el proceso de dignificación del pueblo maya, a quienes por factores racistas le (*sic*) ha sido sistemáticamente denegada”.⁷²

No obstante, la Corte, al ordenar las investigaciones relativas a la masacre, no consideró necesario realizar determinaciones adicionales tales como la exigencia de que la investigación desenmascare cualquier motivo racista, prejuicios étnicos, o una violencia y brutalidad exacerbada por criterios discriminatorios. Apenas sostuvo:

Este Tribunal se ha referido en reiteradas ocasiones al derecho que asiste a los familiares de las víctimas de conocer lo que sucedió y de saber quiénes fueron los agentes del Estado responsables de los respectivos hechos. Tal como ha señalado la Corte, teniendo en cuenta las circunstancias agravantes del presente caso, la investigación de los hechos y la sanción de las personas responsables [...] es una obligación que corresponde al Estado, siempre que haya ocurrido una violación de los derechos humanos, y esa obligación debe ser cumplida seriamente y no como una mera formalidad.⁷³

Recientemente, *Castro Castro vs. Perú* se transformó en el primer caso en el que la Corte aplicó la Convención de Belém do Pará.⁷⁴ El Tribunal consideró que dicho instrumento constituye una referencia de interpretación de la Convención Americana.⁷⁵ Y añadió de manera puntual que de acuerdo con las obligaciones internacionales contraídas por Perú, este tiene el deber de garantizar el derecho de acceso a la justicia de acuerdo con lo establecido en la Convención Americana, pero además conforme a las

⁷² *Ibidem*, párrs. 90 a y e.

⁷³ *Ibidem*, párr. 96.

⁷⁴ Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 160.

⁷⁵ *Ibidem*, párr. 276.

obligaciones específicas que le imponen las convenciones especializadas que ha suscrito y ratificado en materia de prevención y sanción de la tortura y de la violencia contra las mujeres.⁷⁶ De acuerdo con el artículo 7.b de dicho tratado, Perú estaba obligado a actuar con la debida diligencia para investigar y sancionar este tipo de violencia.⁷⁷ Concluyó la Corte que, a fin de analizar si el Estado había cumplido con la obligación de investigar dispuesta en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, aplicaría las referidas disposiciones de la Convención de Belém do Pará, en razón de que especifican y complementan las obligaciones generales que tiene el Estado con respecto al cumplimiento de los derechos consagrados en la Convención Americana.⁷⁸ También el Tribunal Interamericano reconoció que la violencia sexual contra las mujeres tiene consecuencias físicas, emocionales y psicológicas devastadoras para ellas, que se ven agravadas en los casos de mujeres detenidas.⁷⁹ No pueden dejar de destacarse estos importantísimos fundamentos, particularmente teniendo en cuenta que la Comisión Interamericana en su demanda no había siquiera invocado la Convención de Belém do Pará ni la violencia contra las mujeres como elementos importantes del caso.⁸⁰

No obstante, y a pesar de los avances conceptuales y jurisprudenciales comentados, el Tribunal al analizar la obligación de investigar, juzgar y sancionar no explicó en qué consistía el deber de diligencia en el caso de violencia sexual, ni de qué manera el artículo 7.b de la Convención de Belém do Pará especifica y complementa las obligaciones emergentes de la Convención Americana. Tampoco la Corte analizó si dentro de los procesos comprendidos se estaban investigando puntualmente los hechos de violencia sexual que encontró como violatorios de las normas

⁷⁶ *Ibidem*, párr. 377.

⁷⁷ *Idem*.

⁷⁸ *Ibidem*, párr. 379.

⁷⁹ *Ibidem*, párr. 313.

⁸⁰ La Comisión sí invocó la violencia contra las mujeres y la interpretación conjunta de las obligaciones de investigar y sancionar emergentes de los arts. 1, 8 y 25 de la Convención con el art. 7 de la Convención de Belém do Pará, párr. 228, secciones p; q; r y párr. 369, sección f de sus alegatos finales.

internacionales, ni cuáles serían los criterios para llevar a cabo una investigación con la debida diligencia frente a ellos. En materia de reparaciones, si bien la Corte otorgó una indemnización monetaria a las víctimas de violencia sexual,⁸¹ al determinar las reparaciones inmateriales relativas a las investigaciones omitió establecer deberes particulares del Estado en la investigación de hechos de violencia sexual. Ni siquiera la Corte consideró que debía ordenar, dentro de la investigación general, el estudio particular de la conexión entre violencia y el sexo de la víctima.

En definitiva, en los dos casos analizados, la Corte sostuvo que todas o algunas de las violaciones establecidas ocurrieron debido al origen étnico o al sexo de las víctimas. En *Plan de Sánchez*, la Corte consideró que la masacre ocurrió en un contexto de ataques indiscriminados contra la población maya y que ello tuvo un grave impacto negativo en este pueblo. En *Castro Castro*, concluyó que algunas víctimas sufrieron violaciones de sus derechos exclusivamente por razón de su sexo y que, a su vez, fueron objeto de violencia sexual. Sin embargo, ello no acarrió ningún análisis acerca de la existencia de una obligación especial o adicional de investigación por parte del Estado en cuanto a la conexión entre violencia, discriminación y debida diligencia. Igualmente, a pesar de que la Corte dispuso reparaciones económicas diferenciadas por este tipo de violaciones, no lo hizo en cuanto a las investigaciones judiciales.

En el caso *Moiwana*, la Corte tomó en cuenta algunos factores que influyeron en la situación de impunidad que rodea a la masacre ocurrida en una aldea habitada por maroons en Suriname. En efecto, consideró expresamente que la ausencia de recursos efectivos es fuente de sufrimiento y angustia para las víctimas y sus familiares, y que la impunidad ha creado “en los miembros de la comunidad la convicción de que el Estado los discrimina activamente”.⁸² La Corte destacó especialmente el efecto que la impunidad tiene en las tradiciones de los maroons y sostuvo que “los miembros de la comunidad [...] han sufrido la indignación y

⁸¹ *Ibidem*, párr. 433. c. ix y x.

⁸² Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname. Excepciones Preliminares*, Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C, núm. 124, párr. 94.

vergüenza de haber sido abandonados por el sistema de justicia penal de Suriname —a pesar de las graves acciones perpetradas en contra de su aldea—. ⁸³ El Tribunal reconoció que estas personas no solo requieren justicia, sino también “conocer por qué ocurrieron las muertes”. ⁸⁴ Pero estos reconocimientos expresos no llevaron a la Corte a exigir que la investigación determinara si hubo un motivo racial o étnico en la perpetración de la masacre, o si la correlativa denegación de justicia tuvo una motivación y/o efecto discriminatorio.

5. CONCLUSIÓN

La Corte Interamericana ha sostenido con razón, que el principio de protección igualitaria, efectiva, y no discriminatoria de la ley está consagrada en múltiples instrumentos internacionales. Y que este hecho es un reflejo de la existencia de un deber universal de respetar y garantizar los derechos humanos, emanado precisamente de aquel principio general y básico. ⁸⁵ Pero estas dos verdades no relevan al intérprete de toda obligación de justificar sus apreciaciones y de realizar un análisis jurídico consistente de las consecuencias que se desprenden de tales verdades.

En particular, para órganos internacionales que deriven su legitimidad del poder de convicción de sus decisiones, resulta imperativo que expliquen de manera detallada y transparente sus determinaciones, las lógicas de sus razonamientos, los motivos para apartarse de textos expresos y las implicaciones jurídicas que se derivan de la aplicación de distintos instrumentos jurídicos.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos está en deuda con la comunidad hemisférica en dos sentidos. Por una parte, no ha explicado por qué puede apartarse del texto convencional para incluir nuevas categorías prohibidas de dis-

⁸³ *Ibidem*, párr. 96.

⁸⁴ *Ibidem*, párr. 97.

⁸⁵ Corte IDH. OC 18, nota a pie de página núm. 33 correspondiente al párr. 86, citando a 33 instrumentos internacionales de diversa naturaleza.

criminación. Tampoco ha analizado o manifestado cuáles son las consecuencias de que una categoría esté expresamente incluida como prohibida y, en particular, si a ella se aplica un estándar de justificación más estricto en cada caso que se alegue una discriminación basada en ella.

A pesar de haber reconocido, en varias ocasiones, la relación intrínseca entre discriminación y estado de vulnerabilidad de diferentes grupos,⁸⁶ la Corte aún no ha desarrollado estándares particularizados relativos a las obligaciones de investigar, juzgar y sancionar las violaciones a los derechos de las personas pertenecientes a ellos, cuyos derechos son violados precisamente por dicha pertenencia. Si hay personas que por la discriminación tradicional sufrida se encuentran en una situación de particular desventaja frente al resto de la sociedad, la violencia de la que son víctimas no puede ser investigada con los mismos criterios y estándares que se utilizan frente a la de cualquier otro tipo. No solo porque ello puede enmascarar que el origen de la violencia es precisamente un elemento discriminatorio, sino también porque no consideran las situaciones particulares de la víctima, tales como su género, su cultura, su lengua. Esto puede constituirse en un factor adicional de revictimización y, a la vez, puede llevar a una investigación ineficaz e inoperante.

Al igual que en muchos otros temas, como la conceptualización del fenómeno de las desapariciones forzadas,⁸⁷ el establecimiento de la incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención⁸⁸ o la prohibición de la penalización del discurso

⁸⁶ Corte IDH. OC 18, párr. 112 —trabajadores migratorios indocumentados—. Corte IDH. *Caso Ximenes López vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, núm. 149, párrs. 103-105 —personas que sufren discapacidades mentales—. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146, párr. 189 —pueblos indígenas—. Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 130, párr. 134 —niñas y mujeres—.

⁸⁷ CIDH. *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Argentina* (1980), cap. 3, El problema de los desaparecidos.

⁸⁸ CIDH. Informe núm. 28/92, Casos 10.174, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311, del 2 de octubre de 1992, e Informe 29/92, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1992-1993*.

ofensivo contra figuras públicas en casos de interés general,⁸⁹ la Comisión ha abierto caminos jurisprudenciales en materia de igualdad y no discriminación en el Sistema Interamericano. Tanto en la introducción de un análisis de escrutinio más estricto frente a categorías prohibidas de discriminación como en el desarrollo de la conexión entre violencia, discriminación y debida diligencia en la investigación. Quizás, en un tiempo no lejano, el Tribunal Interamericano siga estas líneas jurisprudenciales que otorgarán mayor protección a las víctimas de discriminación.

6. *POST SCRIPTUM*

Luego de la publicación de este artículo, la Corte Interamericana dictó una serie de sentencias que han comenzado a aclarar algunos de los claroscuros que señaláramos. En los próximos párrafos reseñaremos algunos de los avances registrados en ciertas áreas relativas a la no discriminación y la igualdad ante la ley.

En sus últimas sentencias contra Venezuela, la Corte avanzó en la diferenciación entre lo establecido en los artículos 1.1 y 24 de la Convención. En *Ríos*⁹⁰ y *Perozo*⁹¹ clarificó que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general, cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado al obligar a los Estados parte a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera que sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualesquiera de los derechos garantizados en la Convención, es *per se* incompatible con la misma. El artículo 24 de la Convención, por su parte, prohíbe

⁸⁹ CIDH. *Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, OEA/Ser. L/V/II.88, doc. 9 rev., 17 de febrero de 1995, 197-212.

⁹⁰ Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C, núm. 194.

⁹¹ Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencias de 28 de enero de 2009. Serie C, núm. 195.

todo tratamiento discriminatorio de origen legal. La prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la Convención, se extiende al derecho interno de los Estados parte. De acuerdo con el artículo 24, los Estados no pueden introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley.⁹² Esta línea jurisprudencial reafirma el entendimiento de que la garantía de no discriminación alcanza tanto a los derechos contenidos en la Convención Americana como a toda otra regulación legal realizada por el Estado en su legislación doméstica.

Los principales avances de la Corte se produjeron con relación a su jurisprudencia en torno a la discriminación y su relación con la violencia de género. Como indicamos en el texto, en la sentencia *Penal Miguel Castro* (párr. 292), la Corte por primera vez aplica la Convención de Belém do Pará. Pero en dicho caso, no había distinguido entre los actos de violencia que constituyen violencia de género y aquellas que constituyen una violación normal a los derechos convencionales. En los casos *Ríos* y *Perozo* mencionados, la Corte aclaró que no toda violación de un derecho humano cometida en perjuicio de una mujer conlleva necesariamente una violación de las disposiciones de la Convención de Belém do Pará. Para que ello suceda, al menos se requiere demostrar que las agresiones fueron especialmente dirigidas contra las mujeres o explicar las razones por las cuales las mujeres se convirtieron en un mayor blanco de ataque por su sexo.⁹³

Indudablemente, en el caso conocido como *Campo Algodonero*⁹⁴ relacionado con los asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez, México, fue donde la Corte hizo sus mayores aportes doctrinales en el área de violencia y discriminación. Por primera vez definió asesinatos contra mujeres como “violencia contra la mujer”,

⁹² *Caso Ríos*, párr. 348 y *Caso Perozo*, párr. 379.

⁹³ *Caso Ríos*, párr. 279 y *caso Perozo*, párr. 295.

⁹⁴ Corte IDH. *Caso González y otros (“Campo Algodonero”) vs. México*. Excepción Preliminar. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 205.

según la Convención Americana y la Convención Belém do Pará (párr. 231). Para ello, la Corte consideró una multiplicidad de factores incluidos: la definición de violencia contra la mujer contenida en la Convención Belém do Pará (párr. 226), el reconocimiento del Estado con respecto a la situación de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez (párr. 222), el señalamiento estatal con respecto a que los homicidios de mujeres en Ciudad Juárez “se encuentran influenciados por una cultura de discriminación contra la mujer” (párr. 228), los informes de la Relatoría de la CIDH —a los que nos referimos en el texto— que señalan que muchos de los homicidios de mujeres en Ciudad Juárez son manifestaciones de violencia basada en género (párr. 229), que las tres víctimas de este caso eran mujeres jóvenes, de escasos recursos, trabajadoras o estudiantes, como muchas de las víctimas de los homicidios en Ciudad Juárez, que fueron hechas desaparecer y sus cuerpos aparecieron en un campo algodonero y que sufrieron graves agresiones físicas y muy probablemente violencia sexual de algún tipo antes de su muerte (párr. 230). Estas diferentes pautas parecieran ser algunos de los elementos que deberán ser demostrados en el futuro para poder calificar a una agresión contra una mujer o un caso de violación, a uno o varios de los derechos humanos de una mujer como un supuesto de “violencia contra la mujer” o “violencia de género” que, entre otras cosas, permitirá la aplicación de la Convención de Belém do Pará.

La Corte, haciéndose eco de la crítica que desarrollamos en el texto, entendió en el caso *Campo Algodonero* que la obligación de investigar tiene “alcances adicionales” en casos que se enmarcan en un contexto general de violencia contra la mujer. Al igual que nuestra propuesta en el texto, el Tribunal Interamericano reitera la jurisprudencia europea desarrollada a partir del caso *Nachova y otros vs. Bulgaria*, en el que el Tribunal Europeo había indicado que “cuando un ataque es motivado por razones de raza, es particularmente importante que la investigación sea realizada con vigor e imparcialidad, teniendo en cuenta la necesidad de reiterar continuamente la condena de racismo por parte de la sociedad y para mantener la confianza de las minorías en la habilidad de las autoridades de protegerlas de la amenaza de violencia racial”. Acertadamente, la Corte Interamericana adicionó: “El criterio

anterior es totalmente aplicable al analizarse los alcances del deber de debida diligencia en la investigación de casos de violencia por razón de género” (párr. 293).

Desarrolló pautas sobre cómo debería conducirse una investigación eficaz cuando las violaciones responden a un patrón estructural o sistemático, como ocurre en un contexto de violencia contra la mujer. El Tribunal reiteró que cuando ciertas líneas de investigación eluden el análisis de los patrones sistemáticos en los que se enmarcan cierto tipo de violaciones a los derechos humanos, pueden generar ineficacia en las investigaciones (párr. 366). En *Campo Algodonero* criticó que no existía una mínima valoración judicial de los efectos del contexto respecto a las investigaciones por estos homicidios de las tres mujeres (párr. 369), ni que no se contemplara a las agresiones a mujeres como parte de un fenómeno generalizado de violencia de género (párr. 370).

Al igual que como abogamos, el Tribunal reconoció que la violencia contra la mujer es una violación de la obligación de no discriminar contenida en el artículo 1.1 de la Convención. Para ello, tomó en cuenta la definición de discriminación contra la mujer contenida en la CEDAW y a la Convención de Belém do Pará que señala que la violencia contra la mujer es “una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres” y reconoce que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye el derecho a ser libre de toda forma de discriminación (párr. 394), así como la Recomendación general 19 a la que hicimos referencia en la nota a pie 43.

También recapituló la tesis desarrollada por la Corte Europea en el caso *Opuz vs. Turquía*, donde se indicó que “la falla del Estado de proteger a las mujeres contra la violencia doméstica viola el derecho de ellas a igual protección de la ley y esta falla no necesita ser intencional”. La Corte Europea consideró que aunque la pasividad judicial general y discriminatoria en Turquía no era intencional, el hecho de que afectaba principalmente a las mujeres permitía concluir que la violencia sufrida por la peticionaria y su madre podía considerarse violencia basada en género, lo cual es una forma de discriminación en contra de las mujeres

(párr. 396). Es decir que la Corte Interamericana se hace eco de la teoría de la discriminación indirecta o por efecto desproporcionado.

Aquí la Corte realizó una contribución importante al clarificar el efecto de estereotipo de género sobre la violencia contra la mujer y la subsecuente impunidad que genera y calificarlos como discriminatorios. Según *Campo Algodonero*, 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 (párr. 401). Para arribar a tal conclusión, partió el Tribunal estableciendo que algunas autoridades mencionaron que las víctimas eran “voladas” o que “se fueron con el novio”. Esta indiferencia, por sus consecuencias respecto a la impunidad del caso, reproduce la violencia que se pretende atacar, sin perjuicio de que constituye en sí misma una discriminación en el acceso a la justicia. La impunidad de los delitos cometidos envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia. La Corte recordó el tantas veces mencionado informe de la CIDH sobre *Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia* que reseñáramos en este trabajo (párr. 400). Definió al estereotipo de género como una concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres, respectivamente. Y agregó que es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominante y persistente, 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 (párr. 401).

Para concluir esta breve y desorganizada actualización de la evolución jurisprudencial de la Corte con posterioridad a nuestro trabajo, queremos referirnos al tratamiento de las reparaciones debidas en contextos de discriminación estructural. En *Campo Algodonero* el Tribunal parte de la idea que la reparación integral implica el restablecimiento 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, debe tenerse en cuenta la situación de discriminación estructural, por lo cual 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. No es admisible, para la Corte, una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación (párr. 450). Conforme a ello, la Corte valoró las medidas de reparación solicitadas a la luz de ciertos criterios, entre los que incluyó que las reparaciones restablezcan en la mayor medida de lo posible a las víctimas en la situación anterior a la violación, en aquello en que no se interfiera con el deber de no discriminar, se orienten a identificar y eliminar los factores causales de discriminación y se adopten desde una perspectiva de género, tomando en cuenta los impactos diferenciados que la violencia causa en hombres y en mujeres (párr. 451). Esta aproximación teórica abre la puerta para potenciales desarrollos jurisprudenciales que pueden generar positivos efectos para sectores tradicionalmente víctimas de discriminación estructural. Pensamos, por ejemplo, en cómo se considerarán en el futuro las reparaciones por violaciones al derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales. ¿Se les considerará simplemente como una violación del derecho de propiedad, como lo ha hecho hasta ahora la Corte? ¿O se entenderá que la desposesión territorial de los indígenas es una parte de la discriminación estructural de la que son víctimas? Si es este último el caso, ¿será suficiente que la Corte ordene, como ha hecho hasta ahora, la restitución de las tierras tradicionales y un fondo de desarrollo comunitario? ¿O estas reparaciones son simplemente restituir el *status quo* discriminatorio? ¿Se requerirán más órdenes tendentes a redistribuir el acceso a recursos naturales?

En definitiva, la sentencia dictada en el caso *Campo Algodonero* representa un avance muy importante y decidido de la Corte en el sentido de una jurisprudencia más consistente en materia de igualdad y no discriminación.

Su análisis de los efectos de la discriminación estructural es de especial relevancia para la región más desigual del planeta. Resta por verse si la Corte será consistente y coherente en esta línea jurisprudencial.

Es un dato esperanzador que el Tribunal se haya hecho eco de las críticas a ciertos vacíos e incoherencias que presentamos en nuestro trabajo y haya estado dispuesta a reconsiderar sus decisiones previas. Pero además, es un llamado para quienes analizamos, argumentamos y/o aplicamos la jurisprudencia de la Corte, a realizar una lectura crítica antes que una recitación mecánica de las sentencias interamericanas para contribuir a sus evolución.

XI. Cuando los afrodescendientes se transformaron en “pueblos tribales”: el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y las comunidades rurales negras*

1. INTRODUCCIÓN

En la última década, la Corte Interamericana de Derechos Humanos avanzó en el reconocimiento y la protección del derecho colectivo al territorio ancestral de los afrodescendientes. En particular, en el caso del *pueblo Saramaka* (Surinam), en 2007, la Corte fundamentó su jurisprudencia en una aproximación cultural al territorio y a los recursos naturales, asimilando a las comunidades negras rurales con la noción de pueblo tribal, utilizada previamente en casos relativos a territorios indígenas. No obstante, esta solución jurídica deja sin resolver las causas profundas de la discriminación racial presentes en la inequitativa estructura de la propiedad agraria en la región, que ha marginado a las comunidades negras desde siempre. Aunque el concepto culturalista del territorio aplicado en la jurisprudencia le permitió a la Corte ordenar al Estado el cumplimiento de varias obligaciones conexas, como la titulación colectiva y la garantía de la consulta previa, la protección dada limita el ejercicio del derecho a la autodeterminación de las comunidades y deja intactas las causas de la discriminación. Una adecuada protección jurisdiccional de los territorios ancestrales debe propugnar por unir el argumento de reconocimiento étnico-cultural con respuestas judiciales a las

* Este trabajo fue publicado en la revista *El Otro Derecho*, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), núm. 41, Bogotá, 2010.

grandes desigualdades socioeconómicas de las comunidades negras, a través de políticas de redistribución.

En el caso *Saramaka*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte o la Corte Interamericana), resolvió que el pueblo Saramaka —uno de los seis grupos distintivos maroon de Surinam, cuyos ancestros fueron esclavos africanos llevados a la fuerza a Surinam durante la colonización europea en el siglo XVII— conforman una “comunidad tribal”.¹ Para arribar a tal conclusión, el Tribunal consideró que las características sociales, culturales y económicas de los saramakas son diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, particularmente gracias a la relación especial existente con sus territorios ancestrales y porque se regulan ellos mismos, al menos en forma parcial, a través de sus propias normas, costumbres y tradiciones.² Fundamentalmente, la Corte basó su análisis en una aproximación cultural tanto a la identidad de esta comunidad afrodescendiente como a su relación con el territorio. Para el Tribunal Interamericano, la cultura de los saramakas

es muy parecida a aquella de los pueblos tribales en tanto [...] mantienen una fuerte relación espiritual con el territorio ancestral que han usado y ocupado tradicionalmente. La tierra significa más que meramente una fuente de subsistencia para ellos; también es una fuente necesaria para la continuidad de la vida y de la identidad cultural, [...] forma parte de su esencia social, ancestral y espiritual.³

La aproximación cultural a la tierra, el territorio y los recursos naturales, así como la equiparación de una comunidad afrodescendiente a un pueblo tribal, fueron los mecanismos utilizados por la Corte para extender a ciertas comunidades rurales afrodescendientes la jurisprudencia que había desarrollado hasta ese momento en relación con pueblos indígenas. En efecto, el tribunal sostuvo que:

la jurisprudencia de la Corte respecto del derecho de propiedad de los pueblos indígenas también es aplicable a los pueblos tribales

¹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C, núm. 172, párr. 80.

² *Ibidem*, párr. 84.

³ *Ibidem*, párr. 82.

dado que comparten características sociales, culturales y económicas distintivas, incluyendo la relación especial con sus territorios ancestrales, que requiere medidas especiales conforme al derecho internacional de los derechos humanos a fin de garantizar la supervivencia física y cultural de dicho pueblo.⁴

La Corte, junto con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, integra el llamado Sistema Interamericano de Derechos Humanos, creado dentro de la Organización de los Estados Americanos (OEA). En los últimos diez años, el Sistema Interamericano ha comenzado a adoptar decisiones de manera sistemática en casos relativos a reclamos territoriales de pueblos indígenas y afrodescendientes. Particularmente, la jurisprudencia interamericana ha reconocido el derecho colectivo de indígenas y afrodescendientes al territorio.⁵ Esta jurisprudencia continuará desarrollándose necesariamente, debido a la cantidad de casos en trámite: de acuerdo con la información pública, hoy existen en el sistema más de 70 casos relativos a pueblos indígenas, muchos de los cuales se refieren a reclamos territoriales⁶ y existe un número menor de casos relativos a afrodescendientes.

Este trabajo se concentra en un aspecto particular de todas las reivindicaciones que los pueblos y movimientos indígenas y afrodescendientes han venido promoviendo en las últimas décadas ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: la protección de las tierras y territorios que estas comunidades tradicionalmente han poseído y ocupado, así como de los recursos naturales que hay en ellos —aguas, bosques, fauna, minerales, etc.—. El trabajo analiza los límites que derivan de una estrategia litigiosa basada en la aproximación cultural al territorio y la transformación de los grupos afrodescendientes en “pueblos tribales”. ¿Cuáles son los derechos que se protegen a través de los li-

⁴ *Ibidem*, párr. 86.

⁵ Madariaga, Isabel, “Relatoría sobre los derechos de los pueblos indígenas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en *Ponencia presentada en el III Curso Interamericano*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 28 de octubre de 2002. Pasqualucci, Jo M., “The Evolution of International Indigenous Rights in the Inter-American Human Rights System”, en *Human Rights Law Review*, vol. 6, núm. 2, 2006.

⁶ Madariaga, *op. cit.*, 2002.

tigios interamericanos? ¿Qué problemas presenta el hecho de que la jurisprudencia interamericana se base fundamentalmente en la relación cultural única de los pueblos indígenas y los afrodescendientes, que califican como “pueblos tribales”, con sus tierras tradicionales? ¿Qué grupos quedan excluidos de formular reclamos similares? ¿Protege suficientemente el Sistema Interamericano los recursos naturales que se encuentran en los territorios tradicionales? ¿Sirve esta aproximación para atacar la discriminación estructural de la que son víctimas los afrodescendientes en América Latina? Estas preguntas se desarrollarán en este análisis, que se divide en cuatro grandes secciones. La primera presenta de manera sucinta las principales líneas jurisprudenciales interamericanas en materia de derechos territoriales colectivos de indígenas y afrodescendientes. La segunda sección analiza algunos de los principales desafíos, obstáculos, complicaciones e interrogantes generados por la jurisprudencia interamericana en materia de reclamos territoriales indígenas y afrodescendientes. En la tercera sección se plantean alternativas para ampliar los efectos de los litigios territoriales desde el Sistema Interamericano, y en la sección final se extraen una serie de conclusiones tentativas.

2. LÍNEAS JURISPRUDENCIALES INTERAMERICANAS EN CUANTO A LA PROTECCIÓN DE TERRITORIOS COLECTIVOS DE PUEBLOS INDÍGENAS Y AFRODESCENDIENTES

La jurisprudencia interamericana extiende los alcances del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷ para proteger “el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal”.⁸

⁷ El art. 21 de la Convención prescribe que: Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

⁸ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, núm. 79, párr. 148.

Para llegar a esta conclusión, la Corte partió del reconocimiento de ciertas particularidades culturales de los pueblos indígenas, su especial conexión con la tierra y ciertas formas organizativas comunitarias. Entendió que:

Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de esta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica.⁹

Al destacar la conexión entre cultura y protección del territorio, el Tribunal indicó que:

...la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituida a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no solo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural.¹⁰

Agregó la Corte que la relación que mantienen los pueblos indígenas con la tierra:

...es de una calidad tal que su desvinculación de la misma implica riesgo cierto de una pérdida étnica y cultural irreparable, con la consecuente vacante para la diversidad que tal hecho acarrearía.¹¹

⁹ *Ibidem*, párr. 149.

¹⁰ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C, núm. 142, párr. 145; Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146, párr. 118.

¹¹ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C, núm. 142, párr. 216.

La Corte insistió en “la significación especial de la propiedad comunal de las tierras ancestrales” para “preservar su identidad cultural y transmitirla a las generaciones futuras”.¹²

Desde esta perspectiva, de acuerdo con la Corte, la no realización de los derechos territoriales amenaza “el libre desarrollo y transmisión de su cultura y prácticas tradicionales”.¹³

Al acarrear el menoscabo de “valores muy representativos”, los miembros de los pueblos indígenas “corren el peligro de perder o sufrir daños irreparables en su vida e identidad y en el patrimonio cultural por transmitirse a las futuras generaciones”.¹⁴

A partir del año 2005, la Corte extendió estos mismos principios a ciertas comunidades rurales afrodescendientes a las que definió como “pueblos o comunidades tribales”, utilizando la terminología del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. En el caso *Moiwana*, la Corte consideró que una comunidad maroon afrodescendiente de Surinam poseía “una «relación omnicomprendensiva» con sus tierras tradicionales, y su concepto de propiedad en relación con ese territorio no se centra en el individuo, sino en la comunidad como un todo”.¹⁵ Por ello, se podía aplicar a esta situación la misma jurisprudencia desarrollada por la Corte en cuanto a los pueblos indígenas.

En el caso *Saramaka*, también contra Surinam, y que como se indicó, fue igualmente entablado por una comunidad afrodescendiente, la Corte explicó con más detalle la aplicabilidad de la jurisprudencia indígena a los afrodescendientes. Dado que los

¹² Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, 2008, párr. 149.

¹³ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C, núm. 142, párr. 155. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146, párr. 143.

¹⁴ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C, núm. 142, párr. 222.

¹⁵ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C, núm. 124, párr. 133.

miembros del pueblo Saramaka poseen características sociales, culturales y económicas diferentes del resto de la sociedad surinamesa, particularmente por su relación especial con sus territorios ancestrales, y porque se autorregulan, al menos en forma parcial, a través de sus propias normas, costumbres y tradiciones, puede considerárseles una “comunidad tribal”.¹⁶ Con base en esto, la Corte consideró que su jurisprudencia en materia indígena se extiende a aquellas comunidades rurales afrodescendientes “que comparten características sociales, culturales y económicas distintivas, incluyendo la relación especial con sus territorios ancestrales, que requiere medidas especiales conforme al derecho internacional de los derechos humanos a fin de garantizar [su] supervivencia física y cultural”.¹⁷ Todo ello porque, a criterio del Tribunal Interamericano, el derecho internacional protege similarmente los derechos territoriales de pueblos o comunidades tribales y los de pueblos indígenas.¹⁸

Respecto al contenido específico de los derechos territoriales colectivos, la Corte entendió que el dominio y posesión “no se centra[n] en un individuo sino en el grupo y en la comunidad”,¹⁹ de manera que la propiedad colectiva incluye “los elementos incorporables que se desprendan de ellos”.²⁰ Tal como se explicara, la propiedad y posesiones se extienden a “los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren”.²¹ Dado que las comunidades indígenas o afrodescendientes se pueden encontrar en distintas situaciones en relación con sus territorios, la Corte ha especificado los efectos de los diferentes supuestos:

- 1) La posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado;

¹⁶ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 172, párr. 84.

¹⁷ *Ibidem*, párr. 86.

¹⁸ ONU, Comité de Derechos Humanos, 1994, párrs. 1 y 3.2; Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka*, *supra*, párr. 93.

¹⁹ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, *supra*, párr. 120.

²⁰ *Ibidem*, párr. 118.

²¹ *Idem*.

- 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro;
- 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aun a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe, y
- 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y estas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad.²²

Frente a estos distintos supuestos y a fin de hacer efectivos los derechos territoriales, la Corte ha ordenado a los Estados en los casos de comunidades en posesión de la tierra “identificar el territorio [...] estableciendo sus límites y demarcaciones, así como su extensión”.²³ Si la comunidad no está en posesión de la tierra, el Estado debe “asegurar la disponibilidad monetaria” para “la compra o expropiación” de las tierras, en la eventualidad de que “estas se encuentren en manos privadas”,²⁴ y emprender las respectivas gestiones para ello. En ambos supuestos, el Estado debe titular y entregar “física y formalmente” a la comunidad el territorio.²⁵ Finalmente, el Estado debe entregar, de manera excepcional y siempre que se presenten “motivos objetivos y fundamentados que imposibiliten que el Estado reivindique el territorio identificado como el tradicional de la comunidad”,²⁶ “tierras alternativas” elegidas “de manera consensuada”, considerando “el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista”²⁷ y teniendo

²² *Ibidem*, párr. 28.

²³ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra*, párr. 34.

²⁴ *Ibidem*, párr. 35.

²⁵ *Ibidem*, párr. 34.

²⁶ *Idem*.

²⁷ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra*, párr. 148.

“como orientación principal el significado que tiene la tierra” para las comunidades.²⁸

En la definición e implementación de las reparaciones, la Corte ha requerido “la participación y el consentimiento informado de las víctimas, expresado a través de sus representantes”.²⁹

La explotación indebida de recursos naturales por agentes estatales o privados sin que previamente se cumplan las normas para su protección atenta contra “la supervivencia y la integridad cultural de la comunidad y sus miembros”,³⁰ así como contra “la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la comunidad”.³¹ En el caso *Saramaka*, la Corte clarificó las condiciones en las cuales se pueden llevar a cabo planes de desarrollo o inversión que incluyan el otorgamiento de concesiones para la exploración o explotación de recursos naturales dentro de territorios afrodescendientes, la Corte destacó nuevamente que los integrantes del pueblo saramaka tienen el derecho a usar y gozar de los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio que ocupan tradicionalmente y que sean necesarios para su supervivencia. Pero, a continuación, el Tribunal estableció que el derecho de propiedad no prohíbe *per se* el otorgamiento de concesiones para la exploración o explotación de recursos naturales. Dichas concesiones deben cumplir al menos tres garantías:³²

- 1) Participación efectiva de la comunidad respectiva, garantizando la consulta previa;³³

²⁸ *Ibidem*, párr. 149.

²⁹ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana*, *supra*, párr. 210 y de sus “líderes”, Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, *supra*, párr. 233.

³⁰ CIDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, 2008, párr. 140k.

³¹ *Ibidem*, párr. 153b.

³² Corte IDH. *Caso Saramaka*, 2007, párr. 129; Informe núm. 40/04, Caso 12.053, 2004, párr. 142.

³³ Corte IDH. *Caso Saramaka*, 2007, párr. 133.

- 2) Razonable distribución compartida de los beneficios entre el Estado y la comunidad;³⁴
- 3) Evaluaciones previas del impacto ambiental y social en el territorio de la comunidad.³⁵

Ante violaciones de los derechos territoriales, la Corte ha requerido la adopción de “todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole necesarias para asegurar a los miembros de la [...] comunidad su derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales [...] y asegurar, por lo tanto, el uso y goce de estos territorios”.³⁶ El Tribunal exige “diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, así como [...] asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales”³⁷ e instituir “procedimientos adecuados”,³⁸ “accesibles y simples”,³⁹ “para procesar las reivindicaciones de tierras de los pueblos indígenas interesados”,⁴⁰ “a fin de resolver los reclamos de modo que estos pueblos tengan una posibilidad real de devolución de sus tierras”.⁴¹

La Corte también ha ordenado una reparación económica colectiva mediante el establecimiento de fondos de desarrollo comunitario y ha establecido, a grandes rasgos, en qué proyectos deben invertirse los recursos de tales fondos. Igualmente, ha establecido que “los elementos específicos” de dichos fondos y programas de desarrollo deberán ser determinados por un comité tripartito de implementación, integrado por un representante designado por las víctimas y otro por el Estado y un tercer miembro designado de común acuerdo entre las víctimas y el Estado.⁴²

³⁴ *Ibidem*, párrs. 138 y 139.

³⁵ *Ibidem*, párrs. 40-42.

³⁶ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana*, *supra*, párr. 209.

³⁷ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, *supra*, 2001, párr. 135.

³⁸ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra*, párr. 102.

³⁹ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, *supra*, 2006, párr. 109.

⁴⁰ Corte IDH. *Caso de la Comunidad indígena Yakye Axa*, *supra*, párr. 102.

⁴¹ *Idem*.

⁴² Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, *supra*, 2001, párr. 167; Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, *su-*

En resumen, la Corte ha realizado una interpretación progresiva del derecho de propiedad, ampliando el contenido tradicional del derecho de propiedad típicamente individual a un derecho de ejercicio colectivo y con implicaciones culturales particulares,⁴³ aplicando el criterio tanto a pueblos indígenas como a aquellas comunidades afrodescendientes que califican como pueblos tribales.

3. LOS DESAFÍOS, OBSTÁCULOS, COMPLICACIONES E INTERROGANTES SURGIDOS A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA EN MATERIA DE RECLAMOS TERRITORIALES INDÍGENAS Y AFRODESCENDIENTES

El breve resumen de la jurisprudencia demuestra cómo el Sistema Interamericano ha venido desarrollando una doctrina importante relativa a los reclamos territoriales. Ello, gracias al trabajo de los pueblos indígenas y afrodescendientes, así como de quienes han litigado en su nombre. Se ha considerado que la jurisprudencia de la Corte consolida una tendencia contemporánea del derecho internacional que ayuda a fortalecer a los pueblos indígenas en sus demandas para la autodeterminación como grupos distintos con derechos territoriales seguros.⁴⁴ También, la jurisprudencia interamericana en materia de reclamos territoriales ha sido definida como progresista, vanguardista o revolucionaria.⁴⁵

pra, párrs. 1. 205 y 206; Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana*, *supra*, párrs. 214 y 215; Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, *supra*, párrs. 224 y 225 y Corte IDH. *Caso Saramaka*, *supra*, párrs. 201 y 202.

⁴³ Nash Rojas, Claudio, “Los derechos humanos de los indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Aylwin, J. (ed.), *Derechos humanos y pueblos indígenas. Tendencias internacionales y contexto chileno*, Chile, Instituto de Estudios Internacionales-Universidad de la Frontera, 2004, pp. 29-43.

⁴⁴ Anaya, James y Grossman, Claudio, “The Case of *Awas Tingni v. Nicaragua*: A New Step In The International Law of Indigenous Peoples”, en *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 19, núm. 1, 2002.

⁴⁵ Mooney, Megan, “How the Organization of American States Took the Lead: The Development of Indigenous Peoples’s Rights in the Americas”, en *American Indian Law Review*, vol. 31, núm. 2, 2006-2007, pp. 553, 550 y 560.

Los siguientes párrafos presentan una reflexión crítica orientada a analizar los límites de esta tendencia jurisprudencial, particularmente respecto de lo que denominamos una aproximación cultural al territorio, y a cuestionar hasta dónde los argumentos desarrollados por la Corte Interamericana fortalecen efectivamente la posición política de los pueblos indígenas y afrodescendientes.

3.1. La aproximación cultural al territorio supone la esencialización de la identidad cultural y la exclusión de grupos

La jurisprudencia interamericana ha basado la protección de los territorios colectivos en las particularidades culturales y la especial conexión cultural de los pueblos indígenas y algunas comunidades afrodescendientes con los territorios. De allí que algunos autores hayan comenzado a hablar de una doctrina de la *conexión distintiva* entre territorio y pueblo indígena, donde esta conectividad particular con el territorio es lo que, precisamente, lleva a darle reconocimiento legal a los derechos de propiedad.⁴⁶

Sin embargo, la aproximación cultural al territorio presenta dificultades en la medida en que esencializa la cultura, la detiene en un momento determinado y no permite apreciar acabadamente la fluidez de la misma. Particularmente a través de peritajes antropológicos, los litigantes han debido resaltar ciertas particularidades culturales que aparecen relevantes para la Corte Interamericana, tales como la ancestralidad o ciertas cosmovisiones, religiosidades y formas comunitarias de convivencia, entre otras. En la realidad, sin embargo, en el seno de las propias comunidades involucradas existe un fuerte dinamismo y una gran capacidad de cambio, es decir, una renegociación permanente de las relaciones culturales de identidad-territorio. Por tanto, la relación cultural con el territorio no es estable ni definitiva, sino que está enmarcada en relaciones sociales fluctuan-

⁴⁶ Dannenmaier, Eric, "Beyond Indigenous Property Rights: Exploring the Emergence of a Distinctive Connection Doctrine", en *University Law Review*, Washington, vol. 86, p. 53, 2008.

tes, ya sea en el interior de las comunidades o en la sociedad en su conjunto.⁴⁷

En el caso de las comunidades afrodescendientes, la aproximación cultural al territorio, como puede apreciarse en los casos *Moiwana* y *Saramaka*, las obliga a afirmar sus particularidades culturales a través de una asimilación a las condiciones indígenas para calificar como pueblos o comunidades tribales.⁴⁸ Ello excluye a muchas comunidades afrodescendientes que, siendo rurales, no reivindican ninguna particularidad cultural, como sucede con un gran número de comunidades predominantemente afrodescendientes de trabajadores sin tierra en Brasil. Esta aproximación tampoco permite cubrir fácilmente la situación de las comunidades afrodescendientes que explotan recursos naturales, pero no necesariamente reivindican una particular adhesión cultural a un territorio asimilable a la indígena. ¿Qué tipo de protección recibirán para sus derechos a la propiedad si los reclaman de manera colectiva y no individualizada?⁴⁹

También puede marginar de los desarrollos jurisprudenciales la situación de reclamos colectivos que involucran poblaciones rurales sin las particularidades culturales resaltadas por el Sistema Interamericano.⁵⁰ La Corte no ha explicado hasta ahora las consecuencias prácticas que su aproximación cultural al territorio tiene para una población enteramente rural, pero que no es ni indígena ni afrodescendiente, sino mestiza o ladina.⁵¹ Dado que todo régimen de tenencia de la tierra fija ciertas poblaciones

⁴⁷ Hoffmann, 2002, 359.

⁴⁸ Torres, Gerald, “Indigenous Peoples, Afro-Indigenous Peoples and Reparations”, en Lenzerini, Federico (ed.), *Reparations for Indigenous Peoples: International and Comparative Perspectives*, USA, Oxford University Press, 2008, pp. 117-142.

⁴⁹ Ng’weno, Bettina, “Can Ethnicity Replace Race? Afro-Colombians, Indigeneity and the Colombian Multicultural State”, en *Journal of Latin American and Caribbean Anthropology*, special issue, vol. 12, núm. 2, 2007 pp. 414-440.

⁵⁰ Por ejemplo, el Movimiento Sem Terra de Brasil.

⁵¹ Corte IDH. Informe núm. 45/07, 2007; Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripan*, 2005; Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, 2006; Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango*, 2006.

rurales a un cierto territorio, mientras promueve la movilidad geográfica de otros,⁵² la aproximación cultural opta por localizar geográficamente solo a las comunidades rurales que pueden demostrar su indigeneidad o africanidad de una manera cultural determinada.

Finalmente, esta aproximación cultural puede producir diferentes efectos hacia el interior del movimiento negro latinoamericano y replicar discusiones dadas en otros ámbitos, entre aquellos sectores que promueven una identificación cultural afrodescendiente y aquellos que favorecen una identificación racial. Si bien estas posiciones no son necesariamente incompatibles, sí conducen a estrategias diferenciadas y, en el caso de litigio ante el Sistema Interamericano, obligan a resaltar la identidad cultural antes que la racial, promoviendo una vez más la invisibilización del fenómeno racial.⁵³

3.2. Las formas estatales de propiedad, los intereses económicos de terceros y la aproximación cultural al territorio

La Corte no ha extendido completamente los efectos de su doctrina de la relación cultural única entre el territorio y los pueblos indígenas y afrodescendientes. Por un lado, en sus órdenes el Tribunal ha establecido la incorporación del régimen de propiedad colectiva indígena y afrodescendiente a las formas regulares de propiedad, tal como generalmente se encuentran reconocidas por el derecho civil en los países latinoamericanos, al ordenar la identificación, demarcación y titulación de las tierras colectivas y la exclusión de terceros de dichas propiedades. Pero, por otro lado, no ha desarrollado ningún otro tipo de modelo alternativo de régimen de propiedad basado en las formas propias de tenen-

⁵² Boone, Catherine, "Property and Constitutional Order: Land Tenure Reform and the Future of the African State", en *African Affairs*, núm. 106. 2007, p. 561.

⁵³ Dulitzky, Ariel E., "A Region in Denial: Racial Discrimination and Racism in Latin America", en Dzidziyeno, A. y Oboler, S. (eds.), *Neither Enemies Nor Friends: Latinos, Blacks, Afro-Latinos*. UK, Palgrave Macmillan, 2005.

cia de la tierra de las comunidades, por ejemplo, reconociendo la inexistencia de límites fijos o la utilización de sistemas de límites amorfos, permeables, movibles o de uso compartido de territorios por varias comunidades.⁵⁴

En los casos de las comunidades que han sido desposeídas de sus territorios, el Tribunal ha evitado extender las consecuencias lógicas de su jurisprudencia sobre el vínculo especial y cultural de los pueblos indígenas y afrodescendientes con sus territorios. La Corte, como se ha explicado, ha reconocido la especial conexión con la tierra que tienen comunidades indígenas y afrodescendientes, situación que precisamente crea el derecho de propiedad colectiva y distingue a estas comunidades de otros sectores de la sociedad. Sin embargo, cuando ha tenido que resolver la situación de las comunidades que han sido desplazadas de sus territorios, el Tribunal no solamente no ha establecido todos los efectos procesales o sustantivos necesarios para dar efecto a esta especial relación, sino que ha permitido que prevalezcan otros intereses.

En los casos *Yakye Axa* y *Sawhoyamaya*, donde las comunidades indígenas estaban viviendo en la carretera al margen de las tierras reclamadas, el Tribunal ha permitido que el Estado compre y entregue a las comunidades tierras alternativas a las tierras tradicionales reclamadas, en el supuesto de que estas últimas estén en posesión de terceros y siempre que se presenten ciertas circunstancias.⁵⁵ La Corte indicó que el hecho de que las tierras tradicionales se encuentren en manos privadas no es *per se* un motivo objetivo y fundamentado que impida la devolución de la tierra a la comunidad implicada,⁵⁶ pero frente a estas desposesiones, no ha establecido, por ejemplo, una presunción de invalidez de los títulos de terceros frente a tierras tradicionales, o una suerte de prioridad de los reclamos territoriales de indí-

⁵⁴ Anaya, James y Campbell, Maia, “Gaining Legal Recognition of Indigenous Land Rights: The Story of the Awas Tingni Case in Nicaragua”, en Hurwitz, D.; Satterthwaite, M, y Ford, D. (eds.), *Human Rights Advocacy Stories*, USA, Foundation Press, 2008, p. 147.

⁵⁵ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra*, 2006.

⁵⁶ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, *supra*, 2006, párr. 214.

genas y afrodescendientes frente a terceros. Por el contrario, el Tribunal Interamericano permite que los Estados sacrifiquen los derechos territoriales indígenas y afrodescendientes a favor de los intereses económicos de terceros sin ninguna vinculación particular con la tierra.

En efecto, en los casos *Yakye Axa* y *Sawhoyamaxa*, la Corte no consideró relevante, a fin de otorgar prioridad a los reclamos indígenas, que las tierras fuesen poseídas por grandes hacendados o compañías agrícolas que no reclaman ninguna relación especial con la tierra salvo la relación económica. Si bien el Tribunal estableció que el Estado debía devolver las tierras a las comunidades, consideró que si ello “no fuera posible, el Estado deberá entregarles tierras alternativas, electas de modo consensuado con la comunidad indígena en cuestión, conforme a sus propias formas de consulta y decisión, valores, usos y costumbres”.⁵⁷ Es decir que el vínculo cultural hasta ahora no prevalece claramente sobre el vínculo económico de terceros en la jurisprudencia interamericana. La Corte, a la inversa de lo que sostuvo en los casos *Yakye Axa* y *Sawhoyamaxa*, podría haber determinado que el Estado debía entregar la tierra particularmente reclamada a los pueblos indígenas y entregarles a los hacendados tierras equivalentes.

3.3. La culturalización del uso, disfrute y explotación de los recursos naturales

La Corte ha clarificado y establecido pautas sobre cuándo y cómo el Estado puede explotar, por sí solo o a través de concesiones, los recursos naturales situados en los territorios indígenas y afrodescendientes. El Tribunal ha dicho que se encuentran protegidos por el derecho de propiedad “aquellos recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida”,⁵⁸ del respectivo pueblo. El Tribunal les reconoce a los indígenas y afrodescendientes el uso y goce de los recursos naturales que sean

⁵⁷ *Ibidem*, párr. 212.

⁵⁸ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka*, *supra*, párr. 122.

“necesarios para [su] subsistencia física”⁵⁹ o “esenciales para [su] subsistencia”,⁶⁰ pero no necesariamente, o al menos no de manera expresa, aquellos que, por ejemplo, sean necesarios para mejorar su situación económica o social, aumentar sus ingresos, crear fondos de reservas para futuras generaciones, entre otras.

Además, la jurisprudencia interamericana solo protege los recursos naturales “tradicionalmente utilizados”. Ello, por un lado, significa desconocer la dinámica y evolución de las prácticas de utilización de recursos naturales por parte de los indígenas y afrodescendientes, lo que, a su vez, es una de las consecuencias de esencializar o paralizar la cultura en un momento determinado. Por otro lado, impide que los recursos naturales que no han sido tradicionalmente utilizados, por ejemplo el petróleo, gocen de la cabalidad de las protecciones otorgadas por la Corte. Como lo señalaba un analista criticando una similar aproximación de la Corte Constitucional de Colombia:

¿Qué sucedería si nuevas generaciones de indígenas desearan transformar sus tradiciones económicas? ¿Qué sucedería si los cambios demográficos dentro de los grupos aborígenes exigieran modificar sus sistemas productivos? [...] ¿No está contribuyendo la Corte a esta parálisis cultural de los grupos aborígenes [...]?⁶¹

Lo mismo puede decirse de las consecuencias perniciosas que pueden resultar de las fundamentaciones utilizadas por la Corte para considerar a los afrodescendientes como un pueblo tribal. Así, por ejemplo, en el caso *Saramaka*, la Corte estableció que se puede caracterizar a la economía de los saramaka como tribal, describiéndola de la siguiente manera:

La mayor cantidad de alimentos que consumen los Saramaka proviene de [...] fincas y de jardines tradicionalmente cultivados por las mujeres Saramaka. Los hombres [...] pescan y cazan cerdos salvajes, ciervos, tapir, toda clase de monos, distintas clases de aves, todo lo que comen los Saramakas [...]. Asimismo, las mujeres re-

⁵⁹ *Ibidem*, párr. 126.

⁶⁰ *Idem*.

⁶¹ Bonilla Maldonado, Daniel, *La Constitución multicultural*, Bogotá, Universidad de los Andes-Facultad de Derecho, 2006, p. 240.

colectan distintos tipos de frutas, plantas y minerales, que utilizan en varias formas, incluso para hacer canastas, para cocinar aceite y para los techos de sus viviendas.⁶²

Desde esta perspectiva y caracterización de una economía como “tribal”, la Corte analizó separadamente las concesiones para explotaciones auríferas, un mineral no tradicionalmente utilizado por los saramaka y las concesiones para explotar recursos madereros que sí son utilizados tradicionalmente por la comunidad. Si bien, en su análisis, la Corte exigió en ambos supuestos el respeto a los principios de consulta, beneficios compartidos y estudios del impacto ambiental y social, la separación entre la explotación y concesiones de recursos naturales en función de sus valores o utilidades tradicionales y no de su valor económico, social o político, abre la posibilidad de que el nivel de garantía para unos y otros sea diferente. En definitiva, esta distinción se establece exclusivamente en función de proteger los territorios con base en su valor y significado cultural sin que este sea complementado con el aspecto económico, el desarrollo o el combate a la discriminación.

3.4. El paternalismo jurisprudencial, administrativo y participativo

De modo paralelo a la percepción de la inmovilidad de los métodos productivos, la Corte ha adoptado una actitud paternalista con respecto a la capacidad de las propias comunidades indígenas o afrodescendientes de administrar sus propios fondos y decidir por sí solas el destino de la reparación económica recibida. La jurisprudencia de la Corte impone severos límites a la libertad de las comunidades afrodescendientes o indígenas beneficiarias de medidas de reparación de decidir por sí mismas cómo invertir las reparaciones económicas que reciben.

En el primer caso sobre una comunidad afrodescendiente, el caso *Aloeboetoe*, aun cuando no se trataba de una reclamación territorial, la Corte decidió la creación de fideicomisos a favor de

⁶² Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka*, *supra*, párr. 83.

los beneficiarios de las reparaciones ordenadas. Pero, inmediatamente, determinó que una fundación, creada por la propia Corte y no por la comunidad, debía administrar los fondos, supuestamente para “brindar a los beneficiarios la posibilidad de obtener los mejores resultados de la aplicación de los montos recibidos por reparaciones” y para “asesorar a los beneficiarios en la aplicación de las reparaciones recibidas o de las rentas que perciban del fideicomiso”. Agregó la Corte que dicha “Fundación tratará que las indemnizaciones percibidas por los hijos menores de las víctimas sean utilizadas para gastos posteriores de estudio o para formar un pequeño capital cuando comiencen a trabajar o se casen y que solo se inviertan en gastos comunes cuando razones serias de economía familiar o de salud así lo exigieren”.⁶³

En los casos anteriores decididos por la Corte y no tratándose de familias indígenas o afrodescendientes, el Tribunal simplemente había decidido la creación de un fideicomiso, administrado por la propia familia y limitado exclusivamente a las reparaciones ordenadas a favor de menores de edad, sin establecer una fundación ni limitaciones o indicaciones sobre los tipos de expensas en las que se podían invertir las reparaciones.⁶⁴ Ello indica una similitud y una diferencia cruciales que resaltan el carácter paternalista de la Corte. Por un lado, al crear fideicomisos equipara a los indígenas y afrodescendientes a los menores de edad, como si tuviesen una capacidad legal disminuida para administrar sus propios recursos económicos. Por el otro, al no permitir la administración del fideicomiso a la propia comunidad, revela la actitud de desconfianza del Tribunal con respecto a la capacidad de la propia comunidad para administrar sus propios fondos.

Si bien la Corte ha avanzado mucho en los años que han transcurrido desde su decisión en *Aloeboetoe*, en casos de reclamaciones territoriales el paternalismo de la Corte continúa estando presente, muchas veces contradiciendo sus propios argumentos acerca del derecho a la consulta previa a las comunidades en los asuntos que afecten sus intereses. En los casos de reclamaciones

⁶³ Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C, núm. 15, párrs. 100, 103, 105 y 106.

⁶⁴ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez*, *supra*, párr. 58.

territoriales, el Tribunal dispone la creación de un fondo de reparación comunitaria, pero señala las grandes áreas en las que se deben invertir los montos indemnizatorios. Esto es un retroceso con respecto al primer caso resuelto por la Corte de reclamaciones territoriales, ya que en el caso *Awás Tingni* simplemente dispuso que el Estado debía invertir fondos en “obras o servicios de interés colectivo en beneficio de la comunidad Awás Tingni, de común acuerdo con esta [...]”.⁶⁵ En los casos posteriores, el paternalismo de la Corte se hace evidente en el hecho de que la Corte dispone la creación de fondos de desarrollo comunitario, pero en lugar de permitir que sea la propia comunidad la que decida en qué invertirlos, establece las áreas en las que los proyectos deben desarrollarse.

En el caso *Moiwana*, la Corte dispuso la creación de un fondo de desarrollo destinado “a programas de salud, vivienda y educación”. Y agregó que “los elementos específicos de dichos programas deberán ser determinados” por un comité tripartito de implementación, integrado por un representante designado por las víctimas y otro por el Estado, y un tercer miembro designado de común acuerdo entre las víctimas y el Estado. De este modo, en lugar de respetar el derecho a la consulta de la comunidad, el Tribunal Interamericano determinó que dichos fondos debían ser administrados no por los miembros de *Moiwana*, sino por el comité tripartito.⁶⁶ Asimismo, en el caso *Yakye Axa*, la Corte dispuso que el Estado creara “un fondo de desarrollo comunitario” para “proyectos educacionales, habitacionales, agrícolas y de salud”, también administrado por un comité de tres representantes.⁶⁷ En el caso *Sawhoyamaxa*, la Corte dispuso la creación de un fondo de desarrollo comunitario que debería dedicarse a la “implementación de proyectos educacionales, habitacionales, agrícolas y de salud, así como de suministro de agua potable y la construcción de infraestructura sanitaria” y, nuevamente, administrado por

⁶⁵ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*, *supra*, 2001, párr. 167.

⁶⁶ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana*, *supra*, párrs. 214 y 215.

⁶⁷ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra*, párrs. 205 y 206.

un comité tripartito.⁶⁸ Finalmente, en el caso *Saramaka*, la Corte volvió a ordenar la creación de un fondo de desarrollo comunitario, limitándolo a “financiar proyectos educativos, de vivienda, agrícolas y sanitarios, así como proporcionar electricidad y agua potable, de ser necesario, a favor del pueblo Saramaka”.⁶⁹

Pareciera que el Tribunal considera que las propias comunidades no están en condiciones de decidir sobre las grandes áreas prioritarias de inversión de sus recursos y por eso determina que el Estado⁷⁰ debe intervenir en el comité administrador.⁷¹ Al mismo tiempo, y a diferencia de cualquier otro caso, en los que aquí nos ocupan impuso su criterio sobre el propio de la comunidad respecto de las áreas en las cuales deberían invertirse las reparaciones.⁷²

⁶⁸ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, *supra*, párrs. 224 y 225.

⁶⁹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka*, *supra*, párrs. 201 y 202.

⁷⁰ Podría entenderse que la Corte tiene presente que, en muchas situaciones pasadas, las comunidades indígenas y afrodescendientes han sido manipuladas, estafadas o engañadas, y por eso es necesario establecer este comité tripartito. Si esta fuese la situación, que en parte no deja de ser paternalista, podría pensarse en alternativas menos intrusivas y que sean más respetuosas de las propias comunidades indígenas o afrodescendientes, tales como la creación de un consejo comunitario elegido por la propia comunidad, el diseño de mecanismos de rendición de cuentas y fiscalización muy específicos o el establecimiento de un mecanismo de supervisión más directo por parte de la Corte, por mencionar solo algunos. Pero además, esta posición presupone que el Estado ofrecerá una mayor garantía cuando fue el propio Estado quien desconoció o no garantizó en primer lugar el derecho a la propiedad colectiva.

⁷¹ Por supuesto que podría sostenerse que la presencia de un representante estatal puede tener sentido dado que algunos de los proyectos son obras públicas que el Estado deberá llevar a cabo. Ello es cierto, pero el mismo criterio puede aplicarse a muchas otras reparaciones económicas o inmateriales que la Corte dispone y en las que no ordena la creación de un comité tripartito.

⁷² De nuevo puede defenderse la decisión de la Corte entendiendo que las áreas de inversión determinadas por el Tribunal son aquellas que dependen de las violaciones encontradas y de las pruebas aportadas por las partes. Pero esta explicación no logra sustentar la similitud de las áreas elegidas por la Corte para atender a comunidades tan diferentes como Awás Tingni, Saramaka, Moiwana, Yakye Axa y Sawhoyamaxa. Tampoco se corresponde

El caso de la *Masacre de Plan de Sánchez* perpetrada contra miembros de comunidades indígenas mayas en Guatemala, parece no encuadrar dentro de estas pautas jurisprudenciales. En primer lugar, y a diferencia del caso *Moiwana*, la Corte no realizó ningún análisis sobre la situación jurídica y fáctica en que se encuentra el territorio en la actualidad. Paralelamente, el Tribunal observó que las víctimas eran indígenas mayas y poseían autoridades tradicionales y formas de organización comunitaria propias, incluidas estructuras sociales, económicas y culturales.⁷³ Sin embargo, la Corte ordenó al Estado desarrollar en dichas comunidades, independientemente de las obras públicas del presupuesto nacional que se destinaran para esa región o municipio, diferentes programas comunitarios⁷⁴ sin exigir que los mismos se hagan con consulta o participación de la propia comunidad.

3.5. La representación colectiva, la consulta previa y la legitimación procesal

El reconocimiento y protección de las formas tradicionales de organización política y elección de los líderes que representen a las comunidades son esenciales en la tutela de los derechos de los pueblos indígenas y afrodescendientes. De hecho, estas formas propias de organización constituyen precisamente uno de los

a las determinaciones fácticas realizadas por la Corte ni, en muchos casos, a los temas debatidos por las partes.

⁷³ Corte IDH. *Caso de la Masacre Plan de Sánchez*, *supra*, párr. 85.

⁷⁴ *Ibidem*, párr. 110. Los programas ordenados son: a) estudio y difusión de la cultura maya achi en las comunidades afectadas a través de la Academia de Lenguas Mayas de Guatemala u otra organización similar; b) mantenimiento y mejoras en el sistema de comunicación vial entre las indicadas comunidades y la cabecera municipal de Rabinal; c) sistema de alcantarillado y suministro de agua potable; d) dotación de personal docente capacitado en enseñanza intercultural y bilingüe en la educación primaria, secundaria y diversificada de dichas comunidades, y e) establecimiento de un centro [de] salud en la aldea de Plan de Sánchez con el personal y las condiciones adecuadas, así como la formación del personal del Centro de Salud Municipal de Rabinal para que puedan brindar atención médica y psicológica a las personas que se hayan visto afectadas y que requieran de este tipo de tratamiento.

elementos que toma en consideración la Corte para determinar si una comunidad particular califica como indígena o afrodescendiente y si puede reconocerle derechos particularizados.

En el caso *Saramaka* se presentó un problema que demuestra una de las dificultades del litigio colectivo a favor de comunidades indígenas o afrodescendientes y las ambivalencias de la jurisprudencia interamericana. En el caso, el Estado indicó que ninguno de los peticionarios originales ante el Sistema Interamericano, a saber, la Asociación de Autoridades Saramaka y los doce capitanes saramaka, tenían legitimación para presentar una petición ante la Comisión Interamericana debido a que no eran la autoridad superior de los saramaka. La Corte, en su sentencia, reconoció que el pueblo Saramaka está organizado en clanes de linaje materno y que cada clan reconoce la autoridad política de varios líderes locales, incluyendo a los que ellos llaman capitanes y capitanes jefes, así como un *Gaa'man*, que es el oficial de más alto rango dentro de la comunidad.⁷⁵ Según el Estado, los peticionarios no consultaron al *Gaa'man* sobre la presentación de dicha denuncia y, por ende, no contaban con el permiso del líder de la comunidad y carecían de autoridad para peticionar a la Comisión en nombre de la comunidad Saramaka.

La Corte, en respuesta a esta objeción estatal, optó por una respuesta formalista basada exclusivamente en el texto de la Convención.⁷⁶ Al rechazar el argumento estatal, indicó que no existe “un prerequisite convencional que establezca que la autoridad principal de la comunidad deba dar su permiso para que un grupo de personas presenten una petición ante la Comisión Interamericana” y agregó que no se requería “obtener permiso del *Gaa'man* a fin de presentar la petición ante la Comisión Interamericana”.⁷⁷

Si bien formalmente esta decisión puede ser correcta, dicha solución aparece completamente desconectada de lo que el propio Tribunal decidiría posteriormente acerca del derecho a

⁷⁵ Corte IDH. Caso *del Pueblo Saramaka*, *supra*, párr. 81.

⁷⁶ El artículo 44 de la Convención permite a cualquier persona, grupo de personas o entidad no gubernamental presentar denuncias ante la Comisión Interamericana.

⁷⁷ Corte IDH. Caso *del Pueblo Saramaka*, *supra*, párrs. 22-24.

la consulta previa de la propia comunidad sobre los hechos que afectan sus intereses, tales como su propio territorio. La Corte abrió así la posibilidad de que haya peticiones donde se alegan violaciones a los derechos territoriales de comunidades indígenas o afrodescendientes, sin que la comunidad o sus autoridades tradicionales hayan prestado su consentimiento, hayan sido consultadas o informadas. De hecho, la interpretación formalista de la Corte permite en el futuro que puedan presentarse peticiones incluso en contra de lo decidido por las propias comunidades.

En el caso concreto de *Saramaka*, nadie argumentó que hubiera distinciones en las estrategias, posiciones diferenciadas o alternativas propuestas entre el *Gaa'man* y los peticionarios o entre estos y el pueblo Saramaka, pero no puede descartarse que ello suceda en el futuro. Queda pendiente de resolver jurisprudencialmente si una petición presentada sin consentimiento de la comunidad o en contra de lo decidido por la propia comunidad o su máxima autoridad, podría prosperar en el Sistema Interamericano. Como se indica más adelante, esta aproximación puede generar o exacerbar conflictos intracomunitarios. Pero también pone en duda la consistencia de la lógica de la Corte. ¿Por qué el Estado debe consultar a las comunidades respetando a sus autoridades sobre proyectos que las afecten, pero esta consulta no es necesaria para presentar reclamos a nombre de las comunidades ante el Sistema Interamericano?

3.6. La identidad jurídica de las víctimas y el carácter colectivo de los reclamos y las reparaciones

El artículo 1° de la Convención Americana define como persona a todo ser humano. Por una interpretación extensiva de este artículo, la Corte, en los casos de reclamos territoriales resueltos hasta ahora, declara la violación del derecho de propiedad en perjuicio de “los miembros de la comunidad”,⁷⁸ o “integrantes del

⁷⁸ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, *supra*, 2001, párr. 155; Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra*, párr. 156; Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, *supra*, párr. 144; Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana*, *supra*, párr. 135.

pueblo”,⁷⁹ y no de la comunidad como tal. Procesalmente, el Tribunal requiere la identificación⁸⁰ o posibilidad de identificación individualizada de todos y cada uno de los miembros de la comunidad.⁸¹ La única excepción es el caso *Saramaka* donde, debido al tamaño y diversidad geográfica del pueblo y la naturaleza colectiva de las reparaciones, la Corte no requirió la individualización.⁸² Sin embargo, aun en dicho caso, consideró que “los miembros del pueblo Saramaka” son las víctimas del caso.⁸³

Desde lo sustantivo, parece contradictorio que todo el razonamiento de la Corte se base en la organización social comunitaria y en la dimensión colectiva de la propiedad, pero luego abandone esta concepción para considerar que la comunidad como tal no es la víctima de la violación del derecho de propiedad, sino cada uno de sus individuos que no son propietarios individualmente de la tierra colectiva; y que, finalmente, ordene reparaciones de carácter colectivo y no individual. En efecto, la Corte considera que las reparaciones se deben a la ineficacia en la tutela estatal del territorio colectivo y no a las afectaciones individualizadas de cada uno de los miembros de la comunidad en particular. En tal sentido, no se entiende por qué el Tribunal considera que las víctimas son los miembros individuales, pero otorga reparaciones de manera colectiva.

Política y jurídicamente, el razonamiento de que las víctimas son los miembros de las comunidades, pero no la comunidad como tal, puede acarrear problemas importantes. Potencialmente, crea una tensión entre los derechos de cada uno de los miembros de la comunidad, a los que la Corte les reconoció el derecho a la propiedad como miembros o integrantes del pueblo y a quienes consideró las víctimas del caso, y los derechos de la comunidad en su conjunto a la propiedad colectiva que fue reconocida en los razonamientos de la Corte, pero no en la decisión del Tribunal. Esta potencial tensión hasta ahora no ha sido desa-

⁷⁹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka*, *supra*, párr. 158.

⁸⁰ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, *supra*, párr. 204.

⁸¹ (Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana*, *supra*, párr. 177.

⁸² Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka*, *supra*, párr. 188.

⁸³ *Ibidem*, párr. 189.

rrollada por la Corte y puede crear problemas intracomunitarios en el futuro y favorecer intereses externos a la comunidad que pudiesen procurar obtener beneficios de ciertos miembros de la comunidad.

Procesalmente, acarrea una serie de dificultades prácticas y costos que son innecesarios. La Corte exige individualizar y listar a todos los miembros de la comunidad en el momento de presentar el caso ante sus instancias.⁸⁴ No obstante, si las reparaciones en los casos territoriales son colectivas, se ordenan titulaciones a favor de la comunidad y no de los individuos, la constitución de fondos de desarrollo comunitario y nunca, en casos territoriales, se ordenan reparaciones individualizadas, parece superfluo e innecesario exigir este dispendio de recursos a fin de individualizar a los miembros de la comunidad.⁸⁵

3.7. La creación o exacerbación de problemas y disputas intra e intercomunitarios

La aproximación a través de casos aislados de ciertas comunidades y no de toda la situación territorial de los pueblos indígenas o afrodescendientes genera algunas tensiones intercomunitarias e intracomunitarias. Como se ha explicado en el contexto africano, pero que resulta aplicable a América Latina, la reforma de las reglas de tenencia de la tierra implica redefinir las relaciones inter e intracomunitarias, así como las relaciones entre las comunidades y el Estado.⁸⁶

Las órdenes de la Corte de identificar, demarcar y titular al territorio obligan a una comunidad a definir específicamente sus límites territoriales, no solamente frente al Estado sino también con respecto a otras comunidades que comparten el mismo espacio territorial. De esta manera, se desconoce la tradición de lími-

⁸⁴ La Comisión no exige esta individualización.

⁸⁵ Ruiz, Chiriboga, Oswaldo, "El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano", en *SUR Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 3, núm. 5, 2007, pp. 46-47.

⁸⁶ Boone, *op. cit.*, p. 558.

tes flexibles y porosos o de utilización y/o explotación conjunta de espacios comunes o recursos naturales entre diversas comunidades. Esto puede verse agravado, como sucedió en el caso *Awas Tingni*, donde la comunidad pertenecía a una etnia y las comunidades circundantes a etnias diferentes. Esta comunidad enfrentó primero una disputa con una comunidad particular y luego con un bloque de diez comunidades aledañas.⁸⁷ Por otra parte, también el Estado puede utilizar estas tensiones para exacerbarlas, dividir a las comunidades y generar mayores confrontaciones.

La Corte, consciente de esta problemática en el caso *Moiwana*, decidió que en el proceso de demarcación y titulación debía asegurarse.

La participación y el consentimiento informado de las víctimas, expresado a través de sus representantes, y de los miembros de las demás aldeas Cottica N'djuka y las comunidades indígenas vecinas, incluyendo la comunidad de Alfonsdorp.⁸⁸

Por ello, en la definición de una estrategia de litigio, hay que trabajar no solamente con la comunidad implicada, sino también con las comunidades circundantes, a fin de preparar el proceso colectivo ante la incidencia de la reparación.⁸⁹ Frente al Sistema Interamericano, es imprescindible que la estrategia de litigio incluya una explicación específica a los órganos interamericanos de la porosidad y flexibilidad de los límites territoriales y una solicitud de que se reconozca esta realidad y se identifiquen mecanismos de delimitación territorial participativos y colectivos y que tengan en cuenta estas particularidades, incluida la de usos compartidos. Igualmente, es necesario considerar que las medidas deben facilitar a las comunidades reinsertarse en un medio local y en un marco de relaciones interdependientes con otras comunidades.⁹⁰

⁸⁷ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, 2001.

⁸⁸ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana*, *supra*, párr. 210.

⁸⁹ Beristáin, Carlos, *Diálogos sobre la reparación. Experiencias en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008, pp. 531 y 548.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 518.

También, en algunos casos, es necesario tener conciencia de que un reclamo territorial y las diferentes respuestas que pueda ofrecer el Estado pueden generar tensiones en el interior de las propias comunidades. El caso *Ralco* en Chile, donde se cuestionaba la construcción de una represa hidroeléctrica que inundaría las tierras tradicionales de una comunidad mapuche, la empresa constructora de la represa y el gobierno utilizaron diferentes medios para ir comprando las tierras y ofreciendo incentivos económicos para cada una de las familias, sin ofrecer soluciones comunitarias integrales. Ello significó que se generaran tensiones en el seno de la comunidad, y que al final, solamente tres mujeres rechazaran un acuerdo con el gobierno.⁹¹ Pero el principal efecto fue la destrucción de la vida comunitaria.

Estos problemas también se dan a nivel nacional cuando se desconocen las formas particulares de tenencia y utilización de la tierra y se aplican modelos únicos y rígidos de formas de demarcación y titulación. En Colombia, por ejemplo, a fin de reclamar sus derechos territoriales colectivos, diversas comunidades negras de la cuenca del río Cacarica se agruparon en un Consejo Comunitario Mayor. Sin embargo, durante años hubo tensiones entre este Consejo Mayor y los consejos menores de cada comunidad sobre la explotación de recursos forestales en la comunidad. El Estado colombiano, a través de distintas agencias administrativas, otorgó concesiones para la extracción de madera, fundándose en supuestas autorizaciones de unas u otras autoridades comunitarias, a pesar de la claridad de este disenso interno, creado en parte, por la forma en que las comunidades de la cuenca del río Cacarica fueron obligadas a agruparse para obtener el reconocimiento de derechos colectivos territoriales.⁹²

En definitiva, es preciso valorar durante todo el proceso de litigio y en previsión de una reparación colectiva, entre otros elementos, el grado de cohesión comunitaria y su identidad colectiva, las relaciones con otras comunidades y los posibles conflictos de intereses inter e intracomunitarios que puedan emerger.⁹³

⁹¹ Corte IDH. Informe núm. 30/04, 2004.

⁹² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-955/03, 2003.

⁹³ Beristáin, *op. cit.*, p. 561.

3.8. La fundamentación de los reclamos territoriales en el derecho constitucional interno

En tres casos, *Awat Tingni*, *Yakye Axa* y *Sawhoyamaya*, la Corte encontró, al menos parcialmente, una base jurídica para el reconocimiento de la titularidad comunitaria de las tierras tradicionales en la regulación constitucional a nivel nacional.⁹⁴ En Nicaragua y Paraguay, desde distintas perspectivas, las constituciones nacionales suscriben la idea del carácter colectivo de las tierras indígenas y la preexistencia de las comunidades al Estado. Esta estrategia argumentativa indudablemente ayudó a la Corte en un primer momento, ya que en lugar de presentar su decisión como una profunda innovación jurídica basada exclusivamente en el derecho interamericano, podía sostener que estaba dando protección internacional a derechos ya reconocidos constitucionalmente.

La Corte tuvo que responder inmediatamente al interrogante de qué sucede en los Estados donde no existe el reconocimiento constitucional explícito al derecho a las tierras y territorios colectivos, como en los casos *Moiwana* y *Saramaka vs. Surinam*, donde la Constitución no reconocía el derecho a la propiedad colectiva. En tal sentido, la Corte no descansó en la regulación del derecho de propiedad a nivel nacional, sino que avanzó en la idea de que el artículo 21 de la Convención Americana tiene un contenido específico y propio desde la perspectiva internacional.⁹⁵ Aun cuando ello representa un importante avance, vale la pena resaltar que la Corte recurrió a los artículos 1º y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, para interpretar el contenido de la Convención Americana.⁹⁶ De modo que si bien en estos casos desligó el análisis del ámbito doméstico, todavía mantuvo la interpretación con-

⁹⁴ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awat Tingni*, *supra*, 2001, párrs. 116-118, 148 y 153; *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, 2006, párrs. 74, 79 y 138; *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, 2006, párrs. 122 y 143.

⁹⁵ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana*; *supra*, párr. 86.5.

⁹⁶ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka*, *supra*, párrs. 93-95.

vencional asociada al contenido de otros instrumentos jurídicos, en este caso, los tratados mencionados.

Ambas aproximaciones, la basada en el derecho constitucional, así como la que descansa en otros instrumentos internacionales, crean problemas interpretativos y estratégicos importantes. Algunas preguntas que emergen al respecto son: ¿Qué sucederá en los países donde la propiedad colectiva es reconocida a pueblos indígenas, pero no a afrodescendientes?, ¿o en países donde las regulaciones constitucionales de los derechos colectivos para indígenas son mayores que las de los derechos colectivos reconocidos a afrodescendientes? ¿Hará la Corte distinciones entre la protección de las tierras colectivas de una y otra colectividad dependiendo de su regulación constitucional?

Estas preguntas no son hipotéticas, ya que en América Latina se ha producido una regulación constitucional diferenciada y, en general, favorable a los pueblos indígenas pero en detrimento de los afrodescendientes, llevando a que algunos califiquen el proceso como de inclusión indígena y exclusión afrodescendiente.⁹⁷ En efecto, al menos 15 países legal o constitucionalmente han reconocido algún tipo de derecho colectivo a los pueblos indígenas, incluyendo, en la mayoría de los casos, el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras tradicionales: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela.⁹⁸ Sin embargo, solamente Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, Honduras y Nicaragua extienden alguna forma de derechos colectivos legal o constitucionalmente a los afrodescendientes. De ellos, tan solo Nicaragua reconoce los mismos derechos colectivos en su Constitución a indígenas y afrodescendientes; y

⁹⁷ Hooker, Juliet, "Indigenous Inclusion/Black Exclusion: Race, Ethnicity and Multicultural Citizenship in Latin America", en *Journal of Latin American Studies*, núm. 3, 2005, pp. 285-310.

⁹⁸ Aylwin, José, "El derecho de los pueblos indígenas a la tierra y al territorio en América Latina: antecedentes históricos y tendencias actuales", en *Ponencia presentada en la Sesión del Grupo de Trabajo sobre la Sección Quinta del Proyecto de Declaración con especial énfasis en las formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural, de la Organización de Estados Americanos*, 7 y 8 de noviembre de 2002.

las nuevas constituciones de Bolivia y Ecuador parecen extender parcialmente los mismos derechos a los afrodescendientes que a los pueblos indígenas.⁹⁹

En relación con la fundamentación en otras fuentes del derecho internacional ajenas a la Convención, cabe interrogarse qué sucedería en los casos en que los Estados no hayan ratificado el Pacto o la Convención contra la Discriminación Racial: ¿La Corte reconocerá los derechos colectivos territoriales basándose exclusivamente en la Convención Americana?

4. LA BÚSQUEDA DE UNA PROPUESTA SUPERADORA: RECONOCIMIENTO Y REDISTRIBUCIÓN

Los casos territoriales resueltos hasta ahora por el Sistema Interamericano operan en contextos mayores que representan en América Latina dos problemas estructurales relacionados. Por un lado, los casos territoriales son representativos de la falta de reconocimiento legal o de la no protección efectiva de los territorios indígenas y afrodescendientes, y no solamente de las comunidades que llegan al Sistema Interamericano. Por el otro, los indígenas y afrodescendientes son víctimas de una discriminación estructural y una marginación social profunda, de las cuales la falta de reconocimiento y protección de sus territorios es una manifestación. Solo por citar un ejemplo, Rodolfo Stavenhagen, exrelator de la Organización de las Naciones Unidas, Relator Especial para los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Indígenas, ha llamado la atención sobre

⁹⁹ El artículo 58 de la Constitución de Ecuador de 2008 indica “[p]ara fortalecer su identidad, cultura, tradiciones y derechos, se reconocen al pueblo afroecuatoriano los derechos colectivos establecidos en la Constitución, la ley y los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos”. No precisa la Constitución si estos derechos colectivos son los mismos que se consagran detalladamente para “las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas” en el art. 57, por su parte, la Constitución de Bolivia, en su art. 32, estipula que “[e]l pueblo boliviano goza, *en todo lo que corresponda*, de los derechos económicos, sociales, políticos y culturales reconocidos en la Constitución para las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos” (las cursivas son nuestras).

[1]as profundas desigualdades económicas entre indígenas y no indígenas, la marginación social de aquellos, su exclusión política y su subordinación cultural, conforman un cuadro histórico de discriminación persistente que no puede calificarse más que de *racismo estructural*, es decir, enraizado en las estructuras del poder y del dominio que han venido caracterizando a las sociedades latinoamericanas durante siglos.¹⁰⁰

Frente a este cuadro, los casos territoriales pueden ser pensados como representativos de los problemas estructurales y que se producen en este contexto de racismo estructural. Para ello, tanto los litigantes como la Corte Interamericana deberían prestar mayor atención a las posibilidades y tensiones del litigio de casos territoriales como una de las estrategias para atacar problemas estructurales. Esta perspectiva debe ser analizada en mayor profundidad para determinar si el Sistema Interamericano está efectivamente preparado para tratar estos casos estructurales y si la aproximación cultural a los reclamos territoriales es adecuada. En los próximos párrafos se harán algunas breves referencias para comenzar a situar y concebir el litigio de estos casos territoriales individuales como estrategias de confrontación a discriminaciones estructurales.

Para comenzar, y tal como se explicó, la jurisprudencia de la Corte hasta el momento no ha abierto las posibilidades para cuestionar las estructuras racistas que, en definitiva, afectan la protección de los territorios. En segundo lugar, indudablemente la resolución, en diez años, de casos relativos a cuatro o cinco comunidades que reclamaban sus territorios, no logra resolver la totalidad de los problemas estructurales, ni siquiera los relativos a cuestiones territoriales que afectan a los pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes.

Por lo pronto, debe reconocerse que la lógica del litigio hasta el momento no ha pretendido y, por ende, tampoco ha logrado alterar la lógica de distribuciones injustas de la tierra, de margi-

¹⁰⁰ Stavenhagen, Rodolfo, “La diversidad cultural en el desarrollo de las Américas. Los pueblos indígenas y los Estados nacionales en Hispanoamérica”, en *Cultural Studies Series*, Unite for Social Development Education and Culture Organization of American States, núm. 11, 2001, p. 25.

nación y pobreza ni de inequitativa inversión del gasto público en perjuicio de indígenas y afrodescendientes. Cuando mucho, en algunos casos como *Sawhoyamaxa* o *Yakye Axa*, se ha mencionado la situación de extrema marginalización y pobreza de estas comunidades, pero no se ha pretendido atacar todas las causas de las mismas. Tan solo se las ha mencionado, como parte del contexto y como una consecuencia de la falta de protección del territorio tradicional.

4.1. Los casos individuales frente a situaciones estructurales de no reconocimiento y/o protección de los territorios así como de exclusión y discriminación

La estrategia limitada de litigio y la aproximación jurisprudencial cultural al territorio pareciera olvidar que la construcción jurídica y política de la territorialidad indígena y afrodescendiente requiere un nuevo modelo de desarrollo rural y de transformación de la estructura agraria en América Latina, que incorpore efectivamente a indígenas y afrodescendientes respetando su condición de sujetos colectivos con sus propias formas organizativas.¹⁰¹ En este sentido, las reparaciones ordenadas por la Corte —delimitación, demarcación y titulación del territorio sumadas a la creación de fondos de reparaciones comunitarias y al establecimiento de recursos judiciales y mecanismos efectivos para la tutela de estos derechos— pueden considerarse limitadas frente al cuadro estructural de inequidad social.

Sin perjuicio de ello, una lectura más optimista de la utilización del Sistema Interamericano hasta el momento, permite concebir su contribución como una forma de estabilizar una situación: la de la titularidad de la tierra y el territorio, para, de esta manera, poder avanzar en la discusión relativa a los problemas estructurales de los Estados de América Latina, particularmente la distribución inequitativa de la riqueza, dentro de un contexto de mayor seguridad jurídica sobre los territorios.

¹⁰¹ Romero Bonifaz, Carlos, “La gestión integrada de los recursos naturales como fundamento de la territorialidad indígena”, en *Defensor del Pueblo de Bolivia, Derechos Humanos y Acción Defensoría*, año 1, núm. 1, 2006, p. 180.

Otra alternativa para analizar los casos territoriales individuales frente a situaciones estructurales, es apreciar que el Sistema Interamericano funciona como un medio para fortalecer a las víctimas y ciertos de sus reclamos —los territoriales—, con el fin de mejorar su posición de negociación frente al Estado o de abrir los espacios de consulta y disputa. En este sentido, estratégicamente, el sistema puede ser visto como el lugar para fortalecer o legitimar los reclamos y a los actores mediante las determinaciones de la Corte, antes que para buscar la solución puntual a las demandas concretas de reformas estructurales.¹⁰² Así, el hecho de que la Corte haya reconocido los derechos de determinadas comunidades, establecido que el Estado violó los mismos y ordenado ciertas medidas de reparaciones, permite que tanto las comunidades beneficiadas como otros actores que trabajan en pos de un reconocimiento más fuerte de los derechos de los pueblos indígenas y afrodescendientes confronten a las autoridades estatales, forzándolas a dialogar desde la perspectiva de los derechos humanos y superando las invisibilidades de sus demandas y las opresiones a las que el Estado las sujeta tradicionalmente.¹⁰³

De todas maneras, las decisiones del Sistema Interamericano han logrado producir alteraciones en la discusión jurídica y política sobre los reclamos territoriales en diversos países y han traído mayor protección legal a estos territorios; y, en cierta medida, han tenido un impacto estructural. Así, por ejemplo, en Nicaragua y como consecuencia de la decisión de la Corte en *Awastinguini*, la Asamblea Nacional aprobó una ley que regula todo el régimen de propiedad comunal indígena y afrodescendiente en

¹⁰² Sabel, Charles y Simon, William, “Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds”, en *Harvard Law Review*, vol. 117, núm. 4, 2004; Abramovich, Víctor, “Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: Herramientas y aliados”, en *SUR Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 2, núm. 2, 2005; Dulitzky, Ariel, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en *Víctimas sin mordaza. El impacto del Sistema Interamericano en la justicia transicional en Latinoamérica*, México, Due Process of Law Foundation, 2008.

¹⁰³ Anaya, James, *Indigenous People in International Law*, USA, Oxford University Press, 2004, pp. 270-271.

ese país.¹⁰⁴ En Belice, la Corte Suprema reconoció los derechos de los pueblos mayas a sus territorios,¹⁰⁵ basándose fundamentalmente en la decisión de la Comisión Interamericana sobre el reclamo de las comunidades indígenas del distrito Toledo en el sur de dicho país.¹⁰⁶

Paralelamente, debe prestarse atención al hecho de que el Sistema Interamericano también puede servir para superar *impasses* o *statu quo* que obstaculizan procesos de reformas estructurales. Los casos paraguayos de *Yakye Axa* y *Sawhoyamaxa* son ilustrativos al respecto. El sistema paraguayo había llegado a un punto donde no había posibilidad de solucionar el tema a nivel nacional, ya que no se expropiaban las tierras reclamadas ni se acordaba la compra de tierras alternativas. En Paraguay no existían mecanismos para destrabar esta situación, pues el Congreso rechazaba los pedidos de expropiación y el ejecutivo no contaba con herramientas para forzar la venta de las tierras reclamadas ni para consensuar la compra de tierras alternativas. Un actor externo como el Sistema Interamericano era necesario para superar esta situación y permitir avanzar en la búsqueda de una solución.

A fin de potenciar el efecto del Sistema Interamericano en el cuestionamiento de situaciones estructurales, es preciso tener en cuenta los contextos diferenciados sobre los casos. Por ejemplo, mientras que el caso *Saramaka* era representativo de los efectos de una completa falta de política estatal de reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva, en la que no existía demarcación, titulación ni protección de las tierras y territorios, los casos

¹⁰⁴ Ley núm. 445 del Régimen de Propiedad Comunal de los Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica de Nicaragua y de los ríos Bocay, Coco, Indio y Maíz, *Gaceta Diario Oficial*, núm. 16 del 2003; Alvarado, Leonardo, “Prospects and Challenges in the Implementation of Indigenous Peoples’ Human Rights In International Law: Lessons from the Case of *Awas Tingni vs. Nicaragua*”, en *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 24, núm. 3, 2007, pp. 623-624.

¹⁰⁵ *Cal et al. vs. Attorney-General of Belize and Minister of Natural Resources and Environment Claims*, 2007.

¹⁰⁶ Corte IDH. Informe núm. 40/04, Caso 12.053, 2004, párr. 170.

Yakye Axa o *Sawhoyamaxa* representaban los límites y falencias del mecanismo existente en Paraguay, que sí reconoce constitucionalmente el derecho a la territorialidad colectiva. Esto significa que mientras en Surinam se estaba creando un mecanismo especial para una comunidad frente al resto de los pueblos indígenas y afrodescendientes, en Paraguay se solucionaba el problema de ciertas comunidades que no habían encontrado una respuesta efectiva a sus reclamos frente a un gran número de comunidades indígenas que ya habían obtenido su titulación.

Incluso, desde la perspectiva más limitada que venimos mencionando, la Corte debería ser más casuística en sus razonamientos y reparaciones, evitando repetir mecánicamente previas decisiones que no necesariamente se adecuan a las particularidades de cada caso o al contexto legal, político, social o económico en el que se producen los diferentes reclamos, en especial en el momento de determinar las reparaciones.¹⁰⁷ El Sistema Interamericano debe percatarse de la existencia de diferentes modelos de reconocimiento de la propiedad colectiva sobre los territorios.¹⁰⁸ La Corte debe comprender que el reconocimiento y garantía efectiva de los derechos colectivos al territorio supera ampliamente la mera delimitación, demarcación y titulación de los mismos, ya que depende de un complejo conjunto de aspectos legales, sociales y políticos.¹⁰⁹ Si, como hemos dicho, la protección de los territorios tradicionales de indígenas y afrodescendientes comprende la redefinición de las relaciones entre estos grupos y el Estado, la Corte debería ser mucho más precisa en sus razonamientos y en sus decisiones para evitar repetir fórmulas mecánicas que no consideren adecuadamente las especificidades existentes en cada Estado.

Y, por supuesto, se deben fortalecer los mecanismos de supervisión del cumplimiento de las sentencias para lograr que las mismas sean cabalmente obedecidas en los tiempos fijados

¹⁰⁷ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, supra, 2001, párr. 173.4; Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka*, 2007, párr. 214.5.

¹⁰⁸ Roldan Ortega, Roque, *Models for Recognizing Indigenous Land Rights in Latin America*, World Bank, Biodiversity Series, núm. 99, 2004.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 25.

por el Tribunal. La experiencia de una década en esta y en otras áreas demuestra que el litigio ante el Sistema Interamericano no es un objetivo final, sino tan solo un medio y un instrumento más en la lucha por la protección de los derechos colectivos territoriales. El Sistema Interamericano no puede ser un sustituto de las movilizaciones a nivel nacional, sino una parte integral y congruente del proceso político de reivindicaciones territoriales. La obtención de respuestas favorables del Sistema Interamericano demuestra, de hecho, que las mismas no serán implementadas si no van acompañadas de un proceso de presión política integral una vez que el proceso se traslada nuevamente a la esfera nacional.

4.2. Superar la errática aproximación desde la igualdad y no discriminación

Hasta ahora, el Sistema Interamericano se ha mostrado ambivalente en cuanto a que la falta de reconocimiento de los derechos colectivos al territorio y de las formas de tenencia colectiva, o la falta de implementación efectiva de los derechos reconocidos constitucionalmente sean consideradas como formas de discriminación racial o étnica. Aun en los pocos casos en que sí ha sostenido esta posición, no ha reconocido que la situación es tan solo un aspecto de la distribución inequitativa de la riqueza y del poder en América Latina, y que pueblos indígenas y afrodescendientes sufren formas estructurales de discriminación y racismo.

La Comisión, en el caso de reclamos territoriales de las comunidades mayas de Belice¹¹⁰ y en varias decisiones de admisibilidad durante los últimos años, ha abierto la vía, de manera inconsistente, para analizar los reclamos territoriales de pueblos indígenas y afrodescendientes desde la perspectiva de la discriminación racial. La CIDH ha entendido que la discriminación se produce en la medida en que algunos grupos sociales y formas de tenencia de la tierra reciben protección efectiva del Estado,

¹¹⁰ Corte IDH. Informe núm. 40/04, Caso 12.053, 2004, párr. 170.

mientras que otras, aquellas asociadas con pueblos indígenas y afrodescendientes, no la reciben.¹¹¹

Sin embargo, la Corte también ha sido ambivalente. Por un lado, ha sostenido tres elementos importantes desde la perspectiva de la igualdad y no discriminación que, lamentablemente, no la han conducido a encontrar violaciones del artículo 24 de la Convención Americana sobre igual protección, ni tampoco a desarrollar argumentos más puntuales al respecto considerando el principio de no discriminación contenido en el artículo 1.1 del texto convencional. Mucho menos la Corte ha ordenado reparaciones específicamente orientadas a remediar la discriminación estructural. En efecto, en primer lugar, el Tribunal sostiene que desconocer que los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva dada por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, “equivaldría a sostener que solo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas”.¹¹² En segundo lugar, la Corte ha dicho que los miembros de los pueblos indígenas y tribales requieren ciertas medidas especiales para garantizar el ejercicio pleno de sus derechos, en especial, respecto del goce de sus derechos de propiedad, a fin de garantizar su supervivencia física y cultural.¹¹³ Y, en tercer lugar,

¹¹¹ Véase Informe núm. 83/06, Petición 555-01, *Comunidades de Alcántara*, Brasil, párr. 66 (“Tratándose de comunidades afrodescendientes que alegan que sus derechos no habrán sido adecuadamente tutelados, la CIDH considera *motu proprio* que los hechos podrían caracterizar una violación al art. 24, en conexión con el 1.1”); Informe núm. 86/06, Petición 499-04, *Marino López y otros (Operación Génesis)*, Colombia, párr. 59, “dadas las características de la población afectada y de los hechos materia del reclamo la Comisión estima pertinente considerar la cuestión a la luz del art. 24 de la Convención, en la etapa de fondo”, e Informe núm. 80/06, Petición 62-02, *Miembros de la Comunidad Indígena de Ananás*, Brasil, párr. 31, “de ser comprobados los hechos expuestos con relación a la violación de (...) igualdad ante la ley (...) y a la no discriminación, contra los Miembros de la Comunidad Indígena Ananás (...) podría encontrarse ante una contravención de los artículos (...) 24 (...) de la Convención”).

¹¹² Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, *supra*, 2006. párr. 120.

¹¹³ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, *supra*, 2001, párrs. 148-149 y 151; Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena*

en estos casos la Corte sostuvo que los Estados tienen la obligación positiva de adoptar medidas especiales para garantizar a los integrantes de los pueblos indígenas y tribales el ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente. Concluyó el Tribunal que en el derecho internacional, el trato desigual a personas en condiciones desiguales no necesariamente constituye discriminación no permitida y que la legislación que reconoce dichas diferencias no es, por tanto, necesariamente discriminatoria.

Luego de estas precisiones importantes, en el caso *Saramaka*, la Corte consideró que el Estado incumplió la obligación general de adoptar las medidas legislativas o de otra índole, necesarias para hacer efectivos esos derechos y respetar y asegurar su libre y pleno ejercicio sin discriminación.¹¹⁴ Sin embargo, en la sección resolutive, simplemente se refirió a las obligaciones de respetar, garantizar y hacer efectivo a nivel interno el derecho a la propiedad, personalidad jurídica y protección judicial, sin mencionar el principio de no discriminación.¹¹⁵

La aproximación desde la perspectiva de la igualdad y no discriminación permitiría considerar las desigualdades y racismo estructural del que son víctimas los indígenas y los afrodescendientes. Una apertura jurisprudencial a la reivindicación territorial desde la perspectiva del principio de la igualdad y no discriminación y de la reparación por la discriminación racial pasada y/o presente, así como de las secuelas de la esclavitud y el colonialismo, abriría nuevas perspectivas y podría expandir enormemente el ámbito de las potenciales reparaciones.

En particular, podría permitir complementar el principio del reconocimiento con el de redistribución. Como ha dicho la Corte Constitucional de Colombia, esta aproximación desde la perspectiva de la discriminación no se orientaría a preservar la singulari-

Sawhoyamaxa, *supra*, párrs. 118-121 y 131; Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra*, párrs. 124, 131, 135-137 y 154, y *Caso Saramaka*, *supra*, párrs. 85, 91 y 103.

¹¹⁴ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka*, *supra*, 2007, párr. 175.

¹¹⁵ *Ibidem*, párr. 214, Declarativos 1, 2 y 3.

dad cultural de un grupo humano sino que, partiendo de la situación de asimetría de dicho grupo, buscaría suprimir las barreras que se opongan a la igualdad material y enfrentar las causas que la generan, es decir, reducir el déficit de poder efectivo que ostentan. Todo ello, sin eliminar los rasgos culturales típicos que caracterizan a dicha comunidad.¹¹⁶

La falta de protección efectiva de los territorios de pueblos indígenas y afrodescendientes no debe y no puede considerarse exclusivamente como un problema de falta de reconocimiento de sus particularidades distintivas, sino de la discriminación y marginación a los que los someten los Estados y sociedades latinoamericanas y que han repercutido negativamente en el acceso a oportunidades de desarrollo económico y social de estas comunidades. Tampoco puede olvidarse que el proceso de apropiación y distribución inequitativa de la tierra en América Latina ha estado acompañado y ha sido facilitado por un proceso de exclusión mediante la racialización de indígenas y afrodescendientes.¹¹⁷ Ignorar estas circunstancias es desconocer las causas profundas de la falta de tutela del territorio y limitar las potencialidades políticas de la movilización en torno al territorio y los recursos naturales.

Por supuesto, esta estrategia es mucho más riesgosa, dado el escaso desarrollo jurisprudencial del Sistema Interamericano en materia de igualdad¹¹⁸ y, particularmente, desde la perspectiva de la igualdad en términos colectivos y no individuales; en consecuencia, podría hallar mayores resistencias por parte de los Estados. Por eso, podría pensarse no en estrategias argumentativas excluyentes, sino en fundamentar los casos utilizando argumentos basados en aproximaciones culturales para profundizar lo que se ha conseguido y superar algunas de las limitaciones aquí reseñadas, a la par que se generan nuevas alternativas a partir de la igualdad y la no discriminación para ampliar el campo concep-

¹¹⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-422/96, 1996.

¹¹⁷ Sundberg, Juanita, "Placing Race in Environmental Justice Research in Latin America", en *Society and Natural Resources*, vol. 21, núm. 7, 2008, pp. 569-582.

¹¹⁸ Dulitzky, Ariel, "El principio de igualdad y no discriminación: Claroscuros de la jurisprudencia interamericana", capítulo X de esta obra.

tual de posibles violaciones y reparaciones desde una perspectiva de la redistribución.

5. ALGUNAS CONCLUSIONES TENTATIVAS

El Sistema Interamericano se ha instituido como un actor permanente y prominente en la discusión sobre la protección de los derechos territoriales colectivos de indígenas y afrodescendientes. Y lo ha hecho, principalmente, gracias a que en la última década la Corte y la Comisión se han mostrado receptivas a las demandas territoriales de estos pueblos.

Por ello, el análisis y discusión de las ambivalencias, contradicciones y vacíos jurisprudenciales existentes, así como de las dificultades y obstáculos que presenta la defensa de reclamos territoriales a nivel interamericano, son un imperativo necesario para considerar las potencialidades y limitaciones que ofrece un mecanismo judicializado internacional para tutelar estos derechos colectivos.

En el caso de los pueblos afrodescendientes, el Sistema Interamericano hasta ahora ha avanzado tan solo porque ha entendido sus reclamos territoriales asimilándolos a los formulados por pueblos indígenas, y los ha considerado “pueblos tribales”. Este proceso duplica el fenómeno que se produce en distintos países latinoamericanos, marcado por lo que se ha denominado la *etnización* de los afrodescendientes bajo el modelo de la etnicidad indígena.¹¹⁹ En parte, ello conduce a las comunidades rurales afrodescendientes a afirmar su identidad como “pueblo tribal” en los términos de la Corte. En este sentido, los afrodescendientes deben presentarse siguiendo el modelo del movimiento indígena en su relación con el Estado.¹²⁰

¹¹⁹ Anderson, Mark, “When Afro Becomes (like) Indigenous: Garifuna and Afro-Indigenous Politics in Honduras”, en *Journal of Latin American and Caribbean Anthropology*, vol. 12, núm. 2, 2007, pp. 387 y 393.

¹²⁰ Restrepo, Eduardo, “El ‘giro, al multiculturalismo’ desde un encuadre afro-Indígena”, en *Jornal of Latin American and Caribbean Anthropology*, edición especial, vol. 12, núm. 2, 2007, p. 476.

Varios autores entienden que, a nivel nacional, esta estrategia de culturalización de los reclamos de los afrodescendientes bajo el modelo indígena y el abandono de los reclamos desde la perspectiva racial y de discriminación racial es lo que les ha permitido ser efectivos en sus demandas de seguridad territorial.¹²¹ Aun cuando esta evaluación positiva sobre la estrategia de la culturalización de los reclamos territoriales pueda ser descriptivamente correcta, no por ello debe desconocerse que abordar el asunto desde la discriminación racial y desde la redistribución permitiría superar las limitaciones de la aproximación cultural al territorio y los recursos naturales. También permitiría contextualizar los reclamos por la tierra colectiva dentro de los problemas estructurales de marginalización, exclusión y racismo estructural. En particular, haría posible el desarrollo de una jurisprudencia que no se concentre tan solo en el reconocimiento, sino también en la redistribución.

La incipiente jurisprudencia interamericana y sus lagunas, discordancias y confusiones, exigen que cualquier estrategia de litigio vaya acompañada por un proceso pedagógico dirigido hacia el propio Sistema Interamericano, para concientizarlo de sus propias limitaciones, vacíos jurisprudenciales y debilidades.

El desafío presente, creemos, pasa por repensar las reivindicaciones tanto indígenas como afrodescendientes más allá del territorio y la aproximación cultural al mismo. En otras palabras, exige superar las limitaciones basadas en el reconocimiento de derechos colectivos en función exclusivamente de una aproximación cultural a sus demandas. Fundamentalmente, requiere repensar, desde el derecho interamericano de los derechos humanos, una teoría que permita unir este reconocimiento cultural como fundamento de las respuestas judiciales a uno que parte de las disparidades socioeconómicas y reclama una redistribución como remedio a las injusticias que confrontan indígenas y afrodescendientes. Desde esta perspectiva, el presente artículo debe entenderse como el principio de una propuesta que, a la luz de las

¹²¹ Anderson, *op. cit.*, p. 393; Hooker, *op. cit.*, p. 305; Pashcel, Tiannay, y Sawyer, Mark, "Contesting Politics as Usual, Black Social Movements, Globalization and Race Policy in Latin America", en *Souls*, vol. 10, núm. 3, 2008, p. 209.

teorías de Fraser y Honneth (2003), busca desarrollar una teoría crítica del reconocimiento que identifica y defiende solo aquellas versiones de aproximaciones culturales a reivindicaciones territoriales que pueden ser coherentemente combinadas con políticas de igualdad sustantiva y redistribución económica. En otras palabras, es necesario conceptualizar desde el derecho interamericano de los derechos humanos el reconocimiento cultural y las inequidades sociales como formas que se apoyan mutuamente y que, en consecuencia, establecen claras obligaciones estatales de atacar a ambas. En definitiva, haciéndonos eco del llamado de Fraser y Honneth, consideramos que lo que se requiere hoy como estrategia de litigio y como respuesta jurisprudencial, es una concepción que reunifique los reclamos de reconocimiento cultural con los de redistribución socioeconómica.

XII. Pobreza y derechos humanos en el Sistema Interamericano. Algunas aproximaciones preliminares*

1. INTRODUCCIÓN

Hablar de pobreza y derechos humanos desde la perspectiva del Sistema Interamericano no es fácil. De hecho, la comprensión misma del concepto de pobreza, así como su relación con los derechos humanos no es estática, pues evoluciona con el tiempo y además resulta controversial y compleja debido a los diversos problemas y dimensiones que encierra. Por lo pronto, parece existir un consenso de que la pobreza y, particularmente la pobreza extrema, no solo está referida a un problema económico, sino a uno más complejo que abarca diferentes esferas —como la social y la cultural—, convirtiéndose también en un problema político, que afecta directamente el desarrollo humano y, por tanto, la satisfacción de los derechos humanos.¹

El preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos indica que “solo puede realizarse el ideal del ser huma-

* Este trabajo fue publicado por la División de Desarrollo Social del Departamento de Desarrollo Sostenible del Banco Interamericano de Desarrollo, Cartagena de Indias, Colombia, 8 de noviembre de 2000. Ponencia presentada en el XXVI Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 18 al 29 de agosto de 2008.

¹ Salmón, Elisabeth, “El largo camino de la lucha contra la pobreza y su esperanzador encuentro con los derechos humanos”, en *Sur Revista Internacional de Derechos Humanos*, núm. 7, disponible en <http://www.surjournal.org/>

no libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”. De modo que se puede entender que la propia Convención llama a prestar atención a la relación entre pobreza y extrema pobreza y vigencia de los derechos humanos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que “Un primer paso fundamental es otorgar al grave problema de la pobreza su debida importancia”. Parafraseando al Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) sostuvo que “La tortura de un solo individuo despierta la indignación de la opinión pública con justa razón. Pero la muerte de más de 30 000 niños por día por causas fundamentalmente prevenibles pasa inadvertida. ¿Por qué? Porque esos niños son invisibles en la pobreza”.²

Si se acepta la premisa de que el gran enemigo es la invisibilización de la pobreza en los debates dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es preciso, por un lado, realizar un esfuerzo para visibilizarla y, por el otro, desarrollar los marcos normativos, estructurales y procedimentales para responder a ella. Esto es lo que pretendemos realizar en el presente trabajo.

2. LA RELACIÓN NORMATIVA ENTRE DERECHOS HUMANOS Y POBREZA (PARTICULARMENTE POBREZA EXTREMA) Y LAS OBLIGACIONES ESTATALES CONSECUENTES

En esta sección analizaremos el aspecto normativo, es decir, la relación entre los derechos humanos reconocidos en el Sistema Interamericano y la pobreza. Esta relación puede ser múltiple, dependiendo de las distintas vertientes y posiciones filosóficas, políticas, ideológicas que se asuman, así como también cómo se defina pobreza y pobreza extrema.³ En este artículo, sin embargo,

² Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay 2001*, cap. V, párr. 10.

³ Véase por ejemplo, Parra, Óscar y otros, *Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Sistema universal y sistema interamericano*, San José, Costa Rica, 2008, pp. 15 y ss; así como Castillo, Leonardo, “Extrema pobreza: entre los derechos humanos y el desarrollo, un umbral

no nos detendremos a analizar estos aspectos cruciales,⁴ sino que optaremos por demostrar cómo el Sistema Interamericano ha comenzado a analizar esta relación desde las siguientes perspectivas:

- la pobreza como violación *per se* de derechos humanos;
- la pobreza como causa de violación de derechos humanos;
- la pobreza como violación de derechos particulares;
- la pobreza como agravante de la violación de derechos humanos.

Nos interesa especialmente señalar cómo se ha comenzado muy tímidamente, a dar visibilidad a la relación entre derechos humanos y pobreza. Creemos que aún falta el desarrollo de un trabajo dogmático más comprensivo para definir cuáles son las obligaciones consecuentes de los Estados, dependiendo de estas distintas vertientes posibles.

2.1. La pobreza como violación *per se* de los derechos humanos

Una primera aproximación posible al tema de la pobreza, y su relación con los derechos humanos, es considerar que la misma, particularmente la pobreza extrema, constituye una violación *per se* a los derechos humanos. La Comisión ha indicado que,

la violación de los derechos económicos, sociales y culturales generalmente trae aparejada una violación de derechos civiles y políticos. En efecto, una persona que no recibe adecuado acceso a la educación puede ver mermada su posibilidad de participación política o su derecho a la libertad de expresión. Una persona con escaso o deficiente acceso al sistema de salud verá disminuido en diferentes niveles, o violado de un todo, su derecho a la vida. Esta situación puede darse en diferentes grados, según la medida de la violación de los derechos económicos, sociales y culturales, pudiendo sos-

mínimo para la dignidad humana”, en *Revista IIDH*, núm. 45, IIDH, San José, Costa Rica, ene-jun, 2007.

⁴ En el marco de la ONU se ha avanzado mucho en este campo. Véase por ejemplo, Oficina de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos, *Los derechos humanos y la reducción de la pobreza: Un marco conceptual*, OACNUDH, Nueva York y Ginebra, 2004.

tenerse en términos generales que a menor disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, habrá un menor disfrute de los derechos civiles y políticos. En este contexto, una situación de máxima violación de los derechos económicos, sociales y culturales significará una máxima violación de los derechos civiles y políticos. Ello es lo que sucede cuando nos encontramos con una situación de pobreza extrema.⁵

Agregó la CIDH en el mismo informe sobre país, que:

la pobreza extrema constituye una violación generalizada a todos los derechos humanos, tanto civiles y políticos como sociales, económicos y culturales. Los requerimientos del derecho humano a una vida digna trascienden los contenidos igualmente fundamentales del derecho a no ser ejecutado arbitrariamente, del derecho a la integridad personal, del derecho a la libertad personal, de los derechos relacionados con el sistema de democracia representativa y de los demás derechos civiles y políticos. Además de destinar recursos públicos por un monto suficiente para los derechos sociales y económicos, los Estados deben velar por el uso apropiado de tales recursos. La experiencia demuestra que la pobreza extrema puede afectar seriamente la institucionalidad democrática, pues constituye una desnaturalización de la democracia y hace ilusoria la participación ciudadana, el acceso a la justicia y el disfrute efectivo, en general, de los derechos humanos.⁶

Lamentablemente, y a pesar de este marco teórico esbozado, al momento de definir concretamente cuáles serían las medidas específicas que el Estado debía adoptar para superar esta situación de la perspectiva de los derechos humanos, la Comisión no desarrolló teóricamente las obligaciones del Estado que emergen de la Convención Americana, sino que se limitó a reiterar recomendaciones genéricas hechas por el PNUD de suma importancia. Indicó la CIDH que:

Entre las estrategias específicas que se ha mencionado deben ser tomadas en cuenta en la lucha contra la pobreza se encuentran:

⁵ CIDH, *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay 2001*, cap. V, párr. 4.

⁶ *Ibidem*, párr. 17.

1) *Procurar el crecimiento económico en beneficio de los pobres.* Los países de bajos ingresos tienen que acelerar su crecimiento, pero con una modalidad encaminada a favorecer a los que se encuentran sumidos en la pobreza, tanto desde el punto de vista humano como del ingreso. 2) *Reestructurar los presupuestos.* Para destinar gastos adecuados y no discriminatorios a las cuestiones humanas fundamentales, especialmente en la prestación de servicios básicos, se requiere un examen de las prioridades y la eliminación de la discriminación contra los más desfavorecidos. 3) *Garantizar la participación.* Los pobres tienen derecho a que se les consulte acerca de las decisiones que afectan su vida. Esto requiere procesos que amplíen el espacio político a fin de dar voz a los pobres y a sus defensores, incluidas las organizaciones no gubernamentales, medios de difusión libres y asociaciones de trabajadores. 4) *Proteger los recursos ambientales y el capital social de las comunidades pobres.* El medio natural y las redes sociales son recursos de los pobres para ganarse la vida y salir de la pobreza. 5) *Eliminar la discriminación contra las mujeres y los grupos minoritarios.* Se requieren reformas sociales para eliminar la discriminación.⁷

Este mero ejemplo, ilustra todavía los vacíos de desarrollo jurisprudencial interamericano acerca de las implicaciones de considerar a la pobreza o pobreza extrema como una violación *per se* de los derechos humanos y no simplemente como una falencia de políticas sociales, económicas o de desarrollo. Destaca que esta concepción fue utilizada por la CIDH en un informe sobre la situación general de los derechos humanos en un país determinado. Todavía resta por verse si los órganos interamericanos extenderán esta teoría al resolver casos concretos y en el supuesto de utilizarla, cuáles serán las consecuencias jurídicas. O si por el contrario, entenderán que esta relación simbiótica debe ser utilizada en informes generales de país o temáticos, pero no en casos contenciosos.

2.2. La pobreza como causa de violación de derechos humanos

Otra posible relación entre pobreza y derechos humanos es considerar que la misma constituye una causa, o en otras palabras,

⁷ *Ibidem*, párr. 48.

propicia o facilita la violación de los derechos humanos. La Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, particularmente han explorado la relación entre pobreza y violencia, indicando cómo la situación de pobreza generalizada puede ser una de las explicaciones de la violencia que azotó a los países de la región. Así, desde hace muchos años, la Comisión en su informe sobre El Salvador, indicó que:

El exceso de la oferta de la mano de obra en el campo, junto con la baja productividad de las pequeñas propiedades rurales, contribuyen a los escasos ingresos del campesinado. Por otra parte, la disparidad de distribución de la tierra y el énfasis en la exportación de los productos agrícolas inciden en la pobreza que vive una gran parte de la población. Los datos anteriores revelan con la mayor claridad, el desequilibrio económico y social que afecta gravemente a la sociedad salvadoreña, y, en particular, a la inmensa mayoría de la población, con las consiguientes repercusiones negativas en el campo de la observancia de los derechos humanos.⁸

Al año siguiente, la Comisión desarrollaría aún más este concepto, al agregar que:

La desatención de los derechos económicos y sociales es otra causa, aunque más difusa y problemática, de la violencia y los conflictos sociales. Es opinión generalizada y al parecer bien fundada que, en el caso de algunos países, la pobreza extrema de las masas de la población —resultado en parte de una distribución muy desigual de los recursos de producción— han sido la causa fundamental del terror que afligió y sigue afligiendo a esos países.⁹

Ya en el marco de casos contenciosos, la Corte también ha considerado que la situación de pobreza y marginación fueron las causas que permitieron las violaciones de los derechos humanos. Así, en el caso *Servellón* sostuvo que:

Los hechos del presente caso ocurrieron en razón de la condición de personas en situación de riesgo social que tenían las víctimas, lo

⁸ CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en El Salvador 1978*, cap. XI, Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁹ CIDH, *Informe Anual 1978-1979*.

que demuestra que el Estado no les proporcionó... un ambiente que les protegiera de la violencia y del abuso, y no permitió su acceso a servicios y bienes esenciales, de una forma tal que esa falta privó definitivamente a los menores su posibilidad de emanciparse, desarrollarse y de tornarse adultos que pudieran determinar su propio futuro.¹⁰

Ello porque “El Estado tiene la obligación de asegurar la protección de los niños y jóvenes afectados por la pobreza que estén socialmente marginados y, especialmente, evitar su estigmatización social como delincuentes”.¹¹ La Corte ha advertido que el Estado no puede permitir por parte de sus agentes ni fomentar en la sociedad prácticas que reproduzcan el estigma de que niños y jóvenes pobres están condicionados a la delincuencia, o necesariamente vinculados al aumento de la inseguridad ciudadana. Esa estigmatización crea un clima propicio para que aquellos menores en situación de riesgo se encuentren ante una amenaza latente a que su vida y libertad sean ilegalmente restringidas.¹²

Desde esta perspectiva pareciera que la pobreza, en tanto y en cuanto puede conducir a situaciones de marginación, estigmatización y violencia que produzca violaciones a los derechos humanos, debe ser superada dentro las obligaciones de garantía y particularmente del deber de prevención en cabeza de los Estados.

2.3. La pobreza como violación de derechos particulares

El Sistema Interamericano, a través de informes sobre países, temáticos y sobre casos contenciosos, ha señalado cómo la pobreza afecta no los derechos humanos en su conjunto, sino ciertos derechos particulares. Lo más importante es que el sistema ha entendido que si bien la pobreza pareciera estar relacionada con los derechos económicos, sociales y culturales, también el disfrute

¹⁰ Corte IDH. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 152, párr. 117.

¹¹ *Ibidem*, párr. 116.

¹² *Ibidem*, párr. 112.

de los derechos civiles y políticos depende de que los primeros se vean satisfechos y pueden ser violados directamente por la situación de pobreza o pobreza extrema de la persona.

En tres derechos particulares el sistema ha avanzado en esta conexión entre pobreza y violación de derechos en particular: igualdad y no discriminación, acceso a la justicia y tutela judicial efectiva y derecho a la vida.

La Comisión ha explicado la relación entre pobreza e igualdad y no discriminación y ha desarrollado desde esta relación, parte del fundamento jurídico de las obligaciones del Estado en esta materia. Por ejemplo, ha dicho que:

La pobreza inhibe la capacidad de las personas para gozar de sus derechos humanos. Los Estados partes de la Convención Americana deben en primera instancia respetar todos los derechos y libertades establecidos en la misma de acuerdo con el artículo 1. Además, el artículo 1 obliga a las partes a adoptar medidas razonables para impedir que se produzcan violaciones de esos derechos. Estas obligaciones necesariamente requieren que el Estado asegure condiciones en virtud de las cuales se protejan los derechos de los grupos vulnerables y marginados dentro de la sociedad, como aquellos desventajados por los efectos de la pobreza. Los principios generales de no discriminación e igualdad reflejados en los artículos 1 y 24 de la Convención requieren la adopción de medidas destinadas a superar las desigualdades en la distribución interna y las oportunidades.¹³

De manera muy importante, la Comisión recomendó al Estado en cuestión que “en vista de los principios de no discriminación e igualdad de oportunidades reconocidos en la Convención Americana, el Estado asegure que las políticas que adopte no representen una carga desproporcionada sobre los sectores marginados y más vulnerables de la sociedad, en particular aquellos que se encuentran en situación más desventajosa debido a la pobreza”.¹⁴ La Comisión avanzó en este mismo informe, y seña-

¹³ CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador*, 1997, cap. II.B.

¹⁴ *Idem*.

ló la conexión con otros derechos indicando el reconocimiento del derecho a la educación, el derecho a buscar y recibir información y a participar en los asuntos públicos “son condiciones esenciales para incorporar más plenamente la participación de los sectores empobrecidos de la sociedad en el proceso de toma de decisiones”.¹⁵ Es decir que la CIDH comenzó a esbozar una estrategia de política pública desde los derechos humanos para disminuir y eliminar la pobreza.

La Corte ha reconocido la estrecha conexión que existe entre discriminación y situación de vulnerabilidad de personas pertenecientes a diferentes grupos sociales. Así, refiriéndose a pueblos indígenas, la Corte sostuvo que “el Estado se encuentra obligado a garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley”.¹⁶ Ha indicado que los Estados deben tomar en cuenta que los grupos de personas que viven en circunstancias adversas y con menos recursos, tales como las personas que viven en condiciones de extrema pobreza; niños y adolescentes en situación de riesgo y poblaciones indígenas, enfrentan un incremento del riesgo para padecer discapacidades mentales. Al ser significativo “el vínculo existente entre la discapacidad, por un lado, y la pobreza y la exclusión social, por otro... entre las medidas positivas a cargo de los Estados se encuentran aquellas necesarias para prevenir todas las formas de discapacidad prevenibles, y dar a las personas que padecen de discapacidades mentales el tratamiento preferencial apropiado a su condición”.¹⁷

Un derecho en particular donde el sistema ya se ha pronunciado y avanzado en establecer la relación entre pobreza y derechos específicos, es respecto al acceso a la justicia y lo ha conec-

¹⁵ *Ibidem*, cap. II, Recomendaciones.

¹⁶ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146.

¹⁷ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, núm. 149, párrs. 104-105.

tado con el principio de igualdad y no discriminación. En este marco, la Corte reafirmó la prohibición de discriminar sobre la base de la posición económica de las personas y destacó que “si una persona que busca la protección de la ley para hacer valer los derechos que la Convención Americana le garantiza, encuentra que su posición económica —en este caso, su indigencia— le impide hacerlo porque no puede pagar la asistencia legal necesaria... queda discriminada por motivo de su posición económica colocada en condiciones de desigualdad ante la ley”.¹⁸

En el mismo sentido, la CIDH por ejemplo, ha dicho que:

Las leyes del país requieren que las personas estén representadas por un abogado para poder tener acceso a la protección judicial. Según el sistema actual, los litigantes que no tienen los medios para contratar los servicios de un abogado de su elección deben esperar hasta que haya un defensor público disponible. Esas personas tienen que esperar a menudo por largos periodos para tener acceso a la justicia. Esto va claramente contra los dictados de la Convención Americana, la discriminación en el ejercicio o disponibilidad de las garantías judiciales por razones de situación económica está prohibida según las disposiciones de los artículos 1.1, 8 y 24 de la Convención Americana... En vista de que los demandantes deben estar representados por un abogado para poder presentar sus reclamos, debe aumentarse el número de defensores públicos disponibles para asesorarlos, de manera tal que este servicio esté al alcance de toda persona que lo necesite para tener acceso a la protección judicial y para defender un derecho protegido.¹⁹

Por ejemplo, la CIDH ha constatado la gran divergencia que existe entre el acceso a la justicia por parte de mujeres que tienen recursos económicos y las que se encuentran en desventaja económica.²⁰ La Corte, por su parte, ha indicado que los costos

¹⁸ Corte IDH, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-11/90, 10 de agosto de 1990, Serie A, núm. 11.

¹⁹ CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, 1997*, cap. III.

²⁰ CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, 20 de enero de 2007, párr. 182.

del proceso también resultan un factor a considerar en este punto.²¹ En un caso contencioso, la Comisión consideró la existencia de obstáculos económicos en el acceso a los tribunales para el impulso de causas por el delito de racismo. Esto debido a que es un delito de acción privada y depende de la iniciativa de la víctima para ser iniciado, y dado que la mayoría de las víctimas de racismo en Brasil son pobres, no tienen cómo contratar abogados para iniciar estas causas judiciales.²²

Finalmente, en una serie de casos, la Corte ha entendido que la situación de pobreza y particularmente pobreza extrema constituyen, en ciertas circunstancias, una violación al derecho a la vida interpretado de manera amplia. Esta interpretación exige que los Estados creen las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de este derecho inalienable, lo que presupone adoptar todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida —obligación positiva—. En particular y en relación al tema que nos interesa, los Estados deben adoptar las medidas necesarias para que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna,²³ lo que incluye la adopción de medidas positivas para prevenir la violación de este derecho. Específicamente, la Corte ha indicado que de estas obligaciones generales derivan 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.²⁴ La Corte no ha extendido la obligación de garantizar el

²¹ Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C, núm. 97.

²² CIDH, Informe núm. 66/06, caso 12.001, *Simone André Diniz*, Brasil, 21 de octubre de 2006.

²³ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125, párr. 161; *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, núm. 63, párr. 144, y *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C, núm. 112, párr. 156.

²⁴ Véase, Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, *supra*, párrs. 150-153.

derecho a la vida a toda situación de pobreza o pobreza extrema. Ha dicho que “para que surja esta obligación positiva, debe establecerse que al momento de los hechos las autoridades sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o grupo de individuos determinados, y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo”.²⁵

En definitiva, la pobreza o pobreza extrema pueden constituir la violación de ciertos derechos en particular. Este análisis puntualizado ha permitido a los órganos del sistema avanzar en la definición del contenido jurídico de las obligaciones del Estado.

2.4. La pobreza como consecuencia o agravante de la violación de derechos humanos

Una relación particular, de especial relevancia al momento de analizar las reparaciones, es cuando la violación de derechos humanos, en particular, conduce a una persona o grupo de personas a una situación de pobreza o agrava tal situación.

Así, la Corte, en el caso de la *Comunidad Yakye Axa*, entendió que la demora estatal en la efectivización de los derechos territoriales sometió a los miembros de la comunidad indígena a graves condiciones de vida,²⁶ que los colocó en una situación de vulnerabilidad²⁷ y los condujo a que vivan en condiciones de miseria extrema.²⁸ Esta situación, explicó la Corte, debe ser valorada por el Tribunal al momento de fijar el daño inmaterial.²⁹

En este supuesto, la pobreza no es la causa de la violación de los derechos humanos, sino un factor agravante o una consecuencia de tal violación. Desde esta perspectiva, los deberes del

²⁵ *Ibidem*, párr. 155.

²⁶ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, *supra*, párr. 190.

²⁷ *Ibidem*, párr. 72.

²⁸ *Ibidem*, párr. 69.

²⁹ *Ibidem*, párr. 190.

Estado se analizan no solo desde el deber de garantía y prevención, sino también desde la obligación de reparación y como uno de los elementos a tener en cuenta en la determinación del daño y extensión de la reparación.

En definitiva, los ejemplos señalados aquí demuestran cómo el Sistema Interamericano, aún de manera irregular y no necesariamente coherente, ha comenzado a explorar distintas posibles relaciones entre pobreza y derechos humanos. El desafío presente es cómo articular una teoría normativa completa sobre esta relación, que influya en todas las actuaciones de los órganos interamericanos.

3. LA VISIÓN INTEGRAL DEL SISTEMA INTERAMERICANO FRENTE A LOS DERECHOS HUMANOS Y LA POBREZA

Si se acepta que existe una relación entre pobreza y la efectiva aplicación y garantía de los derechos humanos, debe pensarse en las estrategias de trabajo del Sistema Interamericano con relación a la pobreza desde una perspectiva de los derechos humanos.

La situación de pobreza y pobreza extrema que afectan a vastos sectores de la población en la región, requiere repensar la estructura y funcionamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en su integralidad. El combate a la pobreza en un contexto democrático y particularmente para confrontar los problemas estructurales y coyunturales de derechos humanos que aquejan a los países de la región, requiere que se piense integralmente de manera más amplia que solo en la Comisión y la Corte.

Al sistema lo crean, asumen las responsabilidades principales y son los destinatarios de las decisiones de la Comisión y la Corte, los Estados. Y al hablar de Estado debe pensarse en un Estado multifacético y no monolítico, con múltiples actores con distintas agendas, responsabilidades y visiones que van desde los ministerios de Relaciones Exteriores hasta los poderes judiciales y legislativo, las defensorías del pueblo, los fiscales y defensores públicos, pasando por las múltiples autoridades a nivel nacional, provincial y municipal que dentro de sus respectivos ámbitos tie-

nen responsabilidades en materia de derechos humanos. En esta perspectiva, la manera en que los Estados y sus distintos entes receptan e implementan los estándares interamericanos en materia de derechos humanos relacionados con la pobreza, representa un elemento esencial para comprender al Sistema Interamericano en su conjunto.³⁰

En materia de pobreza, sectores clave como los ministerios de Economía, de Desarrollo Social, de Planificación, por solo mencionar algunos, son claves. Por ello, los órganos del Sistema Interamericano propiamente dicho deberían relacionarse con todos estos sectores estatales y ampliar sus vías de comunicación y diálogo, que muchas veces se limitan a las oficinas de Derechos Humanos de los ministerios de Relaciones Exteriores que no tienen mandato ni competencia para implementar políticas públicas.

Desde esta concepción, la Comisión debería fortalecer su cooperación técnica con los gobiernos de la región. También debería crear y desarrollar mayores alianzas estratégicas con diferentes actores estatales relevantes en cada uno de los Estados miembros. En un problema multifacético como la pobreza, se requiere un trabajo desde distintas perspectivas. Considerando que los Estados no son monolíticos y que siempre existen múltiples puntos de entrada para la influencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Comisión debería perseguir todas estas diferentes vías de interacción con los Estados.

En un segundo aspecto, y mirando ya al sistema desde la propia organización regional, si se aceptan las premisas de que existe una relación entre pobreza, pobreza extrema y los derechos humanos, se requiere que la OEA como tal centralice el trabajo de los derechos humanos, particularmente en sus estrategias relacionadas con pobreza. Por ejemplo, áreas claves para el tema de la pobreza y su relación con el goce y ejercicio de los derechos humanos o para la prevención de su posible violación que funcionan dentro de la OEA o bajo los auspicios de la OEA, como pue-

³⁰ Véase particularmente, Abramovich, Víctor, “Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de las políticas sociales”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2006.

den ser el Comité Interamericano para el Desarrollo Integral y su Secretaría Ejecutiva, el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”, las Reuniones de Ministros de Justicia o de Ministros o Procuradores Generales de las Américas (REMJA), por solo mencionar algunos, nunca o raramente incluyen a la CIDH en sus actividades, o si la incluyen, no lo realizan de manera sistemática, estratégica, permanente y colaborativa. No sorprende que tampoco incluyan una perspectiva de derechos humanos en su accionar. Estas áreas de la OEA tienen roles cruciales en materia de trabajo, pobreza y derechos humanos.

Por ejemplo, reiteradamente se señala el fenómeno de la feminización de la pobreza.³¹ El artículo 9 de la Convención de Belém do Pará establece que “se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando... está en situación socioeconómica desfavorable”. Una de las formas de monitorear el cumplimiento de las obligaciones de los Estados es el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará” (MESECVI). Su estatuto establece que la Secretaría será desempeñada por la Secretaría Permanente de la Comisión Interamericana de la Mujer y “con el asesoramiento, cuando corresponda, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)” (art. 5.4). Sin embargo, la Metodología para la Evaluación y Seguimiento de la Implementación de las Disposiciones de la Convención de Belém do Pará, aprobada por los Estados parte, no prevé ningún rol formal para la CIDH, sea como fuente de información, como asesoría técnica en la evaluación o como órgano de seguimiento de las recomendaciones que se puedan efectuar. De modo que normativamente se prevé la relación entre situación socioeconómica y violencia contra la mujer, pero al operativizar las mismas, la OEA y los Estados miembros marginan el rol central que la CIDH debería tener para traer la perspectiva de derechos humanos y su relación con la pobreza.

³¹ Véase por ejemplo, Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Global Employment Trends For Women Brief*, OIT, Ginebra, mar 2007.

Lo mismo puede decirse del Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral (CIDI), órgano por excelencia en materia de pobreza dentro de la OEA. Según su propio estatuto “es un órgano de la Organización de los Estados Americanos (OEA) que depende directamente de la Asamblea General, con capacidad decisoria en materia de cooperación solidaria para el desarrollo integral. Constituye también un foro para el diálogo interamericano sobre cuestiones de interés hemisférico en dichas materias”. Tiene la “finalidad de promover la cooperación solidaria entre sus Estados Miembros para apoyar a su desarrollo integral, y en particular para contribuir a la eliminación de la pobreza” y “cumple sus objetivos mediante la instrumentación del Plan Estratégico para el Desarrollo Integral”. Sin embargo, el Plan Estratégico de Cooperación Solidaria para el Desarrollo Integral 2006-2009, tan solo menciona derechos humanos en el siguiente punto “Contribuir a los esfuerzos de los Estados Miembros para el desarrollo de programas educativos en materia de democracia y derechos humanos, incluidos los derechos humanos de las mujeres”. De modo que desde esta aproximación, se ve cómo la OEA no ha adoptado aún una visión de desarrollo integral desde la perspectiva de los derechos humanos.³² Pero aún más, la Secretaría Ejecutiva de Desarrollo Integral que coordina las actividades de cooperación de los distintos departamentos y demás dependencias de la Secretaría General que tengan relación con las áreas de acción de este Plan, jamás ha desarrollado actividades en conjunto con la CIDH, no ha buscado su asesoramiento ni tampoco invitado a la Comisión Interamericana a participar en ninguna de las reuniones pertinentes.

Las REMJA son otro ejemplo de la falta de visión estratégica de los órganos interamericanos al trabajar estos temas. A lo largo de esta presentación hemos señalado cómo el tema de acceso y administración de justicia está íntimamente relacionado a la pobreza y pobreza extrema. Sin embargo, estas reuniones pocas veces han tratado este tema y jamás han incluido a la Comisión Interamericana para una discusión técnica desde la perspectiva de los derechos humanos.

³² Por supuesto que es importante tener en cuenta que desarrollo y respeto a los derechos humanos si bien están interrelacionados, no son lo mismo.

De modo que, al interior de la OEA aún queda un gran espacio de trabajo y coordinación en materia de derechos humanos y pobreza. Es necesario que los sectores que trabajan desde la perspectiva del desarrollo y los que lo hacen desde los derechos humanos mantengan más diálogos y desarrollen acciones conjuntas.

En materia de involucramiento de nuevos actores, cualquier estrategia eficaz de trabajo en materia de derechos humanos y pobreza deberá involucrar a aquellos sectores y movimientos sociales que trabajan directamente con pobres. Ello exigirá a la Comisión una visión estratégica destinada a la ampliación y diversificación de los actores de la sociedad civil que acuden y utilizan el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La preservación de la importancia y centralidad que juegan las organizaciones defensoras de derechos humanos, debería complementarse con el trabajo estrecho con otros actores de la sociedad civil que desempeñan un rol central en materia de superación de la pobreza y pobreza extrema. Si toda estrategia en materia de pobreza desde la perspectiva de los derechos humanos requiere la creación y facilitación de espacios para que la voz de los pobres sea escuchada, el Sistema Interamericano no puede quedar al margen de este requisito. La nueva prioridad del Instituto Interamericano de Derechos Humanos en materia de pobreza debería convertirlo en un aliado estratégico fundamental al momento de fortalecer el trabajo de la CIDH en esta área.

Desde los órganos interamericanos propiamente dichos, debe reflexionarse si el trabajo en materia de pobreza y derechos humanos exige pensar en el rol de la Comisión Interamericana y particularmente, si el mismo debe ser modificado y fortalecido en los próximos años. Una característica que distingue al Sistema Interamericano de otros sistemas de derechos humanos es su capacidad de adaptación, en sus varias décadas de funcionamiento, a la situación hemisférica para responder a las necesidades que cada momento histórico demandaba. Las herramientas más exitosas del Sistema, sean el procesamiento de casos, las visitas *in loco*, la preparación y publicación de informes, la adopción de medidas cautelares y provisionales, las soluciones amistosas, las relatorías temáticas, o la jurisprudencia en materia de reparaciones, surgieron, se fortalecieron o redefinieron en contextos

y momentos históricos determinados para responder a demandas puntuales. Por tanto, desde la perspectiva de la pobreza y su relación con los derechos humanos debe reflexionarse estratégicamente sobre cómo reforzar los mecanismos que funcionan eficientemente para los fines de promoción y protección y que gozan del amplio respaldo de los principales actores del sistema; consolidar aquellas áreas exitosas de trabajo de la Comisión y de la Corte; identificar las situaciones o grupos no debidamente atendidos; y finalmente eliminar, modificar o superar los aspectos disfuncionales al objetivo central de la protección de los derechos humanos. Por tanto, la reflexión debe partir de la identificación de cuáles son las necesidades regionales en materia de pobreza y derechos humanos, para luego esbozar posibles estrategias de trabajo.

A nuestro criterio, el trabajo en materia de pobreza desde la perspectiva de los derechos humanos exige que la Comisión, en el escenario regional actual, juegue un papel más importante en la asesoría/cooperación técnica en los procesos de planeación, implementación y evaluación de políticas públicas, utilizando las oportunidades que ofrecen gobiernos elegidos democráticamente y donde importantes sectores gubernamentales están genuinamente interesados en mejorar la situación y superar los problemas de derechos humanos. En particular, es necesario consolidar áreas de trabajo de la CIDH que le permitan analizar la pobreza en toda su complejidad y en todos sus aspectos multifacéticos. Ello implica fortalecer áreas tales como las visitas *in loco* como mecanismo para acercar a la Comisión a las realidades locales, a los actores nacionales y principalmente a los pobres. La redacción y difusión de informes sobre países y temáticos, que le permiten a la CIDH preparar análisis comprensivos de toda la situación de manera integral. Las relatorías temáticas que concentran su trabajo en materias determinadas tienen un papel central. Grupos tradicionalmente afectados por la pobreza de manera desproporcional, como indígenas, afrodescendientes o migrantes, deberían llevar a las respectivas relatorías a concentrarse en la pobreza. Al igual que el encarcelamiento, las crisis carcelarias y la mayoría de la población carcelaria de origen pobre, el acceso de los pobres a los medios de comunicación, la pobreza y su impacto negativo en el acceso de los niños pobres a la educación de calidad, la vivien-

da adecuada, la alimentación y servicios de salud, entre otros, así como el fenómeno de la feminización de la pobreza, debería llevar a las relatorías sobre personas privadas de su libertad, libertad de expresión, niños y mujeres a centralizar la perspectiva de la pobreza en sus tareas.

Todo ello debería efectuarse como complemento y balance del procesamiento de casos. El hincapié en el sistema de peticiones individuales, particularmente en su dimensión judicial, en desmedro de otras herramientas disponibles, presupone erradamente que las soluciones a los problemas estructurales de pobreza y derechos humanos se pueden conseguir a través de respuestas legales y judiciales. Además, el procesamiento de casos individuales, como explicaremos, tiene varias limitaciones en cuanto al acceso de los pobres al sistema. Esta tarea no es sencilla y exige de la Comisión un cambio de perfil de trabajo y una presencia más permanente en los países y una estrecha relación con los actores sociales. Ello es lo que le permitirá más claramente comprender “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”, así como la necesidad de que las obligaciones positivas del Estado no se interpreten de una forma que “imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada”.³³ Adicionalmente, no puede olvidarse que en materia de derechos económicos, sociales y culturales, la estrategia de litigio tiene muchas limitaciones en el Sistema Interamericano, desde la posibilidad de traer peticiones invocando simplemente la violación de los derechos reconocidos en el Protocolo de San Salvador hasta la adecuada interpretación del alcance del artículo 26 de la Convención Americana.

En materia de casos, entendemos que la Comisión debería aumentar su involucramiento puntual y sostenido en los procesos de solución amistosa, ya que puede permitirle promover la adopción de políticas específicas que no solamente procuren solucionar el caso puntual, sino el problema estructural que le dio origen. Además, la CIDH debería jugar un rol más activo en la fa-

³³ Véase, Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, *supra*, párr. 155.

cilitación del cumplimiento de las decisiones judiciales de la Corte y seguimiento de sus propias recomendaciones, procurando incidir en la elaboración y/o modificación de políticas públicas en su intersección entre pobreza y derechos humanos.

La situación de la Comisión como órgano regional, le debe permitir una aproximación que no desconozca que la lucha contra la pobreza no es un asunto que exclusivamente obligue al Estado donde se produce esta situación de pobreza. Ciertamente, corresponde al Estado que padece la pobreza la obligación de prevenirla, evitarla y sobre todo combatirla adoptando todas las medidas razonables a su alcance y actuando con la debida diligencia. Pero también a la comunidad interamericana en su conjunto. En este sentido, la Comisión tiene un importante papel en desentrañar los fundamentos jurídicos de esta obligación colectiva interamericana. En la Carta de la OEA existen elementos tales como el artículo 2, inciso g, que establece como uno de los propósitos esenciales de la Organización la erradicación de la pobreza crítica, que constituye un obstáculo al pleno desarrollo democrático de los pueblos del hemisferio, y el artículo 3, inciso f, donde los Estados americanos reafirman el principio de que la eliminación de la pobreza crítica es parte esencial de la promoción y consolidación de la democracia representativa, y constituye responsabilidad común y compartida de los Estados americanos. En el capítulo de la Carta dedicado al desarrollo integral, los Estados desarrollan una serie de compromisos colectivos entre los cuales destaca su compromiso a “aunar esfuerzos para lograr que impere la justicia social internacional en sus relaciones y para que sus pueblos alcancen un desarrollo integral, condiciones indispensables para la paz y la seguridad” (art. 30). Indica que “Los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral” (art. 34). Si bien “el desarrollo es responsabilidad primordial de cada país” (art. 33), la Carta hace hincapié en la responsabilidad colectiva de los Estados, indicando que la cooperación interamericana para el desarrollo integral es responsabilidad común y solidaria de los Estados miembros en el marco de los principios democrá-

ticos y de las instituciones del Sistema Interamericano (art. 31). Agrega la Carta que esta “cooperación interamericana para el desarrollo integral debe ser continua y encauzarse preferentemente a través de organismos multilaterales, sin perjuicio de la cooperación bilateral convenida entre Estados miembros. Los Estados miembros contribuirán a la cooperación interamericana para el desarrollo integral de acuerdo con sus recursos y posibilidades, y de conformidad con sus leyes (art. 32). Reafirmando la idea de responsabilidad colectiva por el desarrollo, incluyendo la eliminación de la pobreza, dispone que “Los Estados miembros deben abstenerse de ejercer políticas, acciones o medidas que tengan serios efectos adversos sobre el desarrollo de otros Estados miembros” (art. 35) para concluir que “Los Estados miembros convienen en buscar, colectivamente, solución a los problemas urgentes o graves que pudieren presentarse cuando el desarrollo o estabilidad económicos, de cualquier Estado miembro, se vieren seriamente afectados por situaciones que no pudieren ser resueltas por el esfuerzo de dicho Estado” (art. 37). Si se profundiza en esta idea de responsabilidad colectiva, se fortalecerá el trabajo de la CIDH en consonancia y coordinación con las otras áreas de la OEA.

Por último, el Sistema Interamericano debe concebirse de manera amplia, es decir, incluyendo actores interamericanos que trascienden la OEA. En este sentido, el Banco Interamericano de Desarrollo es una parte esencial de esta estrategia. En algún sentido, el BID ha comenzado a trabajar el tema³⁴ y, por ende, las relaciones y el diálogo entre la Comisión y el organismo financiero multilateral deberían ser importantes. Un punto de partida para un trabajo serio del BID en esta materia sería que tomase en cuenta las recomendaciones de la CIDH y las sentencias de la Corte al momento de decidir las prioridades en materia de préstamos y financiamiento. Por ejemplo, si financia un proyecto de reforma judicial en un país, o de titulación de tierras de comunidades indígenas, debería tener en cuenta la jurisprudencia interamericana en general, así como los diagnósticos que la CIDH pudiese haber hecho sobre el país respectivo.

³⁴ Véase por ejemplo, BID, *Reducción de la pobreza y promoción de la equidad social*, Documento de estrategia, 2003.

Lo fundamental es que la Comisión desarrolle un plan estratégico de trabajo en materia de pobreza y derechos humanos. El primer paso será dar visibilidad adecuada al problema y desenrañar las complejas relaciones entre ambos. El segundo, pensar cómo pueden ser utilizadas todas sus herramientas para contribuir a una protección más eficaz de los derechos humanos en contexto de pobreza. Tercero, alianzas estratégicas dentro de la OEA y dentro de los Estados y en la región.

4. LOS PROCEDIMIENTOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE CASOS INDIVIDUALES Y LA POBREZA

El sistema de casos individuales donde se discuten las posibles relaciones entre pobreza y derechos humanos, debería estructurarse de tal manera que considere las relaciones que hemos mencionado. Particularmente, debería tener en cuenta que la gran mayoría de las víctimas son pobres o se encuentran en situación de pobreza. Por ende, debe concebirse que el sistema de casos es un medio mediante el cual se garantizan los derechos individuales y colectivos de las personas y grupos, que debe adaptarse a las necesidades que tienen las personas pobres que acuden al sistema.

La Corte, en su opinión consultiva sobre el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal,³⁵ dijo que:

... el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales...³⁶

³⁵ 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, 1 de octubre de 1999, Serie A, núm. 16.

³⁶ *Ibidem*, párr. 117.

Y que:

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.³⁷

En definitiva, el aspecto procedimental del Sistema Interamericano debe “reconocer y resolver los factores de desigualdad real” entre las personas que acuden al sistema y los Estados y órganos interamericanos. La Comisión, refiriéndose a la situación a nivel nacional, pero que puede reproducirse a nivel interamericano, ha indicado que “La CIDH observa aún una insuficiente presencia de instancias judiciales y acompañamiento estatal disponible a las víctimas a lo largo del territorio nacional, lo que implica que las víctimas tengan que emplear significativos recursos económicos y logísticos propios para poder interponer una denuncia y para participar posteriormente en el procedimiento judicial”.³⁸ En otras palabras, todos los procedimientos del sistema de peticiones individuales deberían analizarse, concebirse, modificarse, utilizarse, tomando en cuenta la situación de pobreza en la región y de la gran mayoría de las víctimas que acuden al sistema. Particularmente, la Comisión y la Corte, como administradoras del sistema de peticiones individuales, sea a través de sus reglamentos, prácticas y jurisprudencia, deben “adoptar medidas... que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los

³⁷ *Ibidem*, párr. 119.

³⁸ Cfr. CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas...*, párr. 180.

propios intereses” de las víctimas pobres que acuden en busca de justicia interamericana.

Esto va desde la organización general de funcionamiento y procesamiento de peticiones hasta los requisitos de procesabilidad y admisibilidad de las peticiones y demandas exigidas. La Comisión y la Corte deben tomar en cuenta el costo de los procedimientos y las posibilidades reales que las personas en situación de pobreza tienen para afrontar estas situaciones. Ello puede implicar el análisis de elementos tales como la distribución de la carga probatoria, el lugar de celebración de las sesiones de los órganos, el análisis del requisito del agotamiento de los recursos internos, las exigencias de formalidades establecidas en sus reglamentos. Particularmente, es necesario tomar en cuenta dos criterios fundamentales. El primero, ¿están las víctimas en situación de pobreza en condiciones de afrontar y cumplir estos requisitos? Segundo, ¿cuáles son las desigualdades estructurales entre los Estados y las víctimas en situación de pobreza que deberían ser compensadas en el diseño del procedimiento ante la Comisión y la Corte?

En materia de agotamiento de los recursos internos, el sistema ha considerado la situación de pobreza y su impacto en el procedimiento, estableciendo una clara interpretación consistente con el objeto y fin de la Convención Americana. En la opinión consultiva OC-11, la Corte indicó que “si un individuo requiere efectivamente asistencia legal para proteger un derecho garantizado por la Convención y su indigencia le impide obtenerla, queda relevado de agotar los recursos internos”.³⁹

En una serie de casos, la CIDH ha aplicado este criterio y considerado que la falta de asistencia legal para interponer un recurso de inconstitucionalidad puede hacer que dicho recurso, de hecho, no esté disponible para el peticionario indigente, por lo cual no debe agotar tal recurso.⁴⁰ Estos casos demuestran cómo es posible interpretar las normas de procedimiento del sistema considerando la situación real de quienes acuden en busca de la

³⁹ Corte IDH, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos...*, párr. 31.

⁴⁰ Véase, entre múltiples casos, el Informe núm. 90/98, Caso 11.843, *Kevin Mykoo (Jamaica)*, párr. 35, e informe núm. 96/98, Caso 11.827, *Peter Blaine (Jamaica)*, párr. 60.

tutela interamericana. Sin embargo, en la generalidad del procedimiento todavía resta una consideración más profunda sobre la situación de pobreza de un gran número de víctimas. Para ilustrar con algunos ejemplos, puede analizarse la organización del procedimiento ante la Corte. La Corte otorga la posibilidad de la representación autónoma de la víctima (art. 23 y concordantes del reglamento de la Corte) y prevé en abstracto que ella o sus representantes actuarán en igualdad de condiciones con la Comisión y con el Estado demandado en todas las etapas del procedimiento. Por tanto, muchos de los requisitos se exigen de manera igualitaria a las tres partes, sin tener en cuenta necesariamente la situación de pobreza de las víctimas. Por ejemplo, si se convoca a una audiencia para escuchar a las víctimas, testigos y peritos en Costa Rica, ¿qué sucede si las víctimas no cuentan con los recursos para acudir a tal audiencia o para pagar los costos asociados con la comparecencia de testigos y peritos?

Esto no es una situación hipotética. En el caso *Bueno Alves*, la representante de la víctima solicitó al Tribunal que “autorice a que el [i]nforme pericial [del señor Jorge A. Caride] se produzca ante [f]edatario [p]úblico (afidávit)”, puesto que no fue posible “solventar los gastos para cumplir con [su] presencia [...] en la [a]udiencia [p]ública”.

Asimismo, pidió que se la excusara de estar presente en la audiencia pública. Lamentablemente, en los documentos públicos solo consta que el presidente de la Corte “aceptó la excusa de la representante y señaló que luego de la audiencia pública podría acudir al «procedimiento en el estado en que [este] se encuentre», de conformidad con el artículo 27.2 del reglamento de la Corte”.⁴¹ Lo cierto es que a la audiencia pública no pudo asistir la víctima ni su representante por carecer de los medios económicos para solventar los gastos. La Corte no dispuso ninguna medida para asegurar la presencia del principal destinatario de la protección internacional.

La Corte ha establecido desde hace varios años la práctica de recibir testimonios por afidávit, es decir, declaraciones rendidas

⁴¹ Corte IDH. *Caso Bueno Alves vs. Argentina*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C, núm. 164, párrs. 12-13.

ante fedatarios públicos. Si bien esto en principio podría reducir los costos de la comparecencia personal en la sede de la Corte, ello genera problemas adicionales. En materia de organización del procedimiento, impide la intermediación procesal del Tribunal que no puede escuchar personalmente a víctimas, testigos y peritos, y transforma el procedimiento en uno escrito antes que oral. Pero tampoco supera los problemas de las víctimas en situación de pobreza. Por ejemplo, las víctimas y testigos suelen vivir en zonas remotas alejadas de los centros urbanos donde residen los fedatarios públicos ante quienes tienen que rendir las declaraciones. El traslado también implica que el día o días requeridos para el traslado no podrán trabajar, lo que genera también pérdida de ingresos. En la generalidad de los casos, los fedatarios públicos cobran por sus servicios y no puede presuponerse que en procedimientos ante la Corte no cobren honorarios.

Este ejemplo demuestra la falta de consideración de muchas de las situaciones existentes y los problemas asociados con la situación de pobreza de las víctimas. En materia de prueba, desde los primeros casos contenciosos la Corte sostuvo que “en los procesos sobre violaciones de derechos humanos, la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado. Es el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio. La Comisión, aunque tiene facultades para realizar investigaciones, en la práctica depende, para poder efectuarlas dentro de la jurisdicción del Estado, de la cooperación y de los medios que le proporcione el Gobierno”.⁴² Si bien la Corte realizó esta interpretación pensando básicamente en documentos y otra información en poder del Estado, ello no tiene porqué limitarse a estos supuestos. La imposibilidad del demandante de allegar pruebas puede deberse a su situación socioeconómica y, por ende, la obligación de cooperación del Estado podría extenderse hacia la necesidad de facilitar los recursos económicos necesarios para que se pueda producir esta prueba en el proceso interamericano.

⁴² Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4, párrs. 135-136.

Hasta ahora pareciera que la estructuración del procedimiento interamericano presupone además que las víctimas contarán con un abogado o una organización no gubernamental que tendrá los recursos para subsidiar estos costos asociados con el litigio interamericano, lo que no siempre es cierto, ya sea porque no se cuenta con tal representación o porque los representantes tampoco cuentan con los recursos económicos. Tampoco la restitución de los costos en la etapa de reparaciones ante la Corte, varios años después de haber incurrido en estos gastos, supera los problemas.

La Corte podría diseñar modelos alternativos para superar o paliar algunos de estos problemas. Por ejemplo, en lugar de requerir estos testimonios por affidavit, un grupo de jueces, un juez o incluso personal de la Secretaría, podría trasladarse a los lugares de residencia de la mayoría de los testigos o víctimas. O podría exigir que los Estados paguen la producción de toda la prueba, en tanto y cuanto son los garantes colectivos del sistema. O también podría ordenar que el Estado, como una forma de reparación simbólica, realice una contribución al fondo de asistencia de víctimas del Sistema Interamericano.⁴³ O podría, al sesionar en los distintos países de la región, convocar a audiencias sobre los casos de dichos países para disminuir los costos de comparecencia de las víctimas pobres. Paralelamente, implica algunas decisiones que van más allá del control de los órganos del sistema y que dependen de los Estados, tales como el debido financiamiento del fondo de ayuda para víctimas.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Quizás la mejor forma de finalizar esta presentación es recordar lo que la CIDH dijo hace más de veinte años y que en muchos aspectos hoy continua vigente.

La pobreza es en parte resultado de la insuficiente dedicación y organización del Estado para proteger y promover los derechos

⁴³ La reciente Asamblea General de la OEA decidió crear este fondo. Véase AG/RES. 2426 (XXXVIII-O/08), Creación del Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

económicos, sociales y culturales. Como se señaló antes, cuando el Estado no garantiza los derechos económicos, sociales y culturales, se está indicando también una falta de garantías civiles y políticas. La capacidad de participar en la sociedad conlleva derechos civiles y políticos, conjuntamente con derechos económicos, sociales y culturales. De ello se desprende que, sin progreso en el área de los derechos económicos y sociales, los derechos civiles y políticos logrados con gran esfuerzo y sacrificio humano, siguen siendo una mera aspiración para los sectores de menos recursos y más bajo nivel de educación. En última instancia, la consolidación de la democracia representativa, meta de todos los Estados miembros, comporta el ejercicio de una participación plena por parte de todos los integrantes de la sociedad.

...

Cuando los sectores más vulnerables de la sociedad no tienen acceso a los elementos básicos para la supervivencia que les permitirían salir de su situación, se está contraviniendo voluntariamente o se está condonando la contravención del derecho a ser libre de toda discriminación y los consiguientes principios de igualdad de acceso y equidad en la distribución, y el compromiso general de proteger a los elementos vulnerables de la sociedad. Además, si no se satisfacen esas necesidades básicas, se ve amenazada directamente la propia supervivencia del individuo, lo que implica el derecho a la vida, la seguridad personal y, como se indicó antes, el derecho a participar en los procesos políticos y económicos.⁴⁴

En su primer caso contencioso, la Corte Interamericana sostuvo que “El fenómeno de las desapariciones constituye una forma compleja de violación de los derechos humanos que debe ser comprendida y encarada de una manera integral”.⁴⁵ Y agregó que:

La práctica de desapariciones, a más de violar directamente numerosas disposiciones de la Convención, como las señaladas, significa una ruptura radical de este tratado, en cuanto implica el craso

⁴⁴ CIDH, *Informe Anual 1993*, cap. V, Campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los derechos humanos, de conformidad con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, I. La realización de los derechos económicos, sociales y culturales en la región.

⁴⁵ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, *supra*, párr. 150.

abandono de los valores que emanan de la dignidad humana y de los principios que más profundamente fundamentan el Sistema Interamericano y la misma Convención. La existencia de esa práctica, además, supone el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado de modo que se garanticen los derechos reconocidos en la Convención.⁴⁶

Pensamos que el desafío presente del Sistema Interamericano es analizar cómo la pobreza y la pobreza extrema constituyen también una forma compleja de violación de los derechos humanos, así como una ruptura radical de algunos de los principios que sustentan a la Convención, como es la dignidad humana. Por tanto, la pobreza y pobreza extrema al interior del Sistema Interamericano deben ser encaradas de manera integral, tanto desde la perspectiva normativa, como estructural y procedimental.

⁴⁶ *Ibidem*, párr. 158.

XIII. La negación de la discriminación racial y el racismo en América Latina*

1. INTRODUCCIÓN

El racismo y la discriminación racial existen y persisten, en cierta medida, en todas las sociedades, en todos los países y en todas las regiones del mundo. Las manifestaciones del racismo varían entre culturas, contextos y momentos históricos. Sin embargo, existe un elemento en común: en prácticamente todas las culturas, países y regiones se niega la mera existencia del racismo.

Pretendemos analizar las diferentes formas en que la discriminación racial es negada en América Latina. Nuestra hipótesis central es que en nuestra región existe un afán de ocultar, tergiversar o encubrir la existencia del racismo y la discriminación racial. El fenómeno de la negación dificulta el reconocimiento y las medidas efectivas que se pueden tomar en contra de la discriminación racial. La única forma de identificar las mejores estrategias para combatir el racismo es partir primero de un análisis sobre las diferentes formas y manifestaciones en que se presenta.

* Este documento ha sido publicado con el propósito exclusivo de contribuir al debate de un tema de gran importancia para la región: la exclusión social. Asimismo, para exponer los comentarios y sugerencias de algunas de las partes interesadas. Este documento no pasó por los mecanismos de revisión oficiales del Departamento de Desarrollo Sostenible, ni fue evaluado por el equipo Técnico de exclusión social. Agradezco a Flavia Modell por su apoyo en la investigación para este artículo. Asimismo quiero agradecer los comentarios de James Early y Ruthenne Deutsch.

En nuestra región existe una cierta presunción de superioridad moral frente a Estados Unidos. No hay conversación sobre el tema en la que los latinoamericanos no señalemos, con sobrada razón, las gravísimas manifestaciones del racismo y la discriminación racial en el país del Norte. Con orgullo nacional,¹ señalamos que en nuestros países no tenemos segregación racial como en Estados Unidos. Con pomposidad resaltamos cómo nosotros vivimos en “democracias raciales”, en “crisoles de raza”, en “armonías raciales”, en un completo “mestizaje” o expresiones similares.

No hay mejor resumen de la posición latinoamericana que la reciente declaración de los presidentes y jefes de Estado de América del Sur reunidos en Brasilia, cuando manifestaron que “Los presidentes [de América del Sur] observan con preocupación el resurgimiento del racismo y de las manifestaciones y expresiones discriminatorias *en otras partes del mundo* y expresan su compromiso de preservar a América del Sur de la propagación de dicho fenómeno”.² O como lo ha dicho el gobierno de México, “el gobierno de México se opone a cualquier forma de discriminación, institucionalizada o no, así como a las nuevas formas de discriminación, la xenofobia y otras formas de intolerancia que *han surgido en varias partes del mundo, en particular en los países desarrollados*”.³

En resumidas cuentas, como siempre, el racismo y la discriminación racial son prácticas que se producen en otras regiones y América Latina es la fuerza moral que no permite en sus países que se produzcan discriminaciones.

Nuestra propuesta es promover un debate acerca de lo que consideramos una acendrada y popularizada representación errónea de América Latina como una región respetuosa de la movilidad racial y más tolerante en relación a las identidades

¹ Guimaraes, Antonio Sergio Alfredo, *Racismo e anti-racismo no Brasil*, 1999, p. 37.

² Reunión de Presidentes de América del Sur, comunicado de Brasilia, 1 de septiembre de 2000, párr. 28 (las cursivas son nuestras).

³ Décimo Informe Periódico que los Estados Partes que debe presentarse en 1994, México. 30/Marzo/1995. CERD/C/260/ADD.1, párr. 155. (las cursivas son nuestras).

raciales. Para nosotros, estas erradas imágenes no son más que reflejo de la ausencia de un debate público profundo, sincero y abierto sobre la cuestión racial en nuestra región. En este punto tiene razón el gobierno mexicano cuando señala que “en México, la cuestión indígena no se aborda jamás como un problema de discriminación racial sino como un asunto relacionado con el derecho al desarrollo y su situación de marginación económica y social”.⁴ El mismo gobierno señalaría que la discriminación racial “ni siquiera es punto de debate a nivel nacional”.⁵

Pero el señalamiento de que este fenómeno no integre el debate nacional ni que sea analizado en términos de discriminación racial, no elimina para nada el hecho de que el racismo y la discriminación racial existen y que los países se niegan a admitirlo y combatirlo.

En realidad, la discriminación racial y el racismo, así como la falta de su reconocimiento y ausencia de debate sobre esta situación en América Latina, es parte del déficit democrático que vivimos en la región. La igualdad, sea racial, de género, étnica o de cualquier otro tipo, dista aún de ser vista en la región como un requisito esencial y fundacional de la democracia. Sin democracia no hay igualdad y sin igualdad no hay democracia. De allí que la lucha por la profundización de la democracia sea un paso fundamental en la lucha contra el racismo y la discriminación racial.⁶

Este análisis se basará en parte en un trabajo preparado por Stanley Cohen sobre las diferentes respuestas que los gobiernos presentan ante informes denunciando violaciones a los derechos humanos. El estudio en cuestión señala tres formas de negativas:

⁴ *Ibidem.* párr. 161.

⁵ *Ibidem.* párr. 157. Sin embargo, hay autores que han comenzado a estudiar la situación de los pueblos indígenas desde la perspectiva racial. Véase Gall, Olivia, “Racism, Interethnic War and Peace in Chiapas”, presentado al *XXI Congress of Latin American Studies Association (LASA)*, 1998, y Gall, Olivia, “Mestizaje, Indigenismo and Racism in the Mexican States Ideology of National Integration”, presentado al *XXIII Congress of the Latin American Studies Association*, 2000.

⁶ Véase Rodríguez, Romero Jorge, “La discriminación racial en la época de la globalización económica”, en *Mundo Afro*, sep. 2000, p. 8.

- la negativa literal —nada ha sucedido—,
- la negativa interpretativa —lo que sucede es algo diferente— y
- la negativa justificatoria —lo que sucede se encuentra justificado—. ⁷

Algunas veces, estas formas aparecen en una secuencia: si la primera no funciona, entonces se intenta la segunda.

Si la negativa literal no funciona, por ejemplo, porque estadísticas demuestran que la población negra goza de menos beneficios que la población blanca, entonces la estrategia cambia hacia otras negativas, como reinterpretaciones legalistas o justificaciones políticas. ⁸

Una aclaración previa. Este trabajo se concentrará principalmente en la situación de la población negra o afrolatina, con pocas referencias a la discriminación racial en contra de pueblos indígenas u otras etnias. Esto no significa desconocer que también pueblos indígenas son víctimas de discriminación racial. Es fundamentalmente una opción a fin de concentrar el análisis en el grupo social, víctima de discriminación racial con menos visibilidad en el imaginario social latinoamericano.

2. UNA MIRADA A LA SITUACIÓN EN LA REGIÓN

La primer dificultad que surge será determinar qué entendemos por racismo o discriminación racial. Si bien es cierto que no hay

⁷ Stanley, Cohen, "Government Responses to Human Rights Reports: Claims, Denials and Counterclaims, Human Rights Reports: Claims, Denials and Counterclaims", en *Human Rights Quarterly*, vol. 18, núm. 3, 1996, p. 522. Esta metodología presenta algunas limitaciones, la principal de ellas es que por su carácter genérico no abarca las especificidades del racismo o de la discriminación racial. El artículo no pretende ser un trabajo acabado sobre el significado de la raza en América Latina, sobre las manifestaciones de la discriminación racial en el hemisferio ni tampoco sobre todas las formas en que se niega el racismo. Utilizamos el artículo como un marco preliminar para inducir al debate sobre la persistencia del racismo en nuestra región.

⁸ *Idem.*

una sola forma, tipo o definición de “racismo” o de “discriminación racial”, para nuestros fines utilizaremos la definición que da el artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de la Discriminación Racial (“Convención contra el Racismo” o “Convención”):

En la presente Convención la expresión “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

La realidad de América Latina contrasta mucho de los objetivos que la Convención Internacional plantea. Las pocas estadísticas existentes muestran cómo la discriminación racial permea todas y cada una de las esferas de la vida social, política, educativa,⁹ laboral,¹⁰ cultural, sanitaria¹¹ de nuestra región. En países como Colombia, la población afrocolombiana es víctima desproporcionada de la violencia política del país.¹² En otros paí-

⁹ Por ejemplo, en Uruguay, las personas negras tienen menores niveles de instrucción mayor proporción de deserción escolar. Informe Consolidado Decimosegundo, Decimotercero y Decimocuarto de la República Oriental del Uruguay al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, párrs. 203 y ss.

¹⁰ En Brasil, la población negra tiene un mayor nivel de desempleo que la población blanca, ganan 40% menos en sus salarios, ocupan las posiciones más bajas en la escala laboral y aquellas más inestables y con menos beneficios sociales. Véase Inter-American Trade Union Institute for Racial Equality, *Map of the Black Population in the Brazilian Labor Market*, 2000.

¹¹ En Nicaragua por ejemplo, mientras a nivel nacional el 32.3% de la población tiene acceso a agua potable, este número cae al 8.8% en la costa Atlántica, donde se concentra la mayoría de la población indígena y afro-caribeña del país. Véase International Human Rights Law Group, *Presentación ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 3 mar 2000.

¹² Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia*, OEA/Ser. L/V/II.102, doc. 9, rev. 1, 26 feb 1999, original en inglés, cap. XI.

ses, el acceso a la tierra sigue constituyendo una constante que es desconocida a los afrodescendientes.¹³ En muchos países, los sistemas judiciales¹⁴ y policiales¹⁵ protegen menos y castigan más a los negros.

Por ejemplo, un estudio reciente de la CEPAL ha indicado que los afrolatinoamericanos presentan una inserción laboral precaria que pone en evidencia la segregación racial de la región. La discriminación racial en el mercado laboral tiene por base la inequidad en el sector educación, lo que aumenta las posibilidades de que los blancos logren llegar a funciones de mando. La distribución de los ingresos en la región se agrava cuando se considera el origen étnico-racial. La población negra enfrenta mayores dificultades en el acceso, progresión, rezago y permanencia en el sistema educacional, además de frecuentar escuelas de peor calidad.¹⁶

El gobierno de Colombia, uno de los pocos que ha reconocido claramente la situación de discriminación, al menos en los documentos escritos, ha descrito la situación de la población afrocolombiana de la siguiente manera:

[se] ubican en el grupo de los colombianos con el mayor índice de necesidades básicas insatisfechas... con condiciones de salud precarias... condiciones sanitarias... son de las más deficitarias en el ámbito nacional... la cobertura del servicio educativo es baja... Las viviendas de las comunidades afrocolombianas, además de las bajas coberturas de servicios públicos domiciliarios, presentan dificultades con la legalización de predios y lotes, alto porcentaje de hacinamiento y baja calidad... Se estima que el ingreso *per cápita* de estas comunidades es de 500 dólares al año, menos de la tercera parte

¹³ Como es el caso de los remanentes de quilombos en Brasil, los garífunas en Honduras o los afrocaribeños en Nicaragua.

¹⁴ Véase, por ejemplo, Adorno, Sergio, "Racial Discrimination and Criminal Justice in Sao Paulo", en Reichmann, Rebecca, *Race in Contemporary Brazil, From Indifference to Inequality*, 1999, p. 123.

¹⁵ Oliveira, Dijaci David de; Barbosa de Lima, Ricardo y Santos, Sales Augusto dos, *A Cor do medo: o medo da cor*, 1998, (el aparato policial del Estado —policía civil militar— mata tres veces más negros que blancos, p. 50.

¹⁶ CEPAL, Etnicidad, Raza y Equidad en América Latina y el Caribe, LC/R. 1967, 8 mar 2000, pp. 36 y ss.

del promedio nacional... Las mujeres afrocolombianas enfrentan condiciones de pobreza, altas tasas de desempleo y baja calidad de trabajo, deficiente protección en salud y alta incidencia de la violencia doméstica... los jóvenes afrocolombianos no tienen óptimas garantías y oportunidades para acceder a la educación superior y profesional, a buenos empleos y a un desarrollo de acuerdo con su cosmovisión y con su realidad sociocultural... las entidades territoriales donde se asienta la población afrocolombiana se caracterizan por su baja capacidad de gobierno, planificación y gerencia.¹⁷

Este cuadro que se repite en distintos países de América Latina hace más necesaria una mirada sincera y profunda a nuestra región para poder adoptar las medidas necesarias para superar esta crisis. Sin embargo, todavía existen fuertes corrientes de opinión política, académica y social que niegan la mera existencia de la discriminación racial o que explican diferenciaciones en función de otras variables, pero jamás en función de la raza o el origen étnico. En las próximas secciones analizaremos algunas.

3. “NO HAY RACISMO NI DISCRIMINACIÓN RACIAL”: LA NEGATIVA LITERAL

La negativa literal simplemente señala: “nada ha sucedido” o “no está sucediendo nada”. En nuestra área de interés, la negativa es “no hubo discriminación racial o racismo en el pasado ni la hay en el presente”. En los últimos años, gobiernos de América Latina han indicado al Comité para la Discriminación Racial, entre otras cosas, que no existe “prejuicio racial”,¹⁸ “no existen en nuestro país problemas por discriminación”,¹⁹ “no existe la discrimina-

¹⁷ Noveno Informe Periódico que los Estados Partes debían presentar en 1998: Colombia. 17/11/98. CERD/C/332/Add.1. (State Party Report). Véase en el mismo sentido, *Plan Nacional de Desarrollo de la Población Afrocolombiana*. Departamento Nacional de Planeación, 1998.

¹⁸ CERD/C/331/Add.1,02/11/99, párr. 6 (República Dominicana).

¹⁹ Décimo Tercer Informe Periódico de los Estados Partes que debe ser presentado en 1994: Venezuela. 13/05/96. CERD/C/263/Add.8/Rev 1, párr. 77.

ción racial”,²⁰ “hoy prácticamente ...ya no existe ningún problema racial”,²¹ “este fenómeno no se presenta en nuestro país”,²² o “en la sociedad actual los prejuicios raciales, son prácticamente insignificantes...”.²³

Este discurso no es solamente propio de gobiernos insensibles a la cuestión racial. Por el contrario, gobiernos comprometidos, al menos retóricamente con la igualdad racial, pueden tomar las posiciones más fuertes en cuanto a la negativa literal. No sería extraño escuchar el siguiente argumento “*Nuestro gobierno jamás permitiría que algo así sucediese, por lo que no pudo haber sucedido*”.

Una forma sofisticada de negar la discriminación racial es demostrar que la misma no pudo ocurrir, ya que la discriminación se encuentra prohibida en los países en cuestión y que incluso el gobierno ha ratificado todos los instrumentos internacionales apropiados. La versión legalista de la negativa de la discriminación racial sigue el siguiente silogismo mágico: “Como la discriminación racial está prohibida en nuestra legislación, nuestro gobierno jamás la admitiría y por lo tanto no pudo ocurrir”.²⁴

La forma más avanzada de la negativa literal es mediante el predominante mito de la democracia racial en la región, particularmente como consecuencia de la reyección oficial de raza como un concepto oficial. Si oficialmente no existen razas, tampoco puede existir el racismo. Las versiones de esta negación son múltiples. Sin embargo, la eliminación del concepto de raza no ha significado en modo alguno que la raza haya desaparecido como un elemento determinante en la distribución de beneficios sociales ni que no existe una clara pirámide racial en la estructura social latinoamericana.

²⁰ Décimo Tercer Informe Periódico que los Estados Partes debían presentar en 1998: Haití. 25/05/99. CERD/C/336/Add.1, párrs. 15 y 17.

²¹ Acta resumida de la 1317ª sesión: Perú. 16/03/99. CERD/C/SR.1317, párr. 78.

²² Décimo Informe Periódico que los Estados Partes que debe presentarse en 1994: México. 30/03/95. CERD/C/260/Add.1., párr. 157.

²³ Décimo Tercer Informe Periódico que los Estados Partes debían presentar en 1997: Cuba 07/10/97. CERD/C/319/Add.4, párr. 16.

²⁴ Cohen, *op.cit.*, p. 524.

4. “EN AMÉRICA LATINA NO HAY RACISMO
NI DISCRIMINACIÓN RACIAL SINO ALGO DIFERENTE”:
LA NEGATIVA INTERPRETATIVA

La mayor visibilidad y activismo de los grupos racialmente discriminados, así como el limitado pero creciente número de estudios y estadísticas que demuestran la pervivencia del racismo y la discriminación racial en América Latina, hace difícil la negación literal de la misma. Por ello, en nuestros países se recurre a otras interpretaciones un poco más sofisticadas. Ya no se niega que hay disparidades en los indicadores económicos o sociales, sino que se explica que las diferencias se deben a otros motivos, pero no al racismo y la discriminación racial. Se ubican dichas disparidades, actitudes, prejuicios en algún otro marco teórico, menos peyorativo o estigmatizador que el racismo o la discriminación racial.

En América Latina se reinterpreta la realidad mediante múltiples técnicas. En las próximas secciones identificaremos algunas de las formas mediante las cuales se manipula la realidad para que no encuadre dentro de la definición de racismo o discriminación racial.

4.1. Eufemismos

Una de las formas más comunes de reinterpretación es el uso de expresiones eufemísticas, para enmascarar, conferir cierta respectabilidad o darle alguna sensación de neutralidad. Se emplean términos como “minoría étnica”,²⁵ “restricciones a la inmigración”,²⁶ “selección de clientes”,²⁷ “reserva de

²⁵ Para encubrir la exclusión de mayorías como la indígena en Guatemala o la de la población negra en Brasil.

²⁶ Las políticas migratorias en nuestra región tuvieron un fuerte contenido racista. Así, Uruguay, Paraguay, Honduras, Costa Rica y Panamá prohibieron la inmigración de personas de origen africano. Venezuela y República Dominicana restringieron la inmigración de personas de origen africano. Citados en Hasenbalg, Carlos, “Racial Inequalities in Brazil and Throughout Latin America: Timid Responses to Disguised Racism”, en Jelin, Elizabeth y Hershberg, Eric (eds.), *Constructing Democracy*, 1998, p. 168.

²⁷ Por ejemplo, este era el criterio que utilizaban los locales bailables en Perú para discriminar. Véase la Ley núm. 27049, Un gesto político contra la discriminación racial, Ideele, Lima, Febrero 1999, núm. 115, p. 57.

admisión”,²⁸ y “buena presencia”,²⁹ para negar u oscurecer los aspectos racistas de ciertas conductas sociales o políticas gubernamentales.

Probablemente el eufemismo más utilizado en América Latina es el de negar que la discriminación racial existe y atribuir las diferencias a la pobreza.

El silogismo es el siguiente: “no se discrimina a los negros o indígenas por ser negros o indígenas, sino por ser pobres”.

La atribución de responsabilidad de las diferencias a cuestiones económicas antes que raciales, por ejemplo, fue señalada por el gobierno de Haití al indicar que “aunque es cierto que en la esfera privada se expresan a veces prejuicios relacionados con el color, en realidad su origen está en las desigualdades sociales que existen en la sociedad haitiana”.³⁰ En el mismo sentido, el gobierno de Perú sostuvo que “hoy prácticamente todo peruano tiene sangre mestiza y ya no existe ningún problema racial. En su lugar existe un problema de subdesarrollo económico en determinados sectores de la población”.³¹ México ha desarrollado los argumentos más explícitos en este punto. La cuestión indígena no es “un problema de discriminación racial”, sino “un asunto relacionado con el derecho al desarrollo y su situación de marginación económica y social”.³² En México no se da “el fenómeno de la discriminación racial”, sino “algunas modalidades de discriminación derivadas de la realidad socioeconómica”.³³

²⁸ Este es el criterio que se utiliza en Uruguay para impedir el ingreso a ciertos establecimientos o clubes. Véase *Mundo Afro*, Situación de discriminación y racismo en el Uruguay, 1999, pp. 12 y 35.

²⁹ Uno de los mecanismos más utilizados en Brasil para impedir o dificultar el acceso al mercado de trabajo de afrobrasileros.

³⁰ Décimo Tercer Informe Periódico que los Estados debían presentar en 1998: Haití. 25/05/99. CERD/C/336/Add. 1.

³¹ Acta resumida de la 1317ª sesión: Perú. 16/03/99. CERD/C/SR.1317, párr. 78.

³² Décimo Informe Periódico que los Estados Partes que debe presentarse en 1994: México. 30/03/95. CERD/C/260/Add.1. párr.161.

³³ Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: México. 22/09/95. A/50/18, párrs. 353-398.

El mito de la democracia racial, entendida como la armonía entre grupos étnicos y raciales y, por ende, como la ausencia de discriminación racial, conduce a explicar que todas las eventuales manifestaciones de racismo y discriminación son usualmente producto de prejuicios sociales y económicos antes que raciales. Nuevamente recurramos a la versión oficial del gobierno de México, “algunas formas de discriminación responden a diferencias socioeconómicas más que a alguna distinción entre grupos étnicos, y han sido abordadas a través de diversos programas de desarrollo social del gobierno dirigidos a los grupos más vulnerables”.³⁴ La extensión y perdurabilidad de esta ideología lleva a que en América Latina la población en general, sin importar su raza, raramente están dispuestos a explicar las disparidades sociales presentes en términos de inequidades raciales. Sin embargo, muy fácilmente nuestras sociedades aceptan las explicaciones basadas en disparidades económicas.³⁵

Estas interpretaciones tienen varios errores lógicos. No logra explicar la situación de por qué en nuestra región, si bien no todas las personas de color son pobres, sí casi todos los pobres son personas de color.³⁶ Un gobierno no tuvo problema en reconocer que “Existe una clara correlación entre la proporción de la población indígena y los índices de pobreza y marginalidad”.³⁷ En

³⁴ Acta resumida de la 1206ª sesión: México. 21/10/97. CERD/C/SR.1206, párr. 5. Al día siguiente el mismo representante del gobierno aceptaría que cuando ciertas prácticas obstaculizan la aplicación de los artículos 2 a 5 de la Convención, existe discriminación étnica, es decir, racial. Acta resumida de la 1207ª sesión : Bulgaria, México. 21/10/97. CERD/C/SR.1207, párr.3.

³⁵ Minority Rights Group Intenational, afro-Brazilians: Time far Recongnition, 1999, p. 23.

³⁶ “En Perú, no todo cholo es pobre, pero casi todo pobre es cholo”, Oscátegui, José, *Población, crecimiento económico y racismo en Perú*, Actualidad Económica, Lima, mayo, 1998, núm. 189, p. 31.

³⁷ Décimo Informe Periódico que los Estados Partes que debe presentarse en 1994: México. 30/03/95. CERD/C/260/Add.1., párr. 40. Respondiendo a este argumento el CERD expresó su “especial preocupación por el hecho de que el Estado Parte no parece percatarse de que la discriminación latente que padecen los 56 grupos de indígenas que viven en México queda comprendida en la definición de discriminación racial que figura en el artículo 1 de la Convención. Es inadecuada la descripción de la difícil situación de esos grupos como una mera participación desigual en

segundo lugar, varias investigaciones estadísticas sobre las disparidades económicas en América Latina han demostrado que aún eliminando todas las variables posibles, incluidas aquellos indicadores de pobreza, siempre queda una variable residual que solo puede ser atribuible a la raza de la persona.³⁸ Adicionalmente, el silogismo acepta que sería legítimo discriminar en contra de las personas pobres. Hasta donde nosotros conocemos, no hay ninguna disposición de derechos humanos que acepte que las distinciones basadas en la clase social o estatus económico son legítimas.³⁹

La justificación de la discriminación por motivos de clase antes que de raza, nuevamente es un corolario de la premisa de la democracia racial y su contracara ideológica de sociedades monolíticamente mestizas, con sus consecuentes supuestas ausencias de prejuicios y discriminación. Si existe armonía racial y hay solo una raza —la mestiza— todas las diferencias deben ser explicadas en función de la pobreza, estatus social, educación, pero jamás de la raza.

el desarrollo socioeconómico”. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, México. 22/09/95. A/50/18, párrs. 353-398.

³⁸ Véase Telles, Edward y Lim, Nelson, “Does it Matter who Answers the Race Question? Racial Classification and Income Inequality in Brazil”, en *Demography*, vol. 35, núm. 4, 1998, pp. 465-474, y Lovell, Peggy A., “Gender, Race, and the Struggle for Social Justice in Brazil”, en *Latin American Perspectives*, Edición 115, vol. 27, núm. 6, noviembre 2000, p. 85, demostrando como los Afrobrasileros —entendiéndose por tales los pardos y pretos— igualmente calificados ganan menos que los brasileros blancos.

³⁹ La Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que “Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de... origen... social, posición económica,... o cualquier otra condición social” (art. 1.1). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que: “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 origen, social, posición económica, cualquier otra condición social” (art. 2.1).

4.2. Legalismo

La mayor parte de las negativas interpretativas utilizan alguna forma de lenguaje jurídico o diplomático para negar la existencia de prácticas discriminatorias. Existen múltiples formas de defensas legales ante acusaciones de discriminación racial. Hacer un recuento de las mismas, excedería ampliamente los límites de este apartado, pero podemos señalar algunas.

Una forma de discurso legalista es sostener que no existe discriminación racial, ya que las leyes latinoamericanas no establecen regímenes de segregación o *apartheid* como en otras partes del mundo. Así, por ejemplo, se argumenta que “jamás en la historia... ha regido texto jurídico alguno que establezca, ni siquiera veladamente, la discriminación racial”.⁴⁰ La definición de discriminación racial implícita en este argumento es que solamente puede existir discriminación en caso de que la misma sea establecida por ley y no cuando en los hechos haya sectores de la población que son discriminados o que las leyes son aplicadas de manera discriminatoria.

Sin embargo, las convenciones internacionales exigen de nuestros países mucho más que la simple eliminación de legislación discriminatoria. Los tratados internacionales requieren la adopción de leyes específicas de apoyo a determinadas disposiciones de dichas convenciones, la aplicación igualitaria y no discriminatoria de las leyes y convenciones y, en particular, la prevención, sanción y eliminación de la discriminación en todas sus formas, sea esta legal o *de facto*. Por eso, el CERD ha señalado la obligación de los Estados de anular cualquier ley o *práctica* que tenga por efecto crear o perpetuar la discriminación racial.⁴¹

La Convención contra la Discriminación Racial exige la adopción de una legislación global para prevenir, eliminar, castigar y reparar la discriminación racial. Dicha legislación actualmente no

⁴⁰ Octavo Informe Periódico que los Estados Partes debían presentar en 1998 Adición, República Dominicana, CERD/C/331/Add.1, 02/11/99, párr. 27.

⁴¹ Recopilación de las recomendaciones generales: 11/02/99. CERD/C/365, Recomendación general XIV relativa al párrafo 1 del artículo 1 de la Convención (42º periodo de sesiones. El énfasis nos pertenece).

existe en nuestros países, como lo ha venido señalando el CERD en estos últimos dos años.⁴² En la mayoría de nuestros países existen marcos constitucionales prohibiendo la discriminación racial, sin embargo, no está plenamente en vigor la estructura legislativa correspondiente para llevar a efecto esas disposiciones.⁴³ En particular, la Convención requiere la promulgación de determinadas leyes penales para prohibir y penalizar apropiadamente los actos de discriminación racial cometidos por individuos, organizaciones, autoridades o instituciones públicas, que en muchos países de las Américas aún no existen.⁴⁴ En otros países, aun cuando existen normas tendentes a eliminar toda diferencia de trato en la ley basada en elementos raciales, no figuran normas expresas en las que se prohíba la discriminación basada en el origen nacional o étnico,⁴⁵ cuando en muchos Estados esta constituye la principal expresión de la intolerancia. En diversos países, no existen leyes para impedir la discriminación racial en el sector privado, a pesar de que de conformidad con el apartado d, párrafo 1 del artículo 2 de la Convención, los Estados parte deberán prohibir la discriminación racial practicada no solo por autoridades o instituciones públicas, sino también por particulares y “grupos u organizaciones”.⁴⁶ Finalmente, en muchos de nuestros países la legislación adoptada se ha mostrado insuficiente, sea porque la prohibición de la discriminación no se acompaña de sanciones correspondientes⁴⁷ o porque las sanciones previstas, debido a lo minúsculas que son, no constituyen una medida

⁴² CERD, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Chile. 20/08/99. A/54/18, párrs. 365-383.

⁴³ Véase, por ejemplo, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Colombia. 20/08/99. A/54/18, párrs. 454-481.

⁴⁴ Véase, por ejemplo, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Uruguay. 19/08/99. A/54/18, párrs. 415-435.

⁴⁵ Véase, por ejemplo, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Costa Rica. 07/04/99. CERD/C/304/Add.71 y CERD/C/SR/1317 (Perú), 03/16/99, párr. 35.

⁴⁶ Véase, por ejemplo, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Costa Rica. 07/04/99. CERD/C/304/Add.71.

⁴⁷ Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Perú. 13/04/99. CERD/C/304/Add.69 (en adelante CERD, Perú).

suficientemente eficaz para prevenir, prohibir y erradicar todas las prácticas de segregación racial.⁴⁸

Otra forma de probar la inexistencia de discriminación racial es señalar que los tribunales latinoamericanos prácticamente no reciben denuncias de casos de discriminación racial. Como indicó el gobierno de México, la ausencia de discriminación racial “puede ser corroborada por la ausencia de denuncias tanto nacionales como internacionales sobre la materia”.⁴⁹ La lógica es: falta de condenas/denuncias por discriminación racial = no existe discriminación racial. No hay preguntas cruciales tales como si las víctimas de racismo tienen conocimiento de los mecanismos legales para su defensa; si las leyes son eficaces para combatir la discriminación racial; o si los tribunales aplican correctamente las leyes antidiscriminatorias.

El bajo número de denuncias puede deberse principalmente al “desconocimiento de la existencia de recursos jurídicos disponibles para los casos de discriminación racial y a que el público en general quizás no tenga mucha conciencia de la protección contra la discriminación racial prevista en la Convención”.⁵⁰ El escaso número de denuncias y, por consiguiente, de sentencias judiciales, también se puede deber a que no exista confianza en la policía o en las autoridades judiciales.⁵¹ Finalmente, el bajo número de casos judiciales de discriminación racial puede deberse a que las autoridades judiciales o policiales no califiquen las conductas como manifestaciones de racismo o discriminación.⁵²

⁴⁸ CERD, Costa Rica.

⁴⁹ Décimo Informe Periódico que los Estados Partes que debe presentarse en 1994: México. 30/03/95. CERD/C/260/Add.1. párr. 157.

⁵⁰ Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Haití. 26/08/99. A/54/18, párrs. 253-271.

⁵¹ Consideración del Informe de Brasil, CERD/C/SR.1157, 10/23/96, párr. 55.

⁵² Por ejemplo, en Brasil la mayoría de las denuncias alegando el crimen de racismo reconocido tanto en la Constitución como en la ley 16/89 modificada por la ley 9459/97, son calificados como “crímenes contra la honra”. Véase, *Afro Brazilians*, pp. 27-29.

Utilizando una variante de este silogismo, se sostiene que la falta de legislación penalizando la discriminación racial constituye una prueba de la ausencia de discriminación racial. El gobierno de Venezuela ha dicho que “si bien es cierto que es muy escasa la normativa legal vigente relativa a la no discriminación racial y a toda apología que la fomente, podemos decir que no hay necesidad práctica de legislar al respecto dado que no existen en nuestro país problemas por discriminación, ni apología de la misma. Otra sería la situación, afortunadamente desconocida en nuestro medio, si hubiese choques violentos entre las etnias o se marginase a determinadas personas basándose en características físicas, ya que ante situaciones explosivas como serían estas, el Parlamento que no puede estar de espaldas a la realidad social, dictaría las normas al respecto. No lo ha hecho porque tampoco se precisa de ello”.⁵³

La variante externa de esta estrategia es responder a la alegación de racismo y discriminación racial mediante la supuesta prueba de que no es posible que exista en el país, ya que tales prácticas se encuentran prohibidas en el ordenamiento jurídico local. Los gobiernos suelen reseñar una larga lista de leyes domésticas, de todos los tratados internacionales que han ratificado, de todos los mecanismos jurídicos disponibles para sancionar a los responsables de la discriminación y el racismo.

4.3. La negación de la responsabilidad

Mediante ella los Estados, si bien reconocen que pueden existir actos de racismo y discriminación racial, niegan cualquier tipo de responsabilidad estatal en los mismos.

El argumento es que si bien algunos actos de racismo y discriminación racial han ocurrido; los mismos son hechos que no pueden ser atribuibles al gobierno, que están más allá de su control, son producto de prácticas sociales fuertemente acendradas o son producto de actores privados: El gobierno dominicano, por ejemplo, solo ha aceptado que “exista la posibilidad de que individualmente, alguien en el país, con suma discreción sustente el

⁵³ Décimo Tercer Informe Periódico de los Estados Partes que debe ser presentado en 1994: Venezuela. 13/05/96. CERD/C/263/Add.8/Rev1, párr. 77.

prejuicio racial”.⁵⁴ O como ha señalado el gobierno de Haití, los posibles casos de discriminación racial “En ningún caso son obra del Estado”.⁵⁵

De todas maneras, de acuerdo con la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de la Discriminación Racial, estos argumentos no son una justificación. Todo Estado debe garantizar la aplicación efectiva de la Convención. “En la medida en que las prácticas de las instituciones privadas influyan en el ejercicio de los derechos o en la disponibilidad de oportunidades, el Estado parte debe garantizar que el resultado de estas prácticas no tenga como finalidad ni como efecto crear o perpetuar la discriminación racial”.⁵⁶

4.4. Aislamiento

Una de las más comunes respuestas que ofrecen los gobiernos ante denuncias de racismo o discriminación racial es aceptar que un hecho puntual ha sucedido, pero negar que el mismo sea sistemático, una rutina o representativo de una serie de conductas similares.

“Tales actos se presentan en forma muy aislada y responden a motivaciones individuales o de grupos muy pequeños”.⁵⁷ Los incidentes de discriminación racial ocurrirían solo “episódica y selectivamente”.⁵⁸ “En la sociedad actual los prejuicios raciales, son prácticamente insignificantes y se expresan en las esferas más íntimas de la vida”.⁵⁹

⁵⁴ Octavo Informe Periódico que los Estados Partes debían presentar en 1998 Adición, República Dominicana, CERD/C/331/Add.1,02/11/99, párr. 6

⁵⁵ Décimo Tercer Informe Periódico que los Estados Partes debían presentar en 1998: Haití. 25/05/99.CERD/C/336/Add.1.

⁵⁶ Recopilación de las recomendaciones generales: 11/02/99.CERD/C/365, Recomendación General, 48º periodo de sesiones, 1996.

⁵⁷ Informe Consolidado Decimosegundo, Decimotercero y Decimocuarto de la República Oriental del Uruguay al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, párr. 56.

⁵⁸ *Ibidem*, párr. 34.

⁵⁹ Décimo Tercer Informe Periódico que los Estados Partes debían presentar en 1997: Cuba. 07/10/97. CERD/C/319/Add.4, párr. 16.

Lo que sucedió fue un “*incidente aislado*”; jamás ocurrió en el pasado, no se ha vuelto a repetir, por lo que resulta injusto catalogar a nuestro gobierno de racista por este evento único.

5. LA NEGACIÓN JUSTIFICATORIA

Las variaciones de las negativas justificatorias son innumerables. Por lo general, o bien procuran justificar la inexistencia del racismo, o en el otro extremo procuran señalar que el racismo o la discriminación racial son justificables en algunos supuestos. Algunas de ellas son presentadas de buena fe, otras simplemente constituyen excusas, invenciones, neutralizaciones de las alegaciones, defensas ideológicas, etcétera.

5.1. La negación de la víctima

De todas las formas de negación del racismo y la discriminación racial, nos queremos detener particularmente en una de las formas más perniciosas en América Latina, que es la negación, la responsabilización de la víctima por su situación o la invisibilización de las víctimas del racismo y la discriminación racial.

Quizás la forma más extrema de esta negación del racismo y la discriminación racial es la negación de que existen sectores, muchas veces mayoritarios, que son víctimas del racismo. La versión extrema de esta negativa es el dicho popular en Argentina de que “los argentinos no somos racistas porque no tenemos negros”. La conciencia social en el país del Cono Sur no permite preguntarse por ejemplo, por qué no hay población negra en Argentina cuando en 1850, 30% de la población de Buenos Aires era negra.⁶⁰

En América Latina se procura eliminar oficialmente la identificación racial como resultado de la visión oficial de mestizaje. Un ejemplo muy claro de esta circunstancia es que los censos de

⁶⁰ Véase “The Black Americas, 1492-1992”, Report on the Americas NACLA, vol. XXV, núm. 4, febrero, 1992, p. 15. Alguien ha llamado a los afroargentinos los primeros desaparecidos de la historia del país. Véase Goldberg, Marta Beatriz, “Nuestros negros, ¿desaparecidos o ignorados?”, en *Todo es Historia*, núm. 393, abril 2000, p. 36.

casi todos nuestros países, con la excepción de Brasil y algunos otros países que tímidamente comienzan a realizar algunos estudios al respecto,⁶¹ no incluyen ninguna pregunta sobre la identidad racial.⁶² Ello conduce a una invisibilización completa de un sector sumamente representativo de la población latinoamericana. La consecuencia más grave de esta falta de datos oficiales es que impide conocer la situación real de discriminación que sufren estos sectores. Por ende, tampoco se pueden implementar políticas públicas para superar estas inequidades.

Esta negación radical de la identificación racial, imposibilita cuestionar el patrón predominante en América Latina de que el color de la piel es un fuerte determinante de las posibilidades y espacios sociales. Cuanto más blanco, mayores y mejores posibilidades, cuanto más oscuro, menores y peores posibilidades. La escala cromática social es patente en toda América Latina y los estudios sociales comienzan a demostrar estas disparidades.⁶³

Es cierto que en América Latina, a diferencia de otras partes del mundo, las clasificaciones raciales no son exclusivamente duales, blanco y negro.⁶⁴ Pero ello, en modo alguno elimina las distinciones básicas ni los hechos de que a medida que la piel se oscurece, las opciones económicas, culturales, educativas, la-

⁶¹ Por ejemplo Bolivia.

⁶² Existe el convencimiento que la recolección de datos sobre la composición racial, constituye una forma de discriminación. Así lo reconoce por ejemplo el gobierno de Uruguay en su Informe Consolidado Decimosegundo, Decimotercero y Decimocuarto de la República Oriental del Uruguay al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, párr. 3. Para dar un ejemplo, en Argentina no se incluyen preguntas sobre raza o color desde 1914, en Bolivia desde 1900, en Perú, desde 1961, Ecuador desde 1950, Venezuela desde 1876, Nicaragua, 1920; Honduras 1945, y República Dominicana desde 1950. Citado en Hasenbalg, Carlos, "Racial Inequalities in Brazil and Throughout Latin America: Timid Responses to Disguised Racism", en Jelin, Elizabeth y Hershberg, Eric (eds.), *Constructing Democracy*, 1998, p. 166.

⁶³ Véase Telles y Elin, *op. cit.*, donde analizan cómo en Brasil, los pardos —marrones— se hallan más cerca en términos de posición social de los pretos —negros— que de los brancos —blancos—.

⁶⁴ De hecho en Brasil pueden encontrarse hasta más de 100 diferentes clasificaciones. Véase el interesante artículo de Robinson, Eugene, "On the Beach at Ipanema", en *The Washington Post Magazine*, 1 ago 1999, relatando la experiencia de un afroamericano en Brasil en términos de identidades raciales.

borales o sociales disminuyen. En América Latina predomina lo que se ha catalogado como una “fuerte pigmentocracia”, donde se valoriza negativamente el color de la piel.⁶⁵

La idea de que todos somos mestizos,⁶⁶ todos somos café con leche, todos tenemos sangre indígena o negra, impide el desarrollo y la identificación de grupos raciales específicos. Mientras este mito se utiliza para impedir el desarrollo de identidades y reivindicaciones propias, no se lo utiliza al mismo tiempo para conseguir mayores grados de igualdad e integración social. La ideología oficial del mestizaje⁶⁷ transforma a la diversidad en invisible, niega el derecho al disenso y permite al mismo tiempo la exclusión de todos aquellos que quedan fuera de la “norma” del mestizo.⁶⁸

La ideología del mestizaje, al mismo tiempo dificulta la lucha política y social contra la discriminación racial. Si no hay distinciones raciales, ya que todos somos mestizos, el solo planteamiento de la cuestión racial es vista como una cuestión foránea mediante la cual se procura traer a la región problemas que pertenecen a otros países.

El mestizaje encubre, por su parte, la política oficial racista de emblanquecimiento de la sociedad que prácticamente sin ningún tipo de excepciones, se intentó en todos y cada uno de los países de América Latina. Muchos países latinoamericanos procuraron reducir el número de población negra e indígena y en última instancia hacerlos invisibles a través de un proceso de

⁶⁵ Marta Elena Casaús Arzú, *La metamorfosis del racismo en Guatemala*, 1998, p. 138.

⁶⁶ Por ejemplo, en un artículo aparecido en Perú se señala que “hay un amplio espectro de posibilidades interpretativas del origen, función y destino de la gente negra del Perú, pero ninguna de ellas independiza su futuro del complejo mestizaje que caracteriza a la nación”, Milones, Luis, “Peruanos de Ebano”, en *Bienvenida Lima*, dic 1996-feb 1997, núm. 19, p. 16.

⁶⁷ En este artículo no analizamos cómo el origen del mestizaje en América Latina se encuentra en la violencia sexual que los conquistadores españoles y portugueses ejercieron contra las mujeres indígenas y luego los señores esclavistas sobre las mujeres traídas de África como esclavas.

⁶⁸ Arocha Rodríguez, Carlos, “Afro-Colombia Denied”, en *The Black Americas, 1492-1992, Report on the Americas NACLA*, vol. XXV, núm 4, feb 1992, p. 28.

miscegenación y emblanquecimiento. Por ejemplo, casi todos los países han desarrollado en un momento u otro políticas inmigratorias restringiendo o negando a personas negras el ingreso a los países a la par de fomentar fuertemente la inmigración europea.⁶⁹

El mestizaje no solo sirve para invisibilizar a la población negra o indígena, sino que al mismo tiempo se lo utiliza como prueba de la ausencia de racismo. México ha explicado la situación de la siguiente manera: “asimismo, nuestra experiencia histórica y la conformación de la población mexicana, 90% mestiza, producto de la mezcla entre españoles e indígenas; produce un hecho indiscutible, que es que la negación de uno u otro origen no se da en nuestro país, de ahí que no se haya visto la necesidad de legislar en este aspecto, a diferencia de lo que sucede en otros países en donde no se produjo el fenómeno del mestizaje”.⁷⁰

También el mestizaje es utilizado como prueba de la armonía entre distintos grupos raciales y étnicos. En otras palabras, si hay mestizos es porque hay matrimonios mixtos entre blancos y negros o indígenas. Como ha dicho el gobierno de Cuba, un signo de lo limitado del prejuicio racial es el alto número de familias racialmente mixtas.⁷¹ Sin embargo, aún la fuerza del mestizaje no ha borrado enteramente los prejuicios raciales al momento de los casamientos y no son pocos los que evitan que se produzcan tales matrimonios mixtos en sus familias.

Pero el mestizaje y los matrimonios racialmente mixtos no dejan de ocultar la verdad de que la población latinoamericana en general y la negra-indígena en particular, tiende a creer que el emblanquecimiento ofrece la única ruta para el mejoramiento en la escala social. Esta situación es una pieza central del racismo latinoamericano: niega la presencia e identidad negra o indígena y destaca lo “blanco” del mestizo como el elemento esencial para el logro de mejores oportunidades sociales, laborales, educativas en un mundo de dominación blanca.⁷² En realidad el mestizaje,

⁶⁹ Véase nota 20.

⁷⁰ Décimo Informe Periódico que los Estados Partes que debe presentarse en 1994: México. 30/03/95. CERD/C/260/Add.1, párr 157.

⁷¹ CERD/C/319/Add.4, 10/07/97, párr. 16.

⁷² Minority Rights Group, *No longer Invisible: Afro-Latin Americans Today* (1995) p. 28.

antes que una fuerza democratizadora de la sociedad, constituye, en parte, una de las formas más acabadas del racismo en América Latina. Para lograr el ascenso social hay que ser lo más blanco posible y el mestizaje es la vía para lograrlo.

En América Latina, como se ha señalado correctamente, “el blanco/mestizo reniega de su parte indígena —o negra, agregamos nosotros— y tiene que constantemente demostrar su «superioridad», aun cuando estos despliegues solo ilustren la imposibilidad de que los mestizos acepten su humanidad blanca e india” —o negra, nuevamente nuestro agregado—. ⁷³

La eliminación o negación oficial de identidades raciales, no logra eliminar las designaciones raciales informales que son determinantes en la estructura social latinoamericana. Aun a riesgo de pecar por las generalizaciones, hay un hecho común que perdura en toda América Latina, independientemente de las particularidades sociales, políticas, históricas y culturales en los diferentes países: la discriminación basada en el color de la piel. ⁷⁴

Otra forma de negación de la víctima, es reducir los espacios sociales en los que las mismas pueden actuar. Así, en América Latina existen visiones muy claras en las que por ejemplo, socialmente se acepta que los negros solo se “destacan en el ámbito del deporte, la música y la danza”, ⁷⁵ o que “los negros solamente sirven para jugar fútbol o, si eres negro, debes ser futbolista”. ⁷⁶ Asimismo, se excluyen a las víctimas de otros sectores, por ejemplo, de los medios de comunicación, a fin de “proyectar la imagen de un país racialmente blanco”. ⁷⁷ Por ejemplo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha expresado su “preocupación

⁷³ Torre, Carlos de la, “Letra con sangre entra: racismo, escuela y vida cotidiana en Ecuador”, trabajo presentado en el LASA, 1997, p. 7.

⁷⁴ Early, James, “Reflections on Cuba, Race and Politics, Souls A Critical”, *Journal of Black Politics*, en *Culture and Society*, vol. 1, núm. 2, primavera de 1999.

⁷⁵ Caras de Color, en *Bienvenida Lima*, dic 1996-feb 1997, núm. 19, p. 41.

⁷⁶ “Los Grones”. El Corazón de Alianza, en *Bienvenida Lima*, dic 1996-feb 1997, núm. 19.

⁷⁷ Oscátegui, José, “Población, crecimiento económico y racismo en el Perú”, en *Actualidad Económica*, núm. 189, may 1998, Lima, párr. 31.

por la información que los medios de difusión proporcionan sobre las comunidades minoritarias, incluida la constante popularidad de los programas de televisión en que se promueven estereotipos basados en la raza o el origen étnico. El Comité señala que “esos estereotipos contribuyen a reforzar el ciclo de violencia y marginación que ya ha tenido graves repercusiones en los derechos de las comunidades históricamente desfavorecidas de Colombia”.⁷⁸ El mercado laboral, claramente es otro espacio donde hay una delimitación de los empleos a los que se puede acceder y a los que no, donde hay empleos, por lo general, los más bajos y peores remunerados a los que se puede acceder y otros a los que no.⁷⁹

Una última forma de negación de la víctima ocurre cuando a una persona negra o indígena que denuncia las prácticas de discriminación racial, se la considera una víctima de complejos sin fundamentos, pero en modo alguno como una víctima de discriminación racial.

5.2. Comparaciones ventajosas

Una de las formas más usuales de justificaciones de la situación racial en América Latina es mediante la utilización de comparaciones con otros países del mundo. En particular se recurre a los ejemplos de Sudáfrica, señalando que en nuestra región jamás tuvimos *apartheid*, de Estados Unidos, jamás hubo segregación racial legalizada;⁸⁰ de Ruanda o Bosnia, jamás tuvimos conflictos armados violentos de tipo racial.⁸¹

⁷⁸ Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Colombia. 20/08/99. A/54/18, párrs. 454-481.

⁷⁹ Bastos, Santiago y Camus, Manuela, *La exclusión y el desafío. Estudios sobre segregación étnica y empleo en la ciudad de Guatemala*, 1998.

⁸⁰ Mijares, María Marta, *Racismo y endoracismo en Barlovento*, 1997, “hablar de racismo en Venezuela es algo complejo, ya que es un tema poco aceptado, sobre todo si se toma como referencia las formas de racismo que existen en Estados Unidos, Alemania o en las repúblicas del sur de África”, p. 52.

⁸¹ Incluso frente a esta afirmación se pueden hacer salvedades como la política de tierra arrasada en Guatemala o muchas políticas de exterminio que ocurrieron en contra de la población indígena en diversos países de América Latina.

En el informe presentado por un gobierno al CERD, la única vez que menciona las palabras xenofobia, racismo o discriminación racial, es para referirse a la situación de sus nacionales viviendo en Estados Unidos.⁸² Siempre la discriminación existe al otro lado de las fronteras.

La élite intelectual y política latinoamericana, en muchos sentidos ha establecido a Estados Unidos como el modelo de odio racial, ante el cual todo el resto de las organizaciones sociales deben ser comparadas. Desde que en América Latina no se aplicaron las leyes y prácticas segregacionistas del país del Norte, no existe ninguna necesidad de estudiar otras formas de exclusión y marginación racial.

Todas estas comparaciones son verdaderas y deben ser motivo de un genuino orgullo. Pero ellas no deben llevarse más allá de sus consecuencias lógicas. Es verdad que no hubo *apartheid*, es verdad que no existe segregación racial establecida mediante legislación, es verdad que no hubo en los últimos años políticas de limpieza étnica.⁸³ Pero estas, no son las únicas manifestaciones del racismo y la discriminación racial. Existen múltiples fenómenos que encuadran dentro de la definición de discriminación racial y racismo que se hallan presentes en América Latina.

CONCLUSIÓN

La ideología racista perdura en nuestra región. Todavía hoy, es posible escuchar expresiones como la siguiente: “La única solu-

⁸² Undécimo informe periódico que los Estados Partes debían presentar en 1996: México: México. 30/09/96. CERD/C/296/Add.1. párr. 73, “sentimiento xenófobo y de discriminación racial en algunos sectores de la sociedad estadounidense”, y párr. 75, “en la actualidad, resulta relativamente sencillo encontrar los sentimientos racistas y xenófobos de algunos sectores de la sociedad estadounidense, en contra de las corrientes migratorias laborales o de refugiados”. Solo hizo mención a que los indígenas constituyen uno de los grupos más vulnerables a la violación de derechos humanos (párr. 5), o a que los migrantes en la frontera sur se enfrentan a un panorama de temor e incertidumbre y en algunas ocasiones a situaciones de violencia, corrupción y vulnerabilidad, párr. 59. Nunca discriminación.

⁸³ Por supuesto con las salvedades mencionadas en la nota anterior.

ción para Guatemala es mejorar la raza, traer sementales arios para mejorarla. Yo tuve en mi finca durante muchos años a un administrador alemán, y por cada india que preñaba, le pagaba extra 50 dólares”.⁸⁴

Sin embargo, la discriminación racial y el racismo sigue siendo negado o ignorado por las sociedades y por los gobiernos latinoamericanos. Todavía no hay muchos estudios al respecto, no hay estadísticas, no hay discusiones públicas. Este cuadro impide el desarrollo de políticas públicas para combatir la discriminación racial y el racismo a nivel nacional, regional e internacional.

El advenimiento de gobiernos elegidos democráticamente, en la mayoría de los países de América Latina, ha permitido que la situación de derechos humanos en la región haya mejorado en muchos aspectos. En particular, la mayoría de los países no tienen políticas de violaciones graves planeadas por el aparato del Estado. Sin embargo, nuestras democracias aún no han logrado cumplir con su promesa implícita y su fundamento básico de asegurar la plena igualdad, formal y real, para todos los sectores sociales. Por ello, la profundización de la democracia, se constituye a la vez en un reto ineludible en América Latina y el camino para combatir eficientemente el racismo y la discriminación racial.

La próxima Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia convocada por la ONU, puede ser el ámbito que permita dar a nuestra región el puntapié inicial en torno a un tema largamente olvidado. Para ello, es fundamental que nuestra región, —y por ella, hablo de nuestros gobiernos y nuestras sociedades— estén dispuestos a llevar a cabo un proceso de reflexión acerca del tipo de sociedades y de relaciones raciales y étnicas que tenemos y queremos. El punto de partida debería ser reconocer a nuestra región como pluriétnica, multirracial y multicultural, y reconocer que esta diversidad de identidades es un aspecto que las enriquece y no un problema que debe ser suprimido, invisibilizado o reprimido.

⁸⁴ Respuesta dada durante una encuesta realizada en Guatemala entre las familias tradicionales de dicho país, citada en Casaús Arzú, Marta Elena, *La metamorfosis del racismo en Guatemala*, 1998, p.130.

El debate público que proponemos no debe ser un proceso de autoflagelación social. Por el contrario, la discusión sobre el racismo y la discriminación racial debe ser un proceso dirigido directamente a lograr la efectiva protección de los derechos humanos en igualdad de condiciones de todas y cada una de las personas de nuestro continente.

En este sentido, los preparativos para la Conferencia Mundial contra el Racismo deben comenzar por una mirada introspectiva hacia el interior de los países y preguntarse cuál es el modelo de relaciones raciales y étnicas que predominan en las sociedades latinoamericanas, y cuál es el grado de respeto y vigencia efectiva de los derechos —todos: civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, individuales y colectivos— en cada uno de los Estados latinoamericanos del que gozan los pueblos indígenas y afrodescendientes.

Una vez que esa pregunta crucial haya sido respondida, la siguiente pregunta será cómo modelar un sistema nacional eficaz para superar los problemas que hayan sido identificados, a la vez de proveer un remedio a las víctimas de discriminación racial. La Conferencia Mundial tendrá sentido si nuestros gobiernos y sociedades están dispuestos a formularse estas preguntas, dolorosas pero necesarias. El examen introspectivo profundo por parte de los gobiernos y sociedades latinoamericanas será el que permita la creación de un ambiente propicio, que favorezca la discusión indispensable para adoptar las decisiones necesarias a fin de dotar de mayor eficacia y eficiencia a la lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia. Por supuesto, este proceso debería repetirse luego a nivel regional, para identificar las perspectivas y estrategias colectivas que sean necesarias.

La alternativa es más de lo mismo. Vivir en sociedades, donde todos los días millones de personas sufren las consecuencias del racismo y la discriminación racial y encuentran como respuestas, en caso de que sean vistos y oídos, negaciones, justificaciones, eufemismos, comparaciones con otros países.

El desafío está planteado y la responsabilidad es nuestra.

Bibliografía

- Abramovich, Víctor, “Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: Herramientas y aliados”, en *SUR Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 2, núm. 2, 2005.
- Alvarado, Leonardo, “Prospects and Challenges in the Implementation of Indigenous Peoples’ Human Rights In International Law: Lessons from the Case of *Awas Tingni vs. Nicaragua*”, en *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 24, núm. 3, 2007.
- Anaya, James, *Indigenous People in International Law*, USA, Oxford University Press, 2004.
- _____ y Grossman, Claudio, “The Case of *Awas Tingni vs. Nicaragua*: A New Step In The International Law of Indigenous Peoples”, en *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 19, núm. 1, 2002.
- _____ y Campbell, Maia, “Gaining Legal Recognition of Indigenous Land Rights: The Story of the *Awas Tingni* Case in *Nicaragua*”, en Hurwitz, D.; Satterthwaite, M, y Ford, D. (eds.), *Human Rights Advocacy Stories*, Lawrence, KS, Foundation Press, 2008.
- Anderson, Mark, “When Afro Becomes (like) Indigenous: Garifuna and Afro-Indigenous Politics in Honduras”, en *Journal of Latin American and Caribbean Anthropology*, vol. 12, núm. 2, 2007.
- Antkowiak, Thomas, “Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond”, en *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 46, núm. 2, 2008.

- Arnardottir, Oddny Mjöll, *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publisher, 2003.
- Aylwin, José, “El derecho de los pueblos indígenas a la tierra y al territorio en América Latina: antecedentes históricos y tendencias actuales”, en *Ponencia presentada en la Sesión del Grupo de Trabajo sobre la Sección Quinta del Proyecto de Declaración con especial énfasis en las formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural, de la Organización de Estados Americanos*, 7 y 8 de noviembre de 2002.
- Bayefsky, Anne F., “The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law”, en *Human Rights Law Journal*, vol. 11, núms. 1-2, 1990.
- Beristain, Carlos, *Diálogos sobre la reparación. Experiencias en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008.
- Bonilla Maldonado, Daniel, *La Constitución multicultural*, Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2006.
- Boone, Catherine, “Property and Constitutional Order: Land Tenure Reform and the Future of the African State”, en *African Affairs*, núm. 106, 2007.
- Dannenmaier, Eric, “Beyond Indigenous Property Rights: Exploring the Emergence of a Distinctive Connection Doctrine”, en *University Law Review*, Washington, vol. 86, 2008.
- Dulitzky, Ariel E., “A Region in Denial: Racial Discrimination and Racism in Latin America”, en Dzidzienyo, A. y Oboler, S. (eds.), *Neither Enemies Nor Friends: Latinos, Blacks, Afro-Latinos*, Londres, Palgrave Macmillan, 2005.
- _____, “El principio de igualdad y no discriminación: Claroscuros de la jurisprudencia interamericana”, en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 3, 2007.
- _____, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en *Víctimas sin mordaza. El impacto del Sistema Interamericano en la justicia transicional en Latinoamérica*, México, Due Process of Law Foundation, 2008.

- Facio, Alda, “Engendrando nuestras perspectivas”, en *Otras Miradas*, vol. 2, núm. 2, diciembre de 2002, Universidad de los Andes.
- Fraser, N. y Honneth, A., *Redistribution or Recongnition?: A Political-Philosophical Exchange*, Nueva York, Verso, 2003.
- Helfer, Laurence R. y Slaghte, Anne-Marie R., “Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication”, en *Yale Law Journal*, vol. 107, núm. 2, noviembre de 1997.
- Hoffmann, Odile, “Conflictos territoriales y territorialidad negra. El caso de las comunidades afrocolombianas”, en Mosquera, C.; Pardo, M. y Hoffmann, O. (eds.), *Afrodescendiente en las Américas. Trayectorias sociales e identitarias*, Bogotá, U.N.-ICANH-IRD-ILSA, 2002.
- Hooker, Juliet, “Indigenous Inclusion/Black Exclusion: Race, Ethnicity and Multicultural Citizenship in Latin America”, en *Journal of Latin American Studies*, núm. 3, 2005.
- Madariaga, Isabel, “Relatoría sobre los derechos de los pueblos indígenas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, *Ponencia presentada en el III Curso Interamericano*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 28 de octubre de 2002.
- _____, “The Rights of Indigenous peoples and the Interamerican Human Rights System”, Ponencia presentada en el simposio de la American Association of Law Schools Annual Meeting, San Francisco, 8 de enero de 2005.
- Mooney, Megan, “How the Organization of American States Took the Lead: The Development of Indigenous People’s Rights in the Americas”, en *American Indian Law Review*, vol. 31, núm. 2, 2006-2007.
- Nash Rojas, Claudio, “Los derechos humanos de los indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Aylwin, J. (ed.), *Derechos humanos y pueblos indígenas. Tendencias internacionales y contexto chileno*, Chile, Instituto de Estudios Internacionales-Universidad de la Frontera, 2004.

- Ng'Weno, Bettina, "Can Ethnicity Replace Race? Afro-Colombians, Indigeneity and the Colombian Multicultural State", en *Journal of Latin American and Caribbean Anthropology*, edición especial, vol. 12, núm. 2, 2007.
- Oosterveld, Valerie, "The Definition of «Gender» in the Rome Statute of the International Criminal Court: A Step Forward or back for International Criminal Justice?", *Harvard Human Rights Journal*, vol. 18, núm. 56.
- Palacios Zuloaga, Patricia, *La no discriminación. Estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula autónoma de no discriminación*, Chile, Centro de Derechos Humanos-Universidad de Chile, 2006.
- Pashcel, Tiannay, y Sawyer, Mark, "Contesting Politics as Usual, Black Social Movements, Globalization and Race Policy in Latin America", en *Souls*, vol. 10, núm. 3, 2008.
- Pasqualucci, Jo M., "The Evolution of International Indigenous Rights in the Inter-American Human Rights System", en *Human Rights Law Review*, vol. 6, núm. 2, 2006.
- Restrepo, Eduardo, "El «giro, al multiculturalismo» desde un encuadre afro-indígena", en *Jornal of Latin American and Caribbean Anthropology*, edición especial, vol. 12, núm. 2, 2007.
- Roldán Ortega, Roque, *Models for Recognizing Indigenous Land Rights in Latin America*, Biodiversity Series, World Bank, núm. 99, 2004.
- Romero Bonifaz, Carlos, "La gestión integrada de los recursos naturales como fundamento de la territorialidad indígena", en *Defensor del Pueblo de Bolivia, Derechos Humanos y Acción Defensoría*, año 1, núm. 1, 2006.
- Ruiz Chiriboga, Oswaldo, "El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano", en *SUR Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 3, núm. 5, 2007.
- Sabel, Charles y Simon, William, "Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds", en *Harvard Law Review*, vol. 117, part. 4, 2004.

- Stavenhagen, Rodolfo, “La diversidad cultural en el desarrollo de las Américas. Los pueblos indígenas y los Estados nacionales en Hispanoamérica”, en *Cultural Studies Series*, Unite for Social Development Education and Culture Organization of American States, núm. 11, 2001.
- Sundberg, Juanita, “Placing Race in Environmental Justice Research in Latin America”, en *Society and Natural Resources*, vol. 21, núm. 7, 2008.
- Torres, Gerald, “Indigenous Peoples, Afro-Indigenous Peoples and Reparations”, en Lenzerini, Federico (ed.), *Reparations for Indigenous Peoples: International and Comparative Perspectives*, Nueva York, Oxford University Press, 2008.

ORDENAMIENTO JURÍDICO

- CEDAW, Recomendación General 19, “Violencia contra la mujer”, U.N. Doc. HRI/GEN/1//Rev. 1, p. 84, párrs. 1, 6 y 7, 1994.
- CPI, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Artículo 6.
- OEA, Convención de Belém do Pará.
- OEA, Declaración Final de la Conferencia Regional de las Américas WCR/RCONF/SANT/20001L.1/Rev. 3, 20 de diciembre de 2000.
- ONU, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Artículo 31.
- ONU, Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, artículo II.

JURISPRUDENCIA

- Comité de Derechos Humanos, *Caso B. vs. Los Países Bajos*, Comunicación núm. 273/1989. A/44/40 (1989).
- _____, *Caso Gueye vs. Francia*, Comunicación núm 196/1985 A/44/40 (1989).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-101/05.

_____, Sentencia C-673/01, magistrado ponente doctor Manuel José Cepeda Espinosa.

_____, Sentencia T 422/96, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, 1996.

_____, Sentencia T 955/03, magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis, 2003.

Corte Europea de Derechos Humanos, *Adulaziz, Cabales y Balkandakli vs. Reino Unido*, 28 de mayo de 1985, párr. 78.

_____, *Caso Nachova y otros vs. Bulgaria*, aplicaciones núm. 435b77/98 y núm. 43579/98, ECHR, 6 de julio de 2005, traducción no oficial.

_____, *Caso Relating to Certain Aspects of the Laws in the Use of Languages in Education in Belgium*. Fondo, 23 de julio de 1968, vol. 6, Serie A, párr. 10.

_____, *Cyprus vs. Turkey*, 10 de mayo de 2001, párr. 306.

_____, *Hoffman vs. Austria*, 23 de junio de 1993, párr. 36.

_____, *Inze vs. Austria*, 28 de noviembre de 1987, párr. 41.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C, núm. 15, 1993.

_____, *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146.

_____, *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C, núm. 125, 2005.

_____, *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C, núm. 142.

_____, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C, núm. 79, 2001.

_____, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la CIDH de 7 de mayo de 2008.

_____, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005, Serie C, núm. 124, 2005.

- _____, *Caso de la Masacre de Mapiripan vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C, núm. 134.
- _____, *Caso de la Masacre de Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia del 29 de abril de 2004. Serie C, núm. 105, párr. 42.7.
- _____, *Caso de la Masacre de Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2004, Serie C, núm. 116.
- _____, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C, núm. 140.
- _____, *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Excepciones. Sentencia de 1 de julio de 2006.
- _____, *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia del 8 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 130, párr. 134 —niñas y mujeres—.
- _____, *Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999.
- _____, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 160.
- _____, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 172.
- _____, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C, núm. 185.
- _____, *Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 205.
- _____, *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C, núm. 195.
- _____, *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009, Serie C, núm. 194.
- _____, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares. Fondo. Reparacio-

nes y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 158, párr. 128.

_____, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C, núm. 7.

_____, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, núm. 149, párrs. 103-105 —personas que sufren discapacidades mentales—.

Corte Suprema de Justicia de Belice, *Cal (on behalf of the Maya Village of Santa Cruz) and Others and Coy (on behalf of the Maya Village of Conejo) and Others vs. Attorney-General of Belize and Minister of Natural Resources and Environment (2007)*, Claims núms. 171 y 172, Judgment, 18 de octubre de 2007.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *Calvo y Pesini, Rocio c/Córdoba, Provincia de s/Amparo*; fallos 321:194.

_____, *Hoofr, Pedro Cornelio Federico c/Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad*, Fallos 322:3034, considerandos 2, 5, 6.

DOCUMENTOS DE ORGANISMOS INTERNACIONALES

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Panorama Social de América Latina, 2000-2001*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y Derecho de los Migrantes Indocumentados*, opinión consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003.

_____, *Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 68, 20 de enero de 2007.

_____, “Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación”, en *el Informe Anual de la CIDH 1999*, OEA/Ser.L/V/II.106, dic 3 rev., 13 de abril de 2000, capítulo VI, sección II, punto B.

_____, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Penal*, opinión consultiva OC-16/99.

- _____, Informe 29/92, en Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1992-1993.
- _____, Informe de Fondo núm. 4/01, Guatemala, 19 de enero de 2001.
- _____, Informe núm. 30/04, Petición 4617/02, solución amistosa, *Mercedes Julia Huenteao Beroiza y Otras*, Chile, 2004.
- _____, Informe núm. 40/04, Caso 12.053, *Comunidades Indígenas, Mayas del Distrito de Toledo*, Belice, 2004.
- _____, Informe núm. 80/06, Petición 62-02, *Miembros de 3a Comunidad Indígena de Ananás*, Brasil, 2006.
- _____, Informe num. 83/06, Petición 555-01, *Comunidades de Alcántara*, Brasil, 2006.
- _____, Informe núm. 45/07, Petición 1268- 05, Admisibilidad, *Masacre de Chengue*, Colombia, 2007.
- _____, Informe núm. 33/04, caso 11.634, *Jailton Neri Da Fonseca vs. Brasil*, párrs. 35-38.
- _____, Informe núm. 54/01 —admisibilidad y fondo—, caso 12.051, *María de Penha Maia Fernandes vs. Brasil*.
- _____, *Informe sobre Acceso a la Justicia de las Mujeres Víctimas de Violencia*, OEA/Ser.L/V/II.Doc 68, 20 de enero de 2007, párr. 80.
- _____, *Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.88, doc. 9 rev., 17 de febrero de 1995, 197-212.
- _____, *Informe sobre la Condición de la Mujer en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.100, Doc. 17, 13 de octubre de 1998.
- _____, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Argentina*, 1980, cap. 3, El problema de los desaparecidos.
- _____, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, OEA/ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., 22 de octubre de 2002.
- _____, *Las Mujeres Frente a la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 67, 18 de octubre de 2006, párrs. 102 y ss.
- _____, *María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala*, caso 11.625, informe núm. 28/98.
- _____, OC 18, nota a pie de página núm. 33 correspondiente al párrafo 86, citando a 33 instrumentos internacionales de diversa naturaleza.

_____, OC 18, párr. 112 —trabajadores migratorios indocumentados—.

_____, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: El derecho a no ser objeto de violencia y discriminación*, OEA/Ser.L/V/II.117, Doc. 1, Rev. 1, 7 de marzo de 2003, párr. 11.

Organización de las Naciones Unidas (ONU), Comité de Derechos Humanos (1994), Comentario General núm. 23: Los derechos de las minorías (art. 27), Doc. CCPR/C/21Rev.1/Add.5.

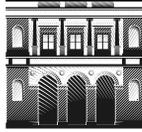
FUENTES WEB

U.S. Department of Justice, Federal Bureau of Investigation (FBI), Hate Crime Data Collection Guidelines, *Uniform Crime Reporting*, octubre de 1999 (revised), consulta 27 de marzo de 2007, disponible en <http://www.fbi.gov/ucr/hatecrime.pdf>

Derechos humanos en Latinoamérica y el Sistema Interamericano
Modelos para (des)armar

de Ariel Dulitzky

se terminó de imprimir en junio de 2017,
en los Talleres Gráficos del Poder Ejecutivo
del Estado de Querétaro, dependientes de la Oficialía Mayor,
bajo la dirección del Lic. Álvaro Mondragón Pérez
su tiraje consta de
1 000 ejemplares.



Instituto de Estudios
Constitucionales
del Estado de Querétaro

OTRAS PUBLICACIONES

Ius Constitutionale Commune en América Latina
Textos básicos para su comprensión

ARMIN VON BOGDANDY
MARIELA MORALES ANTONIAZZI
EDUARDO FERRER MAC-GREGOR
COORDINADORES

Constitución y derechos fundamentales

PAOLO COMANDUCCI

Realizando los derechos.
Su filosofía y práctica en América Latina

RODOLFO ARANGO RIVADENEIRA

Constitucionalismo progresista: Retos y perspectivas
Un homenaje a Mark Tushnet

ROBERTO GARGARELLA
ROBERTO NIEMBRO (COORDS.)
(En coedición con el IIJ-UNAM)

Principio mayoritario, jurisdicción constitucional e integridad electoral
Tres ensayos

DIETER NOHLEN
(En coedición con el IIJ-UNAM)

La Constitución bajo tensión

NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS

Activismo judicial y dogmática de los márgenes de acción:
una discusión en clave neoconstitucional

LEONARDO GARCÍA JARAMILLO

DERECHOS HUMANOS EN LATINOAMÉRICA Y EL SISTEMA INTERAMERICANO MODELOS PARA (DES)ARMAR

Este libro pretende reflexionar críticamente sobre la realidad y las instituciones para transformarlas y ponerlas al servicio de los derechos humanos. Nuestra intención es abrir nuevas áreas de investigación para interpretar la interacción entre el derecho internacional y el derecho interno de los países que forman parte del complejo sistema internacional e interamericano de promoción y protección de los derechos humanos, analizar su efectividad y visualizar a un sistema de derechos humanos complejo, cuya efectividad y funcionamiento podría beneficiarse de una aproximación holística al mismo.

Como resultará claro al lector, no se pretende desarrollar una teoría general sobre el sistema de protección de los derechos humanos. Las piezas que lo componen se asientan en ciertos convencimientos sustantivos basados en aproximaciones teóricas y prácticas mediante el ejercicio de la defensa de los derechos humanos en múltiples niveles. Este proceso dinámico se desprende de comprender que todos los cambios sociales vendrán desde las propias sociedades. En estos procesos convergen el orden local y el internacional. La comunidad internacional debe acompañar y apoyar el cambio social sin remplazar ni sustituir. Por eso, un sistema internacional, como el interamericano, no es un fin en sí mismo sino tan solo un instrumento que debe estar al servicio de los actores nacionales y aquellos que luchan por transformaciones sociales que profundizan la vigencia de los derechos humanos.

Cada parte de esta obra refleja una preocupación constante que moviliza la reflexión teórica y el trabajo profesional: la situación de pobreza en la que viven vastos sectores de la sociedad, la profunda discriminación e inequidad presente global y localmente. No hay posibilidad de tener un sistema (nacional o internacional) de protección de los derechos humanos que no comprenda, analice y contextualice las violaciones a los derechos humanos sin considerar la pobreza y la discriminación. Ellas son causa y consecuencia de violaciones a los derechos y las respuestas no pueden abstraerse de dicho contexto si pretenden tener un impacto transformador.

El sistema interamericano se ha instalado como un actor permanente y prominente en la discusión sobre la protección de los derechos y lo ha hecho, principalmente, gracias a que la Corte y la Comisión se han mostrado receptivas a las demandas de las víctimas y de las organizaciones de derechos humanos. Por ello, el análisis y discusión de las ambivalencias, contradicciones y vacíos jurisprudenciales existentes, así como de las dificultades y obstáculos que presenta la defensa de derechos humanos a nivel interamericano, son un imperativo necesario para considerar las potencialidades y limitaciones que ofrece un mecanismo judicializado internacional para tutelar estos derechos colectivos. Un hilo conductor de los trabajos aquí publicados es la importancia de tener una mirada seria, reflexiva y crítica del funcionamiento del sistema interamericano como una de las mejores maneras de fortalecerlo y proveerlo de mayor legitimidad.

ISBN 978-607-7822-33-2



9 786077 822332



QUERÉTARO
ESTÁ EN NOSOTROS



PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE
QUERÉTARO



**INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES**
DEL ESTADO DE QUERÉTARO