

Art. 31

Riconoscimento di altri diritti

Ariel E. Dulitzky*

Possono essere inseriti nel sistema di tutela della presente Convenzione altri diritti e libertà che siano riconosciuti secondo le procedure stabilite negli artt. 76 e 77

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L’ampliamento del catalogo dei diritti attraverso modifiche alla Convenzione. – 3. L’ampliamento del catalogo dei diritti attraverso l’adozione di protocolli. – 4. L’ampliamento del catalogo dei diritti attraverso l’adozione di altre convenzioni interamericane. – 4.1. La Convenzione Interamericana per la prevenzione e la sanzione della tortura. – 4.2. La Convenzione Interamericana per la prevenzione, la sanzione e la lotta alla violenza sulla donna (c.d. “Convenzione di Belem do Para”). – 4.3. La Convenzione Interamericana sulla sparizione forzata di persone. – 4.4. La Convenzione Interamericana per l’eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle persone disabili. – 4.5. La Convenzione Interamericana contro ogni forma di discriminazione e intolleranza e la Convenzione Interamericana contro il razzismo, la discriminazione razziale e le connesse forme di intolleranza. – 4.6. La Convenzione Interamericana sulla tutela dei diritti umani degli anziani. – 5. L’ampliamento del catalogo dei diritti attraverso la giurisprudenza. – 5.1. L’incorporazione nella Convenzione di altre norme attraverso il concetto di *corpus iuris*. – 5.2. La qualificazione dei diritti quali norme di *ius cogens*. – 5.3. La creazione di diritti attraverso l’interpretazione evolutiva della Convenzione Americana. – 5.4. L’integrazione con il diritto nazionale. – 6. Conclusioni.

1. Introduzione

Molte cose sono cambiate da quando nel 1969 fu approvata la Convenzione Americana sui Diritti Umani (d’ora in avanti, Convenzione). Eravamo in piena Guerra Fredda, non avevamo superato gli anni delle brutali dittature e guerre civili in America Latina, la gran parte dei paesi anglofoni dei Caraibi non erano indipendenti, non c’erano ancora state le crisi economiche del debito estero degli anni ‘80 e le misure di risanamento degli anni ‘90. Non c’erano stati gli attacchi alle torri gemelle, né, fatta eccezione per Cuba, Governi di sinistra in diversi paesi del continente. Sul piano istituzionale, nessun paese prevedeva il difensore civico o tribunali costituzionali, né aveva una costituzione che riconoscesse valore gerarchico peculiare ai trattati sui diritti umani. Sul piano normativo, solo un

* Ariel E. Dulitzky, Clinical Professor e Direttore della Human Rights Clinic, University of Texas.

Traduzione italiana a cura di Daniele Chinni, Ricercatore a tempo determinato di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi Roma Tre.

pugno di paesi aveva ratificato il Patto Internazionale sui diritti civili e politici o la Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale. Oggi, invece, pressoché tutti i paesi latinoamericani hanno ratificato i trattati sui diritti umani.

Non stupisce, pertanto, che la Convenzione preveda la possibilità d'esser modificata nel caso in cui gli Stati Parte lo decidano. Allo stesso tempo, trattandosi d'uno strumento approvato più di quattro decenni fa, che deve essere applicato a realtà differenti tra loro, non deve sorprendere che il contenuto del trattato si sia evoluto per opera della giurisprudenza della Corte Interamericana dei Diritti Umani (d'ora in avanti, la Corte IDU).

In questo lavoro analizzeremo, in primo luogo, l'ampliamento del catalogo dei diritti originariamente contenuto nella Convenzione, che è avvenuto per mezzo delle procedure di modifica di quest'ultima o di adozione di protocolli di cui agli artt. 76 e 77. L'Organizzazione degli Stati Americani (OAS) ha adottato, peraltro, anche altri trattati che prevedono nuovi diritti o precisano diritti genericamente riconosciuti dalla Convenzione, che giuridicamente non sono protocolli alla Convenzione stessa: ciò sarà oggetto d'analisi nella seconda parte del lavoro. Infine, la Corte IDU, attraverso diverse tecniche ermeneutiche, ha considerevolmente ampliato il catalogo dei diritti originariamente riconosciuti nella Convenzione, ha aumentato la portata di tali diritti o ha attribuito loro una speciale qualificazione: tutto ciò ha modificato il contenuto originario della Convenzione ed è oggetto di uno studio critico nella terza parte di questo lavoro.

2. *L'ampliamento del catalogo dei diritti attraverso modifiche alla Convenzione*

L'articolo 76 prevede la possibilità di modificare la Convenzione:

«1. Ogni Stato Parte direttamente, oppure la Commissione e la Corte per il tramite del Segretario Generale, possono presentare proposte di emendamento della Convenzione all'Assemblea Generale, la quale adotta le misure che ritenga appropriate.

2. Le modifiche entrano in vigore per gli Stati che le ratificano alla data in cui due terzi degli Stati Parte della Convenzione hanno depositato i rispettivi strumenti di ratifica. Rispetto agli altri Stati Parte, le modifiche entrano in vigore alla data del deposito dei rispettivi strumenti di ratifica».

Detto articolo deve esser letto assieme all'articolo 31 della Convenzione, ai sensi del quale:

«Possono essere inseriti nel sistema di tutela della presente Convenzione altri diritti e libertà che siano riconosciuti secondo le procedure stabilite negli articoli 76 e 77».

Sino ad oggi, l'articolo 76 non è stato utilizzato, dal momento che non ci sono state modifiche al trattato. È difficile, dunque, sapere quale sia la sua corretta interpretazione. Il primo comma dell'articolo 76, infatti, fa riferimento all'Assemblea Generale e al Segretariato Generale, due organi di un altro trattato, la Carta della Organizzazione degli Stati Americani (OAS). In particolare, l'Assemblea Generale è composta da rappresentanti di tutti gli Stati membri della OAS, alcuni dei quali non sono però Stati Parte della Convenzione. In questo

ART. 31 - RICONOSCIMENTO DI ALTRI DIRITTI

stesso primo comma dell'articolo 76 si prescrive che la proposta di modifica deve essere sottoposta all'Assemblea Generale «la quale adotta le misure ritenute appropriate», senza però stabilire se la decisione su detta proposta spetti alla stessa Assemblea Generale o all'Assemblea degli Stati Parte. Per altro verso, il comma 2 prescrive l'entrata in vigore delle modifiche per i soli Stati che le ratifichino, generando così la possibilità di obblighi e diritti diversi a seconda che si tratti di Stato che le abbia o meno ratificate¹: alla luce di ciò, si potrebbero avere pertanto diritti della Convenzione riconosciuti in alcuni Stati e non invece in altri.

Nell'unico precedente – una proposta di modifica della Convenzione avanzata dal Nicaragua – l'Assemblea Generale decise di chiedere a tutti gli Stati membri della OAS di esprimere la loro opinione al riguardo, di modo che questa potesse essere in seguito tenuta in considerazione dagli Stati Parte della Convenzione². La proposta nicaraguense non è stata mai discussa né approvata dagli Stati Parte³.

3. *L'ampliamento del catalogo dei diritti attraverso l'adozione di protocolli*

L'articolo 77 della Convenzione contempla la possibilità di prevedere nuovi diritti attraverso l'adozione di protocolli:

«1. Ai sensi di quanto previsto dall'articolo 31, uno Stato Parte e la Commissione possono sottoporre alla considerazione degli Stati Parte in sede di Assemblea Generale proposte di protocolli addizionali alla presente Convenzione, allo scopo di includere gradualmente altri diritti e libertà all'interno del sistema di tutela da essa creato.

2. Ogni protocollo deve stabilire le modalità della sua entrata in vigore e si applica ai soli Stati che ne sono Parte».

A differenza di quanto accaduto con riferimento al procedimento previsto nell'articolo 76, ci sono stati due protocolli alla Convenzione adottati ai sensi dell'articolo 77. Detto articolo prevede, a differenza dell'articolo 76, che le proposte di protocollo siano sottoposte soltanto alla «considerazione degli Stati Parte» e non a quella di tutti gli Stati membri della OAS.

Il primo protocollo è il Protocollo Addizionale alla Convenzione Americana sui Diritti Umani in tema di Diritti Economici, Sociali e Culturali, c.d. «Protocollo di San Salvador». Il Protocollo ha la sua origine nella proposta della Commissione che fu presa in considerazione e adottata dall'Assemblea Generale riunita a San Salvador, El Salvador. È importante sottolineare come il Protocollo sia stato approvato dall'Assemblea Generale della OAS e non, come invece stabi-

¹ V. J.M. ARRIGHI, *El Procedimiento para la Adopción de Enmiendas a la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, in *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1998.

² Risoluzione dell'Assemblea Generale AG/RES 1211(XXIII-O/93) «Proposta di modifica dell'articolo 34 della Convenzione Americana sui diritti umani», approvata l'11 giugno 1993 in occasione del ventitreesimo periodo ordinario delle sessioni dell'Assemblea Generale (Managua, Nicaragua).

³ V. J.M.ARRIGHI, *op.cit.*

sce l'articolo 77, dagli Stati Parte della Convenzione⁴. Fu adottato, così come si legge nel Preambolo, per far sì che i diritti economici, sociali e culturali «fossero riaffermati, sviluppati, perfezionati e protetti». Il Protocollo è uno strumento continentale specializzato che protegge in maniera diretta il diritto alla salute, a un ambiente salubre, all'alimentazione, all'educazione, al lavoro, a condizioni di lavoro giuste ed eque, il diritto alla rappresentanza sindacale, alla previdenza sociale, i benefici della cultura e dispone la tutela speciale della famiglia, dei bambini, degli anziani e delle persone con disabilità⁵. La Corte ha riconosciuto che il Protocollo recepisce «i passi avanti nello sviluppo dei diritti umani nel continente»⁶. Tuttavia, sino ad oggi la Corte non si è espressa sulla relazione esistente tra il Protocollo e l'articolo 26 della Convenzione, né ha avuto l'occasione di soffermarsi su quella esistente tra i diritti previsti nel Protocollo e quelli emergenti dalla Dichiarazione Americana dei Diritti e dei Doveri dell'Uomo.

La Corte Interamericana ha però utilizzato e interpretato il Protocollo di San Salvador. Ciò sebbene l'articolo 19.6 del Protocollo disponga che soltanto nel caso in cui siano violati i diritti previsti alla lettera a) dell'articolo 8 e all'articolo 13 (ovvero, i diritti all'educazione e alla libertà sindacale) può darsi luogo all'applicazione del sistema di istanze individuali. Qui si vede in modo chiaro come il Protocollo non solo preveda norme sostanziali sui diritti protetti ma estende, anche se limitatamente, la competenza della Commissione e della Corte. Sino ad ora la Corte non ha riscontrato violazioni degli articoli 8 o 13 del Protocollo, nonostante in diversi casi abbia trattato questioni relative al diritto all'educazione o alla libertà sindacale e, di fatto, quando interpreta la Convenzione «rammenti» il Protocollo⁷.

Ad ogni modo, ha tenuto in considerazione il Protocollo per «determinare il contenuto e la portata» di altri articoli della Convenzione⁸. Ha inoltre ritenuto che il Protocollo talvolta «accolga la medesima idea e precisi» il contenuto di diritti solo genericamente previsti dalla Convenzione⁹. Di fatto, in virtù dell'articolo 29 della Convenzione la Corte ha utilizzato il Protocollo per estendere o precisare la portata di determinati diritti previsti dalla Convenzione stessa¹⁰. Il Tribunale ha inoltre utilizzato il Protocollo per determinare quali siano le limitazioni ammissibili dei diritti riconosciuti nella Convenzione, così come ha fatto riferimento ad articoli del Protocollo non menzionati nell'articolo 19.6 relativo alle istanze individuali e alla competenza della Corte¹¹.

Il secondo protocollo è stato adottato l'8 giugno 1990 durante la 20esima Sessione Ordinaria dell'Assemblea Generale tenutasi ad Asunción, in Paraguay.

⁴ V. Risoluzione dell'Assemblea Generale AG/RES 907 (XVIII-0/88).

⁵ T. MELISH, *The Inter-American Commission on Human Rights: Defending Social Rights through Case-based Petitions, Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends In Comparative And International Law*, Cambridge, 2008, 339.

⁶ Corte IDU, *Kawas Fernández c. Honduras*, 2009, par. 148.

⁷ Corte IDU, *Huilca Tecse c. Perú*, 2005, par. 74.

⁸ Corte IDU, *Instituto de Reeducación del Menor c. Paraguay*, 2004, parr. 148 e 172.

⁹ Corte IDU, *Baena Ricardo y otros c. Panamá*, 2001, par. 159.

¹⁰ Corte IDU, *Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) c. Costa Rica*, 2012, parr. 150 e 222.

¹¹ Corte IDU, *Cinco Pensionistas c. Perú*, 2003, par. 116.

ART. 31 - RICONOSCIMENTO DI ALTRI DIRITTI

Il protocollo ha per oggetto l'abolizione della pena di morte e ha la sua origine in un'iniziativa uruguaiana e in un progetto della Commissione. In questo caso, l'Assemblea Generale sottopose il protocollo alla considerazione degli Stati Parte della Convenzione¹². Nel preambolo, si indica in modo chiaro che il Protocollo segna «uno sviluppo progressivo della Convenzione Americana sui Diritti Umani». L'obiettivo del Protocollo è quello di «consolidare la prassi della mancata applicazione della pena di morte nel continente americano». Sino ad oggi, tredici Stati hanno ratificato detto protocollo¹³.

Questo secondo Protocollo non ha avuto alcuno sviluppo giurisprudenziale. Nel principale studio sulla pena di morte nel sistema interamericano – il rapporto su *La pena di morte nel sistema interamericano dei diritti umani: dalla limitazione alla abolizione*, preparato dalla Commissione Interamericana – il Protocollo è a mala pena menzionato. Essenzialmente, lo si utilizza soltanto per fare riferimento alla «tendenza negli Stati americani [...] di favorire l'abolizione della pena di morte»¹⁴ e per ribadire che «gli Stati che hanno abolito la pena di morte non possono reintrodurla»¹⁵.

Una situazione che spicca è quella del Venezuela. Questo Stato ha esercitato il recesso dalla Convenzione nel 2011. Tuttavia, in quel momento non ha esercitato anche il recesso dal Protocollo sulla pena di morte, di modo che il Venezuela è uno Stato parte del Protocollo della Convenzione però non della Convenzione stessa, nonostante secondo quanto stabilito dall'articolo 3 del Protocollo quest'ultimo possa essere ratificato soltanto da Stati Parte della Convenzione.

4. *L'ampliamento del catalogo dei diritti attraverso l'adozione di altre convenzioni interamericane*

Nonostante le forme previste per estendere il catalogo dei diritti riconosciuti dalla Convenzione siano quelle previste dagli articoli 76 e 77, in combinato disposto con l'articolo 31 della Convenzione medesima – ovvero attraverso l'approvazione di modifiche o l'adozione di protocolli addizionali – la OAS ha adottato diversi trattati relativi ai diritti umani successivamente alla Convenzione, ma non nella forma di modifiche o protocolli addizionali.

La prima domanda da porsi è allora come mai non si seguano le modalità codificate per apportare modifiche alla Convenzione. La risposta potrebbe stare nella circostanza per cui la Convenzione non è ancora stata ratificata da tutti gli Stati membri della OAS, di modo che una modifica o un protocollo addizionale solo varrebbe per gli Stati Parte ma non, invece, per tutti gli Stati membri della OAS. Se l'obiettivo è quello di fare passi avanti nella tutela dei diritti umani anche senza la ratifica della Convenzione, si comprende il perché di questa tenden-

¹² V. Risoluzione dell'Assemblea Generale AG/RES 1042 (XX-0/90).

¹³ <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-53.html>.

¹⁴ Commissione IDU, *Informe sobre la pena de muerte en el sistema interamericano de derechos humanos: de restricciones a abolición*, par. 12.
<http://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/penademuerte.pdf>

¹⁵ Commissione IDU, *Informe sobre la pena de muerte*, cit., par. 138.

za. Nella tabella seguente si può osservare come alcune delle convenzioni sui diritti umani successive alla Convenzione abbiano ottenuto più ratifiche di quest'ultima.

Estado	CADH	PDESC	PPM	CIPST	CIPSEVM	CIDFP	CIEFDPD	CIRDRFCI	CIFDI
Antigua y Barbuda									
Argentina									
Bahamas									
Barbados									
Belice									
Bolivia									
Brasil									
Canada									
Chile									
Colombia									
Costa Rica									
Cuba									
Dominica									
Ecuador									
El Salvador									
Estados Unidos									
Grenada									
Guatemala									
Guyana									
Haiti									
Honduras									
Jamaica									
Mexico									
Nicaragua									
Panama									
Paraguay									
Peru									
Republica Dominicana									
San Kitts y Nevis									
Santa Lucia									
San Vicente y Granadinas									
Suriname									
Trinidad y Tobago *									
Uruguay									
Venezuela *									

* Ratificada y luego denunciada

Ratificación de otros tratados sin ratificación CADH

CADH: Convención Americana sobre Derechos Humanos

PDESC: Protocolo Derechos Economicos, Sociales y Culturales

PPM: Protocolo Pena de Muerte

CIPST: Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura

CIPSEVM: Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer

CIDFP: Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas

CIEFDPD: Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad

CIRDRFCI: Convención Interamericana contra El Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia

CIFDI: Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia

ART. 31 - RICONOSCIMENTO DI ALTRI DIRITTI

La seconda domanda che sorge spontanea concerne la relazione di questi trattati con la Convenzione. In altre parole, queste convenzioni successive dettano direttive per l'interpretazione del trattato interamericano? Se vi sono differenze, quale convenzione deve prevalere? Si deve applicare il principio secondo cui la norma posteriore abroga l'antecedente? O si deve utilizzare, invece, il principio di specialità, ovvero ritenere la Convenzione norma generale e le convenzioni posteriori norme speciali? O, ancora, deve applicarsi il principio *pro homine* e dunque deve prevalere quel trattato che offra maggiore tutela all'essere umano? Sino ad ora, la giurisprudenza non ha dato alcuna risposta specifica a questi interrogativi, anche se ha dato qualche indicazione, come vedremo nel seguito del lavoro.

La terza domanda riguarda la possibilità di attivare i meccanismi di tutela previsti dalla Convenzione per lamentare eventuali violazioni dei diritti riconosciuti dalle altre convenzioni. A tal proposito è necessario esaminare ciascuna convenzione per verificare se è riconosciuta alla Commissione e alla Corte la facoltà di prendere in considerazione le istanze che lamentino dette violazioni. Le risposte della OAS, infatti, variano da convenzione a convenzione, come vedremo nei paragrafi seguenti.

4.1. *La Convenzione Interamericana per la prevenzione e la sanzione della tortura*

L'Assemblea Generale della OAS del 1985 ha adottato la Convenzione Interamericana per la prevenzione e la sanzione della tortura. Questa Convenzione prevede una dettagliata definizione di tortura, così come dei doveri in capo a ciascuno Stato, e i diritti delle vittime di tortura.

Tanto nel Preambolo come nell'articolato, questa Convenzione Interamericana definisce la sua relazione con la Convenzione. Il Preambolo, infatti, stabilisce che gli Stati sono «consapevoli di quanto disposto nella Convenzione Americana sui Diritti Umani, ovvero che nessuno deve essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti», mentre all'articolo 16 si aggiunge che «la presente Convenzione fa salvo quanto disposto dalla Convenzione Americana sui Diritti Umani, da altre convenzioni in materia e dallo Statuto della Commissione Interamericana sui Diritti Umani in relazione al reato di tortura». Tuttavia, non è espressamente stabilita la possibilità di presentare denunce alla Commissione ed eventualmente alla Corte per la violazione della Convenzione sulla Tortura.

La Corte ha precisato che la Convenzione Interamericana qui in esame rafforza gli obblighi derivanti dagli articoli 5.1 e 5.2 della Convenzione¹⁶. Inoltre, il Tribunale ha affermato che essa «integra, per quanto di competenza, l'obbligo di adottare le disposizioni necessarie per rendere effettivi i diritti convenzionali, di cui all'articolo 2 della Convenzione Americana»¹⁷.

¹⁶ Corte IDU, *Masacres de El Mozote y lugares aledaños c. El Salvador*, 2012, par. 243.

¹⁷ Corte IDU, *García Lucero y otras c. Chile*, 2013, par. 187.

4.2. *La Convenzione Interamericana per la prevenzione, la sanzione e la lotta alla violenza sulla donna (c.d. "Convenzione di Belém do Pará")*

La Convenzione Interamericana per la prevenzione, la sanzione e la lotta alla violenza sulla donna, più conosciuta come Convenzione di Belém do Pará, è stata adottata dall'Assemblea Generale della OAS nel 1994. È la convenzione interamericana sui diritti umani che ha ottenuto il maggior numero di ratifiche. L'articolo 14 della Convenzione di Belém do Pará disciplina la relazione con la Convenzione, stabilendo che nulla di quanto da essa disposto può essere interpretato come una restrizione o una limitazione della Convenzione Americana o di altre convenzioni internazionali in materia che prevedano uguale o maggiore tutela.

A sua volta, l'articolo 12 prevede che «qualunque persona o gruppo di persone o ente non governativo [...] può presentare alla Commissione [...] istanze che contengono denunce o rimostranze circa la violazione dell'articolo 7 della presente Convenzione ad opera di uno Stato Parte, e la Commissione le esaminerà secondo quanto disposto nella Convenzione Americana [...], nello Statuto e nel Regolamento della Commissione per il procedimento di presentazione e presa in considerazione delle istanze [...]».

La Corte ha stabilito che nell'applicare la Convenzione in casi di violenza contro la donna debbono tenersi «come riferimento per l'interpretazione le pertinenti disposizioni della Convenzione di Belém do Pará», dal momento che questo strumento integra «il *corpus iuris* internazionale in materia di tutela della integrità personale delle donne, del quale fa parte la Convenzione»¹⁸. In casi di violenza contro la donna gli obblighi generali della Convenzione «sono integrati e rafforzati, per quegli Stati che ne sono Parte, dagli obblighi derivanti dal trattato interamericano specifico, la Convenzione Belém do Pará»¹⁹. E ha altresì ritenuto che «dopo l'entrata in [vigore...] della Convenzione di Belém do Pará [...], lo Stato è tenuto ad osservare la dovuta diligenza per prevenire, sanzionare e combattere la violenza contro la donna. [...] Gli obblighi posti dall'articolo 7.b della Convenzione di Belém do Pará specificano e integrano gli obblighi dello Stato in relazione al rispetto dei diritti consacrati nella Convenzione»²⁰.

4.3. *La Convenzione Interamericana sulla sparizione forzata di persone*²¹

Anche la Convenzione Interamericana sulla sparizione forzata di persone è stata adottata nel 1994. Essa reputa che «la sparizione forzata di persone viola più diritti essenziali della persona umana di carattere inderogabile, come tali consacrati nella Convenzione Americana [...]». La Corte ha ritenuto che questa Convenzione specifica²² o rende evidenti²³ i tratti plurioffensivi della sparizione

¹⁸ Corte IDU, *Ríos y otros c. Venezuela*, 2009, par. 277.

¹⁹ Corte IDU, *Fernández Ortega y otros c. México*, 2010, par. 193.

²⁰ Corte IDU, *J. c. Perú*, 2013, par. 342.

²¹ V. T. SCOVAZZI, G. CITRONI, *The struggle against enforced disappearance and the 2007 United Nations convention*, Leiden, 2007, 252 ss.

²² Corte IDU, *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña c. Bolivia*, 2010, par. 67.

²³ Corte IDU, *Tiu Tojín c. Guatemala*, 2008, par. 52.

ART. 31 - RICONOSCIMENTO DI ALTRI DIRITTI

forzata, la sua condizione permanente o continuata, i doveri di indagine su di essa. Il Tribunale ha riscontrato violazioni della Convenzione Interamericana ma a differenza di quanto accaduto nei casi di riscontrata violazione della Convenzione non ha affermato che si è trattato di violazione di diritti²⁴.

L'articolo XIII dispone che per le istanze o le comunicazioni presentate dinanzi la Commissione, nelle quali si lamenti la sparizione forzata di persone, si applicano i procedimenti stabiliti nella Convenzione Americana e negli Statuti e nei Regolamenti della Commissione e della Corte, comprese le norme relative alle misure cautelari. L'articolo successivo prevede un procedimento urgente e riservato dinanzi la Corte IDU per chiedere al governo di fornire il più presto possibile informazioni sul luogo in cui si trova la persona che si presume essere scomparsa.

4.4. *La Convenzione Interamericana per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle persone disabili*

La Corte ha affermato che detta Convenzione riconosce che «le persone disabili godono degli stessi diritti umani e delle stesse libertà fondamentali di cui godono le altre persone; e che questi diritti, incluso quello di non essere discriminati in ragione della disabilità, hanno la loro radice nella dignità e nella eguaglianza che sono proprie di ciascun essere umano. Allo stesso tempo, detta Convenzione ha consacrato una serie di obblighi che gli Stati debbono adempiere con l'obiettivo di giungere a “prevenire ed eliminare ogni forma di discriminazione nei confronti delle persone disabili e di promuovere la loro piena integrazione nella società”»²⁵.

In particolare, il Tribunale ha utilizzato questa Convenzione per definire il termine ‘disabilità’²⁶. È importante sottolineare come, a differenza delle altre convenzioni sui diritti umani adottate successivamente alla Convenzione, questo trattato non prevede alcun meccanismo di tutela connesso alle competenze della Commissione o della Corte.

4.5. *La Convenzione Interamericana contro ogni forma di discriminazione e intolleranza e la Convenzione Interamericana contro il razzismo, la discriminazione razziale e le connesse forme di intolleranza*

Queste due convenzioni, adottate congiuntamente dalla OAS nel 2013, affermano nei rispettivi Preamboli che «la dignità propria di ogni persona umana e la eguaglianza tra gli esseri umani sono principi basilari consacrati nella [...] Convenzione Americana» e ribadiscono che «i comportamenti discriminatori rappresentano la negazione di valori universali come i diritti inalienabili e inviolabili della persona umana e i principi consacrati nella [...] Convenzione Americana». Sino ad oggi, nessuna delle due Convenzioni è stata ratificata da alcuno Stato.

²⁴ Corte IDU, *Gelman c. Uruguay*, 2011, par. 244.

²⁵ Corte IDU, *Furlan y familiares c. Argentina*, 2012, par. 130.

²⁶ Corte IDU, *Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) c. Costa Rica*, cit., par. 290.

Oltre alla possibilità di presentare denunce individuali alla Commissione, un aspetto importante di queste Convenzioni sta nell'ampliamento della giurisdizione della Corte, poiché l'art. 15.3 consente che uno Stato accetti la competenza del Tribunale per la sola applicazione di queste convenzioni, anche se non è parte della Convenzione Americana.

4.6. *La Convenzione Interamericana sulla tutela dei diritti umani degli anziani*

Questa Convenzione è stata approvata dall'Assemblea Generale nel 2015. Secondo quanto essa stessa prevede, l'obiettivo è quello di «promuovere, proteggere e assicurare il riconoscimento e il pieno godimento ed esercizio, in condizioni di uguaglianza, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali dell'anziano, al fine di contribuire alla sua piena inclusione, integrazione e partecipazione nella società». Questa Convenzione prevede la possibilità di presentare denunce individuali e prende a modello le Convenzioni sul razzismo e la discriminazione nell'ampliare la giurisdizione della Corte.

5. *L'ampliamento del catalogo dei diritti attraverso la giurisprudenza*

Oltre che attraverso le forme di cui agli articoli 31, 76 e 77 della Convenzione o l'adozione di ulteriori trattati da parte della OAS, molteplici diritti sono stati aggiunti alla Convenzione ad opera della Corte. Come è stato rilevato, «a forza di sentenze, la Corte interamericana sta riscrivendo la Convenzione Americana tanto per quel che riguarda gli aspetti relativi ai diritti della persona, quanto per quel che concerne le questioni circa la competenza e la funzione del tribunale: ha creato nuove regole o nuovi diritti umani o ne ha modificato di esistenti»²⁷.

L'attivismo giurisprudenziale della Corte le ha consentito addirittura la creazione di nuovi diritti che non sono espressamente previsti o protetti dalla Convenzione e ciò senza che siano stati seguiti i procedimenti di cui agli articoli 76 e 77 del trattato. Tra gli altri, la Corte ha creato il diritto alla verità²⁸ o il diritto a conoscere la verità²⁹, il diritto alla consultazione preventiva delle popolazioni e delle comunità indigene e tribali³⁰, il diritto all'identità³¹, il diritto all'identità culturale delle popolazioni indigene³² e il diritto alla vita culturale dei bambini indigeni³³.

Questa creazione di diritti comporta doveri per gli Stati, ponendo in essere una «aspettativa che lo Stato deve soddisfare»³⁴, un obbligo di «garanzia di non

²⁷ E. MALARINO, *Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, 2010, 27.

²⁸ Corte IDU, *Carpio Nicolle y otros c. Guatemala*, 2004, par. 128.

²⁹ Corte IDU, *Masacre Plan de Sánchez c. Guatemala*, 2004, par. 97.

³⁰ Corte IDU, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador*, 2012, parr. 301 e 302.

³¹ Corte IDU, *Contreras y otros c. El Salvador*, 2011, par. 112.

³² Corte IDU, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador*, cit., par. 302.

³³ Corte IDU, *Chitay Nech y otros c. Guatemala*, 2010, parr. 164 ss.

³⁴ Corte IDU, *Masacre Plan de Sánchez c. Guatemala*, cit., par. 97.

ripetizione»³⁵, l'obbligo di «adottare le misure legislative, amministrative o di altra indole che siano necessarie per porre pienamente in atto e rendere effettivo in un lasso di tempo ragionevole» il diritto creato³⁶.

Questa situazione fa sorgere dubbi sulla legittimità della giurisprudenza della Corte³⁷. Questa creazione giurisprudenziale di diritti non rispecchia né la prassi statale né il consenso continentale, si sovrappone alla volontà statale e crea obblighi giuridici da regole di *soft law* o importate da altre esperienze³⁸. Diversi autori hanno posto l'accento sui rischi connessi all'espansione degli obblighi convenzionali ben oltre quanto lo Stato era disposto ad accettare all'ora di ratificare il trattato³⁹.

5.1. *L'incorporazione nella Convenzione di altre norme attraverso il concetto di corpus iuris*

Una delle modalità che la Corte (seguita su questa via poi anche dalla Commissione) ha utilizzato per ampliare il catalogo di diritti e di obblighi della Convenzione è stata quella dell'incorporazione nel testo di quest'ultima di altri trattati facendo leva sul concetto di *corpus iuris*. La Commissione, ad esempio, ha ritenuto che il concetto di *corpus iuris* in tema di infanzia si riferisca all'insieme di norme fondamentali tra loro connesse al fine di garantire i diritti umani dei bambini, delle bambine e degli adolescenti. Questo *corpus iuris* è formato da un insieme di strumenti internazionali dal contenuto e dagli effetti giuridici i più diversi (trattati, accordi, risoluzioni e dichiarazioni), nonché dalle decisioni adottate dagli organi internazionali competenti in materia di diritti umani⁴⁰. La Corte e la Commissione hanno applicato questa nozione di *corpus iuris* reiteratamente e costantemente nelle loro decisioni tese a determinare la portata degli obblighi dello Stato in relazione a certi diritti, con particolare riguardo, ma non esclusivamente, ai diritti dell'infanzia.

In via generale, il Tribunale ha ritenuto che il *corpus iuris* deve servire per determinare⁴¹ o precisare⁴² il contenuto e la portata delle disposizioni generali della Convenzione. E la Corte chiede che detto *corpus iuris* internazionale sia ri-

³⁵ Corte IDU, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador*, cit., par. 301.

³⁶ Corte IDU, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador*, cit., par. 302.

³⁷ F.F. BASCH, *The Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights Regarding States' Duty to Punish Human Rights Violations and Its Dangers*, in *American University International Law Review*, 2013, 195-229.

³⁸ G. L. NEUMAN, *Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights*, in *European Journal of International Law*, 2008, 19, 101 ss.

³⁹ L. R. HELFER, *Overlegalizing Human Rights: International Relations Theory and the Commonwealth Caribbean Backlash Against Human Rights Regimes*, in *Columbia Law Review*, 2002, 1832-1911.

⁴⁰ Commissione IDU, *El derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*, parr. 32 e 33. <http://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/Informe-derecho-nino-a-familia.pdf>

⁴¹ Corte IDU, *Forneron e hija c. Argentina*, 2012, par. 137.

⁴² Corte IDU, *"Masacre de Mapiripán" c. Colombia*, 2005, par. 153.

spettato da parte degli Stati⁴³, nonostante la sua competenza sia limitata all'applicazione della Convenzione.

L'ampiezza con la quale il sistema interamericano ha utilizzato questo concetto di *corpus iuris* ha permesso alla Corte di riscontrare la violazione di diritti che non sono neppure espressamente riconosciuti dalla Convenzione. Ad esempio, il Tribunale ha affermato che «[i]l diritto all'identità non è espressamente contemplato dalla Convenzione Americana. Ciononostante, [...] la Corte ha utilizzato [l'articolo 29] per precisare il contenuto di certe disposizioni della Convenzione, e per far ciò indubbiamente una importante fonte di riferimento, considerando il [...] *corpus iuris*, è la Convenzione sui diritti del bambino, strumento internazionale che all'articolo 8.1 ha riconosciuto espressamente il diritto all'identità. [I] Tribunale reputa che l'insieme delle violazioni ai diritti stabiliti nella Convenzione Americana che sono state analizzate costituiscono una lesione al diritto all'identità, che è proprio dell'essere umano e che è espressamente previsto nella Convenzione sui diritti del bambino»⁴⁴.

Quindi, attraverso il *corpus iuris* la Corte incorpora nella Convenzione un diritto riconosciuto in altro strumento e ne riconosce la lesione. Quest'ampiezza interpretativa della Corte fa sorgere molti dubbi, dal momento che attraverso il *corpus iuris* si aggiungono al sistema continentale obblighi e diritti che provengono però, appunto, da altri strumenti. Si riscontrano violazioni di trattati in relazione ai quali la Corte non ha competenza né giurisdizione. Nel ricorrere a fini interpretativi a strumenti diversi dai trattati regolarmente ratificati dagli Stati si incorporano nel sistema della Convenzione obblighi giuridici derivanti da strumenti che non sono giuridicamente vincolanti per gli Stati stessi.

Gli autori che ritengono corretto l'utilizzo del *corpus iuris* e di altre tecniche estensive del sistema della Convenzione sostengono che, solitamente, la Corte non crea nuovi diritti ma semplicemente aggiunge nuovi profili ai diritti preesistenti; debbono però anche ammettere che ci sono notevoli eccezioni, con particolare riferimento ai casi in cui sono stati addirittura aggiunti ai diritti profili collettivi⁴⁵.

Il problema del *corpus iuris* non è l'utilizzo di altri trattati a fini d'interpretazione, poiché può in effetti essere necessario utilizzarli per interpretare il contenuto della Convenzione. Il problema c'è quando sono utilizzati senza una analisi approfondita, come se fossero direttamente applicabili dalla Corte o come se il linguaggio utilizzato da detti trattati divergesse da quello della Convenzione o, infine, come se fosse irrilevante che vi siano organi specializzati per applicarli⁴⁶. Altro problema sta nella circostanza per cui talvolta la Corte utilizza

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Corte IDU, *Contreras y otros c. El Salvador*, cit., par. 112. Il corsivo è aggiunto.

⁴⁵ L. LIXINSKI, *Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law*, in *European Journal of International Law*, 2010, 21, 603.

⁴⁶ A. PAUL, *Decision-Making Process of the Inter-American Court: An Analysis Prompted by the in Vitro Fertilization Case*, in *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 2014, 21, 87 e 97.

ART. 31 - RICONOSCIMENTO DI ALTRI DIRITTI

in quanto *corpus iuris* trattati ratificati dallo Stato parte in causa, ma poi cita la sua decisione nei confronti di Stati che non hanno ratificato il relativo trattato⁴⁷.

5.2. La qualificazione dei diritti quali norme di *ius cogens*

La Corte ha inoltre compreso alcuni diritti convenzionali all'interno della categoria delle norme di *ius cogens*⁴⁸. In questo caso, sebbene la Corte non crei nuovi diritti, attribuisce loro tuttavia uno *status* speciale dal quale derivano per gli Stati conseguenze giuridiche importanti⁴⁹.

Tra gli altri aspetti, la Corte ha sostenuto che il divieto di commettere crimini contro l'umanità è una norma di *ius cogens*⁵⁰. Ha anche ritenuto che «nell'attuale fase di evoluzione del diritto internazionale, il principio fondamentale di eguaglianza e non discriminazione ha fatto il suo ingresso nell'ambito dello *ius cogens*»⁵¹. Allo stesso modo, ritiene che «il divieto assoluto di tortura, tanto fisica quanto psicologica, è oggi giorno questione di *ius cogens* internazionale»⁵². Ha aggiunto, inoltre, che «dinanzi la particolare gravità di questi reati e la natura dei diritti lesi, il divieto di scomparsa forzata delle persone e i relativi obblighi di indagare e di punire i responsabili ha assunto il carattere di *ius cogens*»⁵³. Infine, ha stabilito che «l'accesso alla giurisdizione costituisce norma imperativa del diritto internazionale e, in quanto tale, fa sorgere obblighi *erga omnes* per gli Stati, che devono adottare le misure necessarie perché tali violazioni non rimangano impuniti»⁵⁴.

È evidente che tutto ciò non darebbe luogo ad alcuna questione se la Corte riscontrasse l'esistenza di norme imperative di diritto internazionale per come si evincono dalla Convenzione. Tuttavia, il problema con questa prassi espansiva utilizzata dalla Corte IDU sta nella circostanza per cui molte delle sue decisioni circa le norme di *ius cogens* sono adottate senza alcun tipo di prova e solitamente sono affermazioni dogmatiche. L'evocazione del carattere di *ius cogens* di certi diritti, così come altre tecniche utilizzate dalla Corte, comportano che il consenso statale è irrilevante dal momento che non può opporsi alla sua applicazione⁵⁵.

⁴⁷ Come è accaduto con l'Accordo 169 della OIT, ratificato dal Paraguay ma non dal Suriname: v. Corte IDU, *Comunidad Indígena Yakey Axa c. Paraguay*, 2005, par. 127 e Corte IDU, *Pueblo Saramaka c. Suriname*, 2007, parr. 92 e 93. A. PAUL, op. cit., 98.

⁴⁸ Per una analisi delle diverse ipotesi in cui la Corte ha fatto assurgere alcune norme al rango di *ius cogens* v. R. ABELLO GALVIS, *La Jerarquía normativa en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Evolución jurisprudencial del ius cogens 1993 – 2012*, in *Revista del Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, 2012, 357 – 375.

⁴⁹ F. QUISPE REMÓN, *Ius cogens en el Sistema Interamericano: Su relación con el debido proceso*, in *Revista de Derecho*, 2010, 42-78.

⁵⁰ Corte IDU, *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, 2006, par. 99.

⁵¹ Corte IDU, Opinione consultiva, OC-18/03, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, 2003, par. 101.

⁵² Corte IDU, *Fleury e altri c. Haití*, 2011, par. 70.

⁵³ Corte IDU, *Chitay Nech y otros c. Guatemala*, cit., par. 193.

⁵⁴ Corte IDU, *La Cantuta c. Perú*, 2006, par. 160.

⁵⁵ X. FUENTES TORRIJO, *International and Domestic Law: Definitely an Odd Couple*, in *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, 2008, 483, 496.

5.3. *La creazione di diritti attraverso l'interpretazione evolutiva della Convenzione Americana*

Altro modo attraverso il quale la Corte ha ampliato il catalogo di diritti o almeno la loro portata è quello che è chiamato interpretazione evolutiva⁵⁶. La Corte ha ritenuto che detta interpretazione evolutiva è in linea con le regole generali sull'interpretazione dei trattati consacrate nella Convenzione di Vienna del 1969. I trattati sui diritti umani «sono strumenti vivi, la cui interpretazione deve accompagnare l'evoluzione dei tempi e le condizioni di vita del momento storico in cui essi sono applicati»⁵⁷.

Riflettendo sulla propria esperienza, lo stesso Tribunale ha segnalato come grazie alla tecnica dell'interpretazione evolutiva della Convenzione si sia determinato «l'inserimento del diritto alla proprietà in comune delle comunità indigene o tribali all'interno del diritto alla proprietà privata di cui all'articolo 21. Allo stesso modo, va messa in evidenza l'interpretazione di questa Corte secondo la quale l'articolo 22 della Convenzione comprende “il diritto a non essere trasferito forzatamente”. Altro esempio in tal senso è costituito dall'aver ritenuto compreso nell'articolo 19 della Convenzione il diritto dei bambini a non essere reclutati in forze o gruppi armati»⁵⁸.

Tuttavia, se certo l'interpretazione evolutiva può essere utile per adeguare ai tempi la Convenzione, la stessa Corte ammette che ci sono casi in cui è stata utilizzata per creare nuovi diritti. Ciò fa sorgere molti dubbi: come ha correttamente rilevato la Corte europea dei diritti dell'uomo, il giudice non può, attraverso una interpretazione evolutiva, far derivare da questi strumenti un diritto che non era originariamente previsto dalla Convenzione⁵⁹.

Dal momento che il Tribunale interamericano non si è posto i medesimi limiti, alcuni autori hanno ritenuto che l'interpretazione evolutiva per come è compiuta dalla Corte è in violazione degli articoli 76 e 77 della Convenzione⁶⁰.

5.4. *L'integrazione con il diritto nazionale*

Un'ultima forma per mezzo della quale la Corte ha ampliato il catalogo dei diritti è quella dell'attrazione alla tutela convenzionale di diritti riconosciuti a livello nazionale. Il Tribunale ha affermato che l'articolo 29.b della Convenzione stabilisce che nessuna disposizione può essere interpretata nel senso di «limitare il godimento e l'esercizio di qualsivoglia diritto o libertà che possa essere riconosciuto secondo quanto stabilito dalle leggi di uno qualsiasi degli Stati Parte o secondo quanto stabilito con altra convenzione di cui sia parte uno dei suddetti

⁵⁶ M. KILLANDER, *Interpretación de los Tratados Regionales de Derechos Humanos*, in *SUR Revista internacional de derechos humanos*, 2010, 149.

⁵⁷ Corte IDU, “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros*) c. *Guatemala*, 1999, par. 193.

⁵⁸ Corte IDU, *Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) c. *Venezuela*, 2008, nt. 233 (citazioni interne omesse).

⁵⁹ Corte EDU, *Johnston e altri v. Ireland*, 1986, par. 53.

⁶⁰ E. MALARINO, *Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, 2010, 1.

ART. 31 - RICONOSCIMENTO DI ALTRI DIRITTI

Stati». È per questa ragione che in talune occasioni ha preso in considerazione il diritto nazionale e ha affermato che «l'articolo 21 della Convenzione tutela il diritto alla proprietà nel senso che comprende, tra le altre cose, i diritti dei membri delle comunità indigene nel quadro della proprietà in comune, che è riconosciuta anche dalla Costituzione del Nicaragua. [...] In senso conforme a quanto stabilito dall'articolo 5 della Costituzione del Nicaragua, i membri della Comunità Awas Tingni hanno il diritto di proprietà in comune sulle terre dove vivono al momento, fatti salvi i diritti delle altre comunità indigene. [...] Alla luce di quanto detto in precedenza, e tenendo presente il criterio adottato dalla Corte nell'applicare l'articolo 29.b della Convenzione, la Corte ritiene che, visto l'articolo 21 della Convenzione, lo Stato ha leso il diritto all'uso e al godimento dei beni dei membri della Comunità Mayagna Awas Tingni»⁶¹.

In sintesi, secondo la Corte il diritto nazionale può essere utilizzato per determinare il contenuto di diritti della Convenzione o per aggiungere nuovi diritti. Così, lo stesso Tribunale ha affermato che «in base al diritto interno questa Corte ha riconosciuto che il “diritto di proprietà sugli effetti patrimoniali del diritto alla pensione” è compreso nell'articolo 21 della Convenzione e che vi è una esigenza di tutela specifica dei diritti politici dei membri delle comunità indigene e etniche»⁶².

6. Conclusioni

I cambiamenti verificatisi dal momento in cui fu adottata la Convenzione Americana giustificano che la stessa sia stata modificata, che il catalogo dei diritti sia stato ampliato e che, infine, siano mutati anche gli obblighi statali. La forma attraverso la quale queste modifiche sono state compiute non necessariamente rispecchia i procedimenti espressamente previsti negli articoli 76 e 77 della Convenzione. Innanzitutto, il testo di questa non è stato oggetto di alcuna modifica dal momento della sua adozione nel 1969, mentre si sono stati adottati dei protocolli aggiuntivi. Parallelamente, la OAS ha adottato un importante insieme di trattati interamericani sui diritti umani che integrano la Convenzione Americana. Infine, la Corte Interamericana ha ampliato il catalogo di diritti e obblighi previsti dalla Convenzione: lo ha fatto attraverso diverse tecniche interpretative che, secondo chi scrive, fanno sorgere molti dubbi sulla loro legittimità.

⁶¹ Corte IDU, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, 2001, parr. 148-154. V. anche Corte IDU, *Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay*, cit., par. 138.

⁶² Corte IDU, *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) c. Venezuela*, cit., nt. 234 (citazioni interne omesse).

