

REVISTA
IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

© 2012 IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos
Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Coordinación editorial, corrección de estilo y diagramación: Marisol Molestina.

Portada y artes finales: Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH.

Impresión litográfica: Imprenta y litografía Versalles S.A.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un documento en formato digital que debe ser de 45 páginas, tamaño carta, escritos en Times New Roman 12, a espacio y medio.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, teléf., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US \$40,00. El precio del número suelto es de US\$ 25,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: s.especiales2@iidh.ed.cr.

Publicación coordinada por Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica

Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955

e-mail:s.especiales2@iidh.ed.cr

www.iidh.ed.cr

Índice

Presentación

<i>Roberto Cuéllar M.</i>	7
---------------------------------	---

Mensajes inaugurales

<i>Del Director del IIDH, Roberto Cuéllar M.</i>	13
<i>De la Presidenta del IIDH, Sonia Picado Sotela</i>	19
<i>Del Primer Vicepresidente de la República de Costa Rica, Alfio Piva Mesén</i>	23
<i>Del Presidente de la República de Colombia, Juan Manuel Santos</i>	29
<i>Del Presidente Honorario del IIDH, Thomas Buergenthal</i>	33

Conferencia magistral

<i>Discurso del Secretario General de la OEA, José Miguel Insulza</i>	37
---	----

Introducción al XXX Curso

Un espacio de cooperación horizontal propositivo con el sistema interamericano: el Curso Interdisciplinario del Instituto Interamericano de Derechos Humanos	49
<i>Roberto Cuéllar M.</i>	

Ponencias seleccionadas

El sedicente “fortalecimiento” del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y sus dobles estándares frente a las obligaciones internacionales de los Estados americanos	73
<i>Pedro Nikken</i>	



- Impacto de las reparaciones ordenadas
por la Corte Interamericana de Derechos Humanos
y aportes a la justiciabilidad de los derechos económicos,
sociales y culturales 139
Manuel E. Ventura Robles
- Cumplimiento y exigibilidad de los derechos económicos,
sociales y culturales en el marco del Sistema Interamericano.
Avances y desafíos actuales 157
Mónica Pinto
- La Comisión Interamericana de Mujeres y la Convención
de Belém do Pará. Impacto en el Sistema Interamericano
de Derechos Humanos 189
Luz Patricia Mejía Guerrero
- Acerca del “control de convencionalidad” por parte
de los operadores de justicia (nacionales e internacionales)
en situaciones de justicia transicional 215
Olger Ignacio González Espinosa
- Derechos humanos y pobreza en el Sistema Interamericano.
El rol del análisis estructural a partir de informes y
siete escenarios estratégicos basados en la responsabilidad
internacional 273
Óscar Parra Vera
- Sometimiento de casos ante la Corte Interamericana
de Derechos Humanos por parte de la
Comisión Interamericana de Derechos Humanos 321
Silvia Serrano Guzmán



Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) se complace en presentar el número 56 de su Revista IIDH, correspondiente al segundo semestre de 2012. En la presente edición de esta revista académica se recogen algunas de las palabras y ponencias ofrecidas en el marco del *XXX Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos. Sistema Interamericano de Derechos Humanos: historización, debate actual y perspectivas al futuro*, llevado a cabo del 3 al 14 de septiembre de 2012. Con esta edición de su Curso Interdisciplinario, el IIDH, como entidad auxiliar de la promoción del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH), se propuso historizar el desarrollo evolutivo y progresivo de la protección interamericana de derechos humanos con estudios regulares y debate académico, desde diferentes enfoques y tendencias. Los objetivos centrales de este ejercicio fueron:

- discutir y reflexionar sobre los aspectos políticos del trabajo de los órganos del SIDH: sobre los avances jurisprudenciales y políticos, y su incorporación desigual en el derecho interno;
- intercambiar opiniones y estudios sobre el rol que deben cumplir los Estados con relación a los órganos del SIDH, a partir de la universalidad, sus obligaciones y responsabilidades;
- indagar acerca de los alcances de las reformas reglamentarias de ambos órganos, aprobadas en el año 2000, y la judicialización de procesos;
- analizar la importancia e impacto de las actividades de promoción de los órganos del SIDH en el diseño, implementación y monitoreo de políticas públicas, con enfoque de derechos, y a partir de la obligación de cumplimiento.

La trigésima edición del Curso Interdisciplinario del IIDH, se llevó a cabo en la sede institucional (San José de Costa Rica), durante el 96o. Período Ordinario de Sesiones de la Corte Interamericana de

Derechos Humanos (Corte IDH), con participación especial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y en el marco del acuerdo de cooperación suscrito entre el IIDH y la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) el 20 de octubre de 2010.

Luego de la creación de la CIDH (1959) y la posterior formación de la Corte IDH (1979), la historia del SIDH ha sido un proceso acumulado y progresivo de grandes esfuerzos institucionales y novedosos pasos procesales y jurídicos, para la defensa de la persona humana y de la democracia en la Región. Desde la década de 1970, los casos individuales, las visitas *in loco*, el trabajo de las relatorías temáticas, las opiniones consultivas, las medidas cautelares y provisionales, así como los informes temáticos sobre países, protegen derechos específicos y reafirman periódicamente el Estado de Derecho en el Continente americano. El SIDH en su conjunto tiene la más alta credibilidad por sus actuaciones y sentencias, por la efectividad judicial y su capacidad de adaptación, por la composición de sus órganos con personalidades expertos/as independientes, competentes y comprometidas, por su amplia aceptación entre los Estados y las entidades civiles en las Américas.

Durante la primera década del siglo XXI, en la OEA se han desarrollado varios debates a nivel político estatal sobre la interrelación con los órganos del SIDH. La convocatoria más reciente es la creación del Grupo de Trabajo de Reflexión sobre el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, por el Consejo Permanente de la OEA (San Salvador, junio 2011), que se propone elaborar recomendaciones específicas sobre temas concretos para la revisión y fortalecimiento del Sistema. Este debate oficial se une hoy al Proceso de Reflexión sobre el Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, desarrollado con carácter regular y permanente entre la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP), la Corte IDH y la CIDH.

En esta edición de la Revista IIDH se incluyen al inicio, los mensajes de inauguración del XXX Curso Interdisciplinario y la

conferencia magistral ofrecida por el Secretario General de la OEA, José Miguel Insulza, seguidos de un artículo de introducción a la temática, preparado por quien suscribe como primera lección del Curso, y una sección que contiene algunas de las ponencias centrales que formaron parte del bagaje académico del Curso. Hacen parte de esta última sección las ponencias de los expertos y expertas que siguen: Manuel E. Ventura Robles (Costa Rica), Pedro Nikken (Venezuela) y Mónica Pinto (Argentina), integrantes de la Asamblea General del IIDH, así como Luz Patricia Mejía Guerrero (Venezuela), Óscar Parra Vera (Colombia), Olger Ignacio González Espinosa (Costa Rica) y Silvia Serrano (Colombia).

Agradecemos a las autoras y autores por sus interesantes aportes y perspectivas; dejamos abierta la invitación a todas aquellas personas que deseen enviar sus trabajos a la consideración del Comité Editorial de la Revista IIDH. Aprovechamos la oportunidad para agradecer, asimismo, a las agencias internacionales de cooperación, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de Estados Americanos, universidades y centros académicos, sin cuyos aportes y contribuciones la labor del IIDH no sería posible.

Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo, IIDH

Mensajes inaugurales

Del Director Ejecutivo del IIDH, Roberto Cuéllar M.

La protección y promoción de los derechos humanos en las Américas, es lo mejor de la OEA en 64 años de historia

A menudo, la conmemoración de un acontecimiento que hizo historia nos permite reconsiderarlo con la perspectiva que dan el tiempo y la distancia, escrutar aquellas condiciones que lo forjaron y formular comentarios sobre su presente y su futuro.

Hoy conmemoramos la trigésima edición del Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, que anualmente ha convocado a trabajadores de los derechos humanos de la Región, desde Argentina hasta México y El Caribe de nuestra América. Desde el 14 de septiembre de 1983, el IIDH lo ha hecho con certeza política y con un programa académico que sistemáticamente ha evaluado el desarrollo y el progreso de la protección de la persona humana y la dignidad de los pueblos de América.

Ahora no cabe duda del firme asentamiento del Curso en el movimiento de derechos humanos. Este Curso, además, se replicó por primera vez fuera de esta sede, en Fortaleza, Brasil en junio pasado.

Junto a dos generaciones de latinoamericanos y caribeños, el Curso contribuyó a descubrir los valores éticos y filosóficos, los saberes y las técnicas inherentes a los derechos humanos, pero también a desentrañar las historias tan humanas que se forjaron en las luchas por sus derechos, en el contexto de la más oscura y tenebrosa represión política que, invocando la seguridad nacional, atropelló la dignidad de nuestros pueblos.

Las primeras ediciones del Curso tuvieron lugar en un marco de terror, entre una amalgama de rasgos totalitarios y de explotación inhumana, en medio de la tramoya del mundo bipolar y en el contexto de la “guerra fría” que tanto daño le causó a nuestra América.

Pero como todas las aventuras académicas que consiguen trascender la época en que aparecieron, el Curso del IIDH habla ahora de lo que tenemos y de lo que en nuestra democracia aún no hemos podido resolver. Las lecciones revisarán algunos males y dilemas tan comunes para con la libertad, la seguridad humana y la igualdad. Por ello, en estas reflexiones para historizar el desarrollo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) y de los derechos humanos en América, recordaremos que los derechos humanos y la democracia no son solamente conquistas sino más bien una tarea común, permanente y desafiante; que Latinoamérica y El Caribe es una región refractaria a los cambios, y que aún no asume su protagonismo ético. Recordaremos que los derechos humanos no son sólo resultados acabados ni que son para siempre, sino que hay que preservarlos y fomentarlos con más educación para el futuro de la democracia.

¿Quién se acuerda del momento refundador de las democracias sobre las cenizas humeantes de la guerra centroamericana que terminó hace sólo veinte años? ¿Quién ha releído los pavorosos informes sobre la verdadera tragedia que sufrieron los derechos humanos en Argentina, Brasil, Chile y Paraguay, editados hace algo más de un cuarto de siglo? ¿Quién los ha incorporado al pènsum educativo? Y me pregunto, ¿en dónde se practica hoy la pedagogía sobre sus derechos para la niñez y las personas indigentes, que también tiene derechos en la democracia?

Entre 1990 y 2000, el Curso nos advirtió la necesidad de estar vigilantes porque el tejido democrático siempre corre el riesgo de deshilacharse. Precisamente para afrontar las condiciones del siglo XXI, orientamos el Curso hacia los derechos humanos y su realización desde la dimensión de la desigualdad y de la extrema pobreza, con enfoque de justicia social.

Desde 2006, mirando a lo largo de América, nos dimos cuenta que muy poco se ha hecho para mejorar la democracia ante la corrupción desaforada; que aún con muchas elecciones realizadas correctamente, hay pocos avances ante la desigualdad, a pesar de que accedieron al poder algunos partidos políticos que antes fueron

proscritos y perseguidos por sus ideas sociales. Constatamos pues, que poco ha cambiado la correlación inclusiva de esta ciudadanía que no participa en las decisiones públicas para la vigencia de sus derechos fundamentales.

¿Cómo dejar calado el mensaje que nos traiga esperanza? ¿Cómo separar lo uno de lo otro, sino a través de la educación en los derechos de la persona humana?

Este Curso, que es único en el mundo de los derechos humanos – y lo hemos hecho cada vez más singular –, fue siempre una aventura política. Hoy es todo un logro preservarlo en el mejor sitio de la historia interamericana.

Hacer el Curso durante estos trece años es uno de los trabajos más exigentes y a la vez más satisfactorios que me tocaron en mi vida como director del IIDH, desde que fui designado a fines de 1999. Llegaré hasta la mitad de 2013, cuando propuse concretar mi relevo y transición en la dirección del IIDH.

El resultado de calidad que ofrecen estas trece ediciones siempre tratamos de superarlo con empeño, audacia y visión; con pasión, entrega y sacrificios. Ante muchos, la cara visible de la organización es la mía, pero siempre tuve todo un equipazo de personas detrás de cada cita anual, poniendo lo mejor de su esfuerzo para que hoy sea una historia acumulada de éxitos.

El XXX Curso quiere hacer algo propio y diferente; por ello decidimos “historizar” los derechos humanos en el marco del SIDH, que es el registro natural del que surge el IIDH en 1980. En este sentido, consideramos la dimensión del tiempo para poder cuantificar y verificar cuándo las proclamaciones de derechos se pueden convertir en realidades o alcanzar, al menos, cierto grado de realización aceptable con el ferviente desempeño de la Corte y la Comisión interamericanas de derechos humanos (Corte IDH, CIDH). Más que tener mayor conocimiento sobre el pasado, se trata de construir la visión del futuro. Así pretendemos avizorar la dialéctica política, el debate jurídico y el funcionamiento del SIDH, para iluminar la praxis de la protección y potenciar la apretada retórica del fortalecimiento regional.

Los derechos humanos de los tratados interamericanos no tendrán validez universal si no se aceptan para todos por igual. Con más razón moral si no se tiene en cuenta el “desde” dónde, el “para” quién y “para” qué se proclaman y protegen, pues sólo así se dejan al descubierto las ambigüedades de cualquier proceso de diálogo y de una universalización abstracta.

Estimados y estimadas participantes: no me cabe ninguna duda de que junto a la Corte IDH y la CIDH nos espera un buen debate sobre los desafíos extraordinarios para preservar, mejorar y fortalecer al SIDH. Su responsabilidad no es para con el IIDH, ni con los organismos principales. Su responsabilidad – a quienes de una u otra forma deben rendir cuentas – es a sus comunidades, a sus países y muy especialmente, a ese enorme contingente humano que todavía permanece al margen, o por fuera, del bien común, de las garantías y derechos que en teoría la democracia asegura para todos y todas.

Durante el Curso XXX discutiremos con la misma convicción que animaba a Thomas Jefferson cuando afirmó que el conocimiento es como las velas: cuando una se utiliza para encender otra, no disminuye la luz de la primera, sino por el contrario, todo se vuelve más luminoso e intenso para 200 millones de gente sin derechos que aprecia cada pequeño paso y cada esfuerzo, por sencillo que sea, para tener alguna oportunidad de vida digna.

Concluyo con la anécdota de un joven del nivel superior de la clase Brahman, de la India, de esos personajes que no se rebajan a labores insignificantes, y que se molestó muchísimo cuando, en un centro espiritual de Gandhi, le asignaron una tarea que consideró por debajo de su dignidad. Como era doctor de la Escuela de Economía de Londres llegó para encontrar una guía de ruta y una ayuda para su fortalecimiento espiritual; pero no sabía que a todos les daban una asignación específica de servicio y para él fue la limpieza de los servicios sanitarios. Profundamente ofendido, fue de inmediato a ver a Gandhi y muy molesto se quejó, diciendo: “Tengo un doctorado. Soy capaz de hacer grandes cosas. ¿Porqué desperdicia mi tiempo y mi talento haciéndome limpiar sanitarios?”. Gandhi le contestó: “Conozco

muy bien tu capacidad para hacer grandes cosas, pero todavía tengo que averiguar si eres capaz de hacer pequeñas cosas”.

Por el futuro de los derechos humanos; por el bienestar y progreso de sus pueblos, ahora confió que junto a ustedes que llegan de 21 países de nuestra América y Europa, durante este curso conmemorativo, iluminaremos con algo de luz, con ideas fuertes y con pasos sencillos, la gran reflexión por venir sobre el SIDH, que es lo mejor que tiene la Organización de Estados Americanos.

De la Presidenta del IIDH, Sonia Picado Sotela

América, nuestra América, es un continente que ha luchado por aspiraciones de libertad, igualdad y fraternidad dentro de un marco democrático, siempre presente, aunque fuera sólo en anhelo. Aunque la realidad histórica ha sido muy diferente, los americanos seguimos aspirando a los mismos derechos y, aun cuando geográfica y políticamente se trate de dividirnos, nos sentimos hermanos. Prueba de ello es el curso que hoy se inicia.

Felicito a todas y todos los participantes, pues compitieron y ganaron la admisión con base en trabajo y excelencia. Hoy inician un recorrido que los llevará a profundizar, analizar y evaluar críticamente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pero estoy segura de que regresarán a sus países como abanderados de un orden basado en los derechos inherentes al ser humano y que es ejemplo, a pesar de sus insuficiencias, de compromiso y seriedad, en su constante búsqueda de la justicia.

Iniciamos hoy el XXX Curso Interdisciplinario y la realidad es que en estas tres décadas, hemos pasado de una América plagada de dictaduras a una América en la que impera la democracia, con zonas todavía grises, pero basadas en sistemas electorales sólidos y confiables, en su gran mayoría.

He tenido el privilegio de ser testigo presencial de estos cambios, primero como Directora Interina, luego como Directora Adjunta y como Directora Ejecutiva por ocho años después. Recuerdo la infancia del Instituto, cuando la Corte Interamericana lo albergó en su sede. Tuve así la suerte de que los jueces fueran mis maestros: Thomas Buergenthal, Pedro Nikken, Carlos Roberto Reina y algunos otros que sentaron las bases para la jurisprudencia que hoy enriquece el Sistema.

Era una época convulsa. En buena parte de la Región, la nefasta doctrina de la seguridad nacional marcó una de las páginas más trágicas de nuestra historia: la Operación Cóndor significó

desapariciones forzadas, torturas, asesinatos masivos, todo dentro de un mundo de terror en el que todavía hoy las víctimas buscan justicia; para ello el Sistema Interamericano les brindó, y les brinda, una luz de esperanza.

En aquel entonces, América Central se desangraba en guerrillas fratricidas que felizmente terminan con la firma del Plan de Paz, que cumple justo en estos días veinticinco años.

En esas décadas, hablar de derechos humanos significaba con frecuencia la muerte; por ello el Instituto apostó por la educación tanto formal como informal, trabajando con todos los sectores y abriendo espacios para las mujeres, la población con discapacidad, así como a las poblaciones indígenas y afrodescendientes. En igual forma, colaboramos con capacitación de jueces, abogados, maestros, militares y policía. Este Curso ha sido un ejemplo de esta diversidad, y estoy segura de que el grupo que ustedes constituyen no es una excepción.

Recuerdo el inicio de los trabajos de la Corte Interamericana, con esas mentes brillantes que supieron sacar provecho de unos primeros años en que solamente opiniones consultivas se le sometían, en abierto contraste con el trágico y violento panorama que la realidad de la Región ofrecía.

Años después, me correspondió combinar la dirección del Instituto con la función de jueza y Vicepresidenta de la Corte, y pude comprobar de primera mano las posibilidades y las dificultades de impartir justicia en temas de derechos humanos.

No siempre fue fácil la evaluación del Sistema Interamericano en esta materia, pero su aporte a lo que internacionalmente se ha avanzado, es valioso e innegable.

Un Sistema que nació, dio sus primeros pasos y empezó a crecer cuando la democracia era sólo una excepción en esta parte del mundo, ahora debe conocer de las violaciones de derechos humanos por las democracias.

No hay Estado exento o inmune de cometer violaciones de derechos humanos. Lo que distingue a uno comprometido realmente con la

vigencia de los atributos esenciales de la persona humana, es su acatamiento de las resoluciones y principios emitidos en los procedimientos nacionales e internacionales para restaurar las violaciones a los derechos humanos. Pero no siempre las democracias entienden lo que este compromiso significa.

Ahora, como Presidenta del Instituto, saludo la celebración del XXX Curso, dedicado al análisis del Sistema y su coyuntura, y deseo que los trabajos y las charlas, los planteamientos y los espacios informales, sean ricos en oportunidades para ahondar en la reflexión que este momento impone.

Vienen ustedes como embajadores de sus organizaciones, de las entidades a las que se vinculan. Transmito ahora mi esperanza de que, cuando transcurran estas dos intensas semanas, regresarán a sus países como embajadores del Instituto que en este momento los recibe con cariño y hospitalidad.

Citando al poeta chileno Óscar Castro Zúñiga, les digo:

La América de los grandes ríos y las montañas grandes.

El Nuevo Mundo que amamanta el mundo viejo.

La tierra en que mis hermanos los parias tienen hambre.

*La América, sí, la América que no necesita nodrizas,
porque bebe leche de cielo en la cumbre del Aconcagua.*

Buenos trabajos y muchas gracias.

Del Primer Vicepresidente de la República de Costa Rica, Alfio Piva Mesén

Me siento muy complacido de encontrarme con todos ustedes en la inauguración de este importante curso sobre derechos humanos. De manera especial, les doy la más cordial bienvenida a todos los estudiantes nacionales y aquellos provenientes de varios países del Continente americano. Sean todos ustedes bienvenidos a este pequeño país del mundo que se atrevió hace 63 años, a eliminar sus fuerzas armadas para destinar más recursos financieros a la educación pública y a la promoción del desarrollo socioeconómico, teniendo como norte el mejoramiento de la calidad de vida.

El tema de los derechos humanos constituye uno de los aspectos fundamentales imprescindibles para el desarrollo social. Ciertamente es un tema complejo del cual se ha venido hablando durante siglos, incluso adquiriendo una mayor connotación a partir de la Revolución Francesa y hasta nuestros días. Desde entonces, la humanidad ha sido testigo de innumerables declaraciones a favor de los derechos humanos, aunque todavía en el siglo XXI no hayamos sido capaces de consolidarlos en todos los rincones del planeta. Posiblemente este sea el mayor reto internacional.

Quizás por ello, Kofi Annan, ex Secretario General de la ONU, fue enfático al afirmar que: “Todos sabemos cuáles son los problemas y todos sabemos lo que hemos prometido conseguir. Lo que se necesita ahora no son más declaraciones o promesas, sino acción; acción para cumplir las promesas ya hechas”. En el campo de los derechos humanos sucede exactamente lo mismo, todos sabemos cuáles son, pero lo que realmente se necesita es una voluntad política inquebrantable de los gobiernos y de los demás sectores de la sociedad para hacerlos efectivos en todo el planeta.

El tema de los derechos es similar al tema de la democracia, no se agota en sus declaraciones constitucionales pues siempre serán

necesarias adaptaciones según las circunstancias y condiciones histórico-sociales. Por ello, uno de los principales retos es pensar que no todo está escrito.

Generalmente los medios de comunicación refieren el tema de los derechos humanos desde una perspectiva negativa. No pensemos que el medio lo informa así de manera mal intencionada, pues lamentablemente la mayoría de estas informaciones son verídicas. No es ficción, es una realidad.

Un avance muy importante en este tema fue la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que como ideal humanista, promueve la igualdad, la equidad, la libertad, la justicia y la paz, como aspectos centrales de la dignidad de la familia humana. Este avance es un reto que urge fortalecer. Pero no podemos pasar por alto que este ideal humanista por sí mismo no explica ni construye los mecanismos para aminorar la desigualdad en el mundo. Es preciso interiorizar en cada ser humano, incluso desde el hogar y desde la educación formal, la importancia del respeto de los derechos humanos.

A menudo pensamos que solamente los gobiernos violan los derechos humanos y que estas vejaciones suceden exclusivamente en los regímenes autoritarios; pero esto es una percepción errónea, porque hasta en las democracias algunos gobiernos, empresas y personas incurren en violaciones. Ustedes como estudiantes, tienen la responsabilidad académica de elucidar también estas particularidades, porque es en la conciencia de cada persona donde radica la aspiración más elevada del ser humano para el advenimiento de un mundo libre, armonioso y justo.

Un mundo en estas condiciones se construye cuando valoramos y respetamos la doctrina de los derechos humanos, pero también cuando somos capaces de denunciar vehementemente todo tipo de atropello a la dignidad de las personas, independientemente de donde provenga la violación. Por ejemplo, declaramos que toda persona tiene derechos y libertades sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Sin embargo, al mismo tiempo tenemos que denunciar que en algunas partes del mundo millones de seres humanos carecen de servicios básicos y hasta el color de la piel, el sexo o la religión influyen en su futuro desarrollo, dependiendo si está del lado de la mayoría o de la minoría.

Declaramos que nadie será sometido a esclavitud ni a servidumbre, porque la esclavitud y la trata de esclavos son prácticas abominables que están prohibidas en todas sus formas. Sin embargo, millones de seres humanos trabajan en condiciones deplorables, sin garantía absoluta de la legislación laboral, trabajando jornadas que trascienden los límites legales y devengando salarios inferiores al mínimo de ley.

Declaramos que todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica, la cual es fundamental para su desarrollo y su identidad como miembro de una sociedad democrática. Sin embargo, lamentablemente todavía existen poblaciones en el mundo – como sucede con algunos pueblos indígenas –, a las cuales no se les reconoce su personalidad jurídica, violándose de esta manera el derecho de convivencia en una sociedad inclusiva.

Declaramos que nadie puede ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado, y que todas las personas tienen el derecho a un debido proceso. Pero lo cierto es que en algunos países las personas son hostigadas y perseguidas tan solo por tener opiniones diferentes; muchas veces son detenidas arbitrariamente y son condenadas en procesos judiciales viciados de nulidad.

Declaramos que toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos. Pero nadie duda que todavía existen regímenes políticos totalitarios que socavan las libertades de las personas y las excluyen de toda participación ciudadana en los asuntos de interés público.

Declaramos que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios. Sin embargo, millones de

seres humanos viven en condiciones paupérrimas de pobreza extrema, sin posibilidades de satisfacer las necesidades básicas.

Estoy seguro que tanto ustedes como yo, pensamos siempre en la importancia que significan los derechos humanos para el mundo entero y, posiblemente por ello, no olvidamos a esos cuatro mil doscientos millones de personas que hoy día viven con menos de dos dólares al día. Tampoco olvidamos a los 54 países del globo terráqueo que son más pobres ahora de lo que eran en 1990, y mucho menos vamos a olvidar que el 1% más rico de la población mundial percibe la misma cantidad de ingresos que el 57% más pobre.

Es imposible ignorar que mil millones de personas en el mundo están desempleadas y que el 60% de esas personas son mujeres. Como tampoco olvidamos que las mujeres perciben salarios o ingresos entre el 30 y el 60 por ciento menores a los que perciben los hombres, trabajando en igualdad de condiciones. Más aún, cómo olvidar que 245 millones de niños y niñas en el mundo – entre los 5 y los 17 años de edad – trabajan para llevar el sustento a sus hogares. Es decir, que uno de cada seis niños en el mundo tiene prácticamente truncadas sus posibilidades de estudio.

Es imposible que desviemos nuestra atención cuando 1.300 millones de personas no tienen un acceso adecuado al agua potable, y 2.600 millones de personas no tienen acceso a servicios sanitarios mejorados. Es imposible desconocer que 10.000 personas mueren diariamente debido a enfermedades ocasionadas por el agua o por las condiciones sanitarias, y que cerca de once millones de niños menores de cinco años mueren anualmente por enfermedades de fácil prevención o tratamiento. No es posible pasar por alto que aproximadamente medio millón de mujeres mueren anualmente durante el embarazo o el parto por no recibir atención médica profesional, y que 800 millones de personas sufren de desnutrición en el mundo, con lo cual la esperanza de vida se ha disminuido en 34 países desde 1990.

No quiero dejar en esta inauguración del Curso una sensación pesimista, y menos cuando sabemos que de muchas maneras la humanidad ha hecho un esfuerzo significativo para revertir estas

situaciones difíciles que suceden en nuestros países. Lo hago, porque hablar de los derechos humanos es también referir lo opuesto a ello, con la finalidad de poner nuestra atención en las condiciones de adversidad, y convirtiéndonos, sobre todo ustedes como estudiantes, en actores decisivos a la hora de denunciar las violaciones a los derechos humanos.

Me parece que durante el desarrollo de este Curso se hace imperativa la necesidad de redefinir de manera precisa la esencialidad que hoy nos representa los derechos humanos. No cabe duda que la reflexión sobre el tema nos conducirá a tomar conciencia sobre la importancia de reforzar su conocimiento.

Los derechos humanos suponen en nuestra época un interés creciente en la búsqueda de la dignidad humana y, desde mi humilde punto de vista, es precisamente en este aspecto donde radica la necesidad de la enseñanza del tema a partir de su identificación desde la academia. Por ello, extendiendo mi felicitación al Instituto Interamericano de Derechos Humanos por la enseñanza de la materia y porque a partir de ésta, la sociedad toma conciencia respecto a la importancia de su defensa, protección y promoción.

A ustedes, estudiantes, que son la esperanza del mundo, les deseo muchos éxitos. Recuerden que lo importante no es aprender cuáles son los derechos humanos, así como las muchas formas de violación, sino más bien impedir la impunidad, pues ella es la más insultante de las violaciones a la dignidad humana.

Muchas gracias.

Del Presidente de la República de Colombia, Juan Manuel Santos



Juan Manuel Santos
Presidente de la República de Colombia

MENSAJE DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, JUAN MANUEL SANTOS, CON MOTIVO DEL XXX CURSO INTERDISCIPLINARIO DE DERECHOS HUMANOS

San José de Costa Rica, 3 de septiembre de 2012

Apreciados amigos:

Como Presidente de Colombia, es un privilegio, y un honor, poder enviarles estas palabras como muestra de mi más elevada consideración.

El curso que hoy se inaugura cumple ya treinta años adelantando un importantísimo trabajo de promoción y capacitación en derechos humanos. A lo largo de ese tiempo, se ha afirmado como un espacio ideal para el intercambio de ideas y el planteamiento de debates, para el desarrollo de la investigación en esta área y también, por supuesto, para la profundización de lazos e intereses comunes.

¡Qué bueno sería que iniciativas como esta se multiplicaran por todo el continente!



Juan Manuel Santos
Presidente de la República de Colombia

No quiero dejar de expresar mi admiración por la labor realizada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos –dirigido con acierto por Don Roberto Cuéllar– la cual es irrestrictamente respaldada por los colombianos pues estamos convencidos de que el respeto a los derechos humanos es el norte, la médula misma del sistema democrático.

El talante moderno, progresista y garantista de mi gobierno es una nueva realidad que esperamos sea reconocida en todo el mundo. Ese talante está definido por la protección del Estado de derecho y la búsqueda permanente de la garantía de los derechos de los ciudadanos, comenzando por los derechos de las víctimas.

Como Estado, no tememos reconocer errores del pasado. Hoy Colombia habla con rigor y transparencia sobre este tema.

Por eso hemos sido pioneros en mi gobierno en diseñar y poner en marcha los mecanismos administrativos y judiciales para la atención y la reparación de las víctimas del conflicto armado interno que, infelizmente, aún padecemos.



Juan Manuel Santos
Presidente de la República de Colombia

Y no tuvimos que esperar por una condena para proceder sino que obramos para pagar una deuda moral hacia los colombianos más vulnerables, los que más han sufrido las consecuencias de la violencia, y les estamos cumpliendo con todo el entusiasmo y toda la voluntad.

Los esfuerzos que hemos emprendido por reparar a las víctimas son un gran paso hacia la consolidación de la paz, que es un objetivo fundamental de la nación colombiana al que, como saben, le estamos apostando.

Nuestra política integral de promoción y respeto de los derechos humanos es una política de Estado, es decir, con vocación de permanencia, con la que estamos plenamente comprometidos.

No podemos olvidar que Colombia ha sido parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos desde hace casi 40 años y que es uno de los 21 países de América que reconoce la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Soy consciente de que en materia de derechos humanos, a diferencia de lo que pasa en otros campos de la vida, la paleta de colores sólo debería tener negros y blancos y, sin embargo, abundan los grises.



Juan Manuel Santos
Presidente de la República de Colombia

Cursos como este nos ayudan a entender mejor esos grises, a conocer herramientas para combatirlos, a hacerlos inteligibles incluso sabiendo que no son justificables. Explorar, preguntar, reflexionar y analizar son verbos necesarios al camino del conocimiento. Este curso hacia allá nos conduce.

Muchas gracias.

A handwritten signature in black ink, which appears to read 'Juan Manuel Santos'.

Del Presidente Honorario del IIDH, Thomas Buergenthal

Como primer Presidente del IIDH y su actual Presidente Honorario, quisiera aprovechar esta oportunidad para expresar mi profundo agradecimiento a Roberto Cuéllar por sus 27 años de trabajo extraordinario al servicio de nuestro Instituto.

La Ceremonia de Clausura del Curso Anual Interdisciplinario que hoy celebramos marca la última vez que su organización y planeamiento han estado en manos de Roberto, en su calidad de Director Ejecutivo. Roberto se ha distinguido a través de los años en una serie de puestos importantes dentro del Instituto, culminando en su posición de Director Ejecutivo. En todo momento Roberto ha cumplido con sus obligaciones con extraordinaria dedicación, integridad y profesionalismo y, sobre todo, con un profundo compromiso para con la promoción de los derechos humanos. Se ha ganado la admiración y el respeto de todos nosotros por el importantísimo papel que ha desempeñado para asegurar que el Instituto sea reconocido mundialmente por sus programas y actividades en el área de los derechos humanos.

Ha sido para mí un gran honor y privilegio conocer a Roberto, saber que tuve algo que ver con su decisión de trabajar en el Instituto, y verlo hoy en día convertido en un muy admirado líder y defensor de los derechos humanos a todo lo largo de las Américas.

Aunque echaremos de menos a Roberto en el Instituto, comprendo muy bien su decisión de retirarse después de todos estos años para dedicar sus muchos talentos a otras actividades en el campo de los derechos humanos. Permítanme, entonces, desearle toda suerte a Roberto en sus nuevas actividades y agradecerle de todo corazón su invaluable servicio y contribuciones a la labor del Instituto.

14 de septiembre de 2012.

Conferencia magistral

Discurso del Secretario General de la OEA, José Miguel Insulza

Agradezco la posibilidad de participar en este evento de conmemoración del XXX aniversario del Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos y quiero saludar también, con mucho afecto, a todas y todos sus participantes.

El tema de este curso se inserta en un proceso que se inició hace algún tiempo, en el seno de la Organización de los Estados Americanos (OEA), cuyo objetivo central es el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). La discusión debe basarse en el diálogo, nunca en la imposición, y debe ser respetuosa de la autonomía necesaria de los órganos que configuran el SIDH. Al mismo tiempo, debe producirse en estrecha relación con los Estados y gobiernos de América Latina, el Caribe y América del Norte, los cuales viven una situación muy distinta a aquella que se vivía en las distintas fases de la historia de la Comisión.

Por esa razón es tan importante este curso, porque habla de la historia del debate actual y de las perspectivas del futuro. Para referirnos a él es primordial empezar por la evolución del Sistema a través del tiempo, para luego describir la situación en la que actualmente nos encontramos y los nuevos desafíos que debemos enfrentar.

El tema de los derechos humanos se encuentra presente en el SIDH desde su fundación. La preocupación por la defensa de los derechos de la persona, sustancial al sistema internacional de todo el período de post-guerra, tuvo su origen o su primera expresión en el Sistema Interamericano. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue emitida, junto con la creación de la OEA, algunos meses antes de la Declaración Universal de la ONU.

Sin embargo, en los primeros años, en las primeras dos décadas, lo que se buscaba cumplir a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, era un trabajo de difusión de los derechos humanos. Lo que le dio a la Comisión su principal carácter, fueron,

contradictoriamente, los conflictos que surgieron en nuestra región a partir de la década de los sesenta, durante los setenta y durante las décadas que quedaban del resto del siglo XX. Es el período de las llamadas “dictaduras de seguridad nacional” en América del Sur y también de las guerras internas en Centroamérica, el inicio de cuyo fin conmemoramos también este año, con el 30 Aniversario de Esquipulas II, y que es el conflicto que más víctimas humanas tuvo a lo largo de la historia del siglo XX en América Latina.

Por lo tanto, es en ese momento que la necesidad de discutir, debatir, promover, da paso también a la posibilidad de una acción directa en favor de los derechos humanos. Ese momento fue bastante complejo, básicamente porque algunos de los protagonistas de las mayores violaciones se encontraban sentados en el Consejo de la OEA. Creo sinceramente que la presión efectuada por el gobierno del presidente Jimmy Carter para fortalecer el SIDH fue fundamental en este aspecto. Él puso el tema de los derechos humanos al centro de la política y por lo tanto, le dio a la acción de la Comisión una enorme fuerza y legitimidad para enfrentar a gobiernos que, precisamente por lo que estaba ocurriendo, carecían de legitimidad. Es un período de la Comisión de gran diligencia y en algunos países de América del Sur y de Centroamérica muchos aún recuerdan el papel que en esos años jugó la OEA en materia de derechos humanos, vista como parte integral de la lucha por la democracia.

Por consiguiente, a lo largo de todos estos años, la Comisión – y el Sistema – ha ganado una admiración enorme y un respeto muy grande en la comunidad internacional. A partir de esa lucha, el SIDH se expandió también. A fines de los años sesenta se adoptó aquí, en San José de Costa Rica, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que es nuestra pieza fundamental y fue aprobada por todos los Estados miembros, aunque no ha sido ratificada ni reconocida la competencia de la Corte por varios de ellos. La Convención sigue siendo la viga maestra de nuestro trabajo en materia de derechos humanos y la principal pieza legislativa que tenemos junto con los estatutos de la Comisión y la Corte, y otros instrumentos.

Todo eso ocurrió en un periodo en el que había dictaduras en América Latina. Empezaba a apuntar recién la democracia cuando la Corte inició sus trabajos; el peso adquirido por el SIDH en este periodo democratizador lo puso en condiciones también de jugar un papel fundamental en los años que vendrían. Los últimos veinte años, en que la Región ha experimentado muchos cambios políticos significativos con el inicio y la consolidación de los procesos democratizadores, han significado un contexto progresivamente más apto para que crezcan nuestra doctrina y nuestra política en materia de derechos humanos.

En este sentido, hay cambios muy importantes que considerar, y enumero algunos sólo a título de ejemplo:

1. La adecuación de los ordenamientos jurídicos a las normas internacionales de protección a los derechos humanos. No olvidemos que varios países de la Región tienen incorporado en sus constituciones el respeto a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, además de una serie de normas específicas.
2. La modificación en mallas curriculares para incorporar no sólo el estudio de la historia más reciente de los países, sino también del estudio de los derechos humanos como una asignatura independiente.
3. La creación dentro del aparato estatal de muchos países, de entidades gubernamentales, defensorías, subsecretarías, institutos, entre otros, destinados a velar por la situación interna de los derechos humanos.

El SIDH se ha consagrado como referente de los Estados en materia de elaboración de políticas públicas sobre los derechos humanos. También se ha encontrado – cosa que probablemente ocurría menos al comienzo – con la acción organizada de la sociedad civil. La sociedad civil inició su acción primero en momentos muy duros a través de constantes reclamos de justicia, del rechazo de la impunidad, al riesgo y a costa, muchas veces, de sus vidas o de su libertad, y jugó un papel también transformador en la política de nuestro continente, forjando con eso un vínculo muy poderoso con el SIDH, que no podemos desconocer. La sociedad civil permite traer a nuestra atención

permanentemente, los nuevos temas que surgen, los nuevos consensos y las posibilidades de desarrollo de nuevos estándares de protección de los derechos humanos. También ha estado presente, por ello, en los debates de los últimos tiempos acerca del Sistema.

El SIDH es parte integral de la OEA desde su fundación. La Comisión está en la Carta de la OEA y los instrumentos aprobados por todos los países que la consagran como “organismo autónomo y principal”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos emana de una Convención aprobada en una Asamblea General de la OEA. Las normas que esa Convención fija para su funcionamiento rigen dentro de la OEA. Pero es preciso reiterar que la existencia de la Corte se desprende de la Convención Americana y, por lo tanto, en la elección de sus miembros participan únicamente los países que hayan suscrito y ratificado la Convención y reconocido la competencia de la Corte.

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos, que fue creado por los miembros de la Corte, es aún más autónomo, pero forma parte de este Sistema Interamericano que todos y todas queremos defender y reforzar.

La OEA se ve enriquecida por la discusión que estamos sosteniendo acerca del fortalecimiento del SIDH. En un mundo y una región que cambian aceleradamente, los organismos no pueden permanecer inmutables. Hoy vivimos una situación regional que, sin ser perfecta ni mucho menos, ha cambiado sustantivamente con relación a la democracia y el respeto de los derechos humanos. Cuando hablamos de fortalecer el Sistema, hablamos de mejorar sustantivamente su funcionamiento para ponerlo en condiciones de enfrentar la nueva realidad de la Región y hacer, como antes en su historia, mejores contribuciones al fortalecimiento de las democracias.

Esa ha sido la intención, de acuerdo con lo decidido en la Asamblea General de San Salvador el año 2011, en la cual se creó un Grupo de Trabajo especial de reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el fortalecimiento del Sistema. Esto ha sido acompañado de un debate que se realizó hace pocos meses en la Asamblea General de Cochabamba para conocer

los resultados del Grupo de Trabajo y del diálogo que se espera iniciar con la Comisión, no solamente con los miembros de la Comisión, sino que también y de manera muy importante con la sociedad civil que los acompaña.

¿Cuáles son los temas principales – a mi juicio –, las principales dificultades que hoy enfrenta el SIDH?

El primero de ellos, es el de la pertenencia universal de los 35 países de América a todas las entidades del Sistema. Repito que todos son parte de la Comisión, pero no todos son parte de la Corte. Al ser miembros de la Comisión están obligados de pertenecer a ella, ya que retirarse de la Comisión significa denunciar la Carta de la OEA. Y nadie ha planteado eso felizmente hasta ahora. Quisiéramos que existiera una realidad similar respecto del organismo de jurisdicción obligatoria.

Ustedes saben que de la OEA son miembros todos los países de América, siempre se habla muy equivocadamente que Cuba fue expulsada, Cuba nunca fue expulsada de la OEA porque la Carta no lo permite. La Carta dice claramente que son miembros todos los países independientes de América que están dispuestos a firmar la Carta. Por lo tanto, la Comisión no tiene el problema de la pertenencia, la Corte sí lo tiene, como lo demuestra el retiro, hace algunos años de Trinidad y Tobago, que objetó algunas opiniones de la Corte sobre el tema de la pena de muerte, y más recientemente la intención de retiro manifestada por Venezuela.

La Corte Interamericana está fundamentalmente constituida por sus miembros latinoamericanos y parte de los caribeños. Hemos realizado un enorme esfuerzo en los últimos años, que yo creo puede ser coronado por el éxito para que varios países más del Caribe reconozcan la competencia de la Corte y se adscriban a ella, incluso teniendo algunos jueces electos de la Corte. En la Comisión tenemos dos personas del Caribe. La Comisión, entonces, no tiene esa dificultad. Eso es lo que hace particularmente preocupante que un país de América Latina en este momento decida denunciar la Convención, cosa que va en contra de lo que queremos conseguir. Lo

que tenemos que hacer es conseguir que todos los países formen parte de la Comisión y de la Corte – y ojalá respalden también al Instituto, sobre lo que se ha avanzado sustantivamente.

Ese es el primer problema, porque de lo contrario, con algunas de las dificultades que surgen y que la Comisión no puede resolver, el recurso a la Corte significa una discriminación entre Estados miembros de la OEA. Por ejemplo, hace unos meses hubo un grave conflicto por una recomendación de la Comisión al gobierno de un país latinoamericano respecto del tema de una represa hidroeléctrica en construcción. Naturalmente, lo que le preocupaba a ese país no era solamente la resolución de la Comisión, sino que también que este tema pudiera ser llevado a la Corte. Había en uno de los dos países de América del Norte un problema similar que no llegó a la Comisión. Pero si hubiera llegado, la gran diferencia es que la Comisión no hubiera podido llevar el tema a la Corte porque ese país no era miembro, y eso provoca una cierta situación de irritación y de conflicto entre algunos países por el hecho que en el Sistema Interamericano no estamos todos afiliados a los mismos organismos.

Un segundo problema es el del acatamiento. El tema del acatamiento siempre será una dificultad, tanto en la Comisión, que repito, recomienda, sugiere, propone y decide si lleva el caso a la Corte o no. La Corte Interamericana también tiene una limitación, al no disponer de instrumentos para sancionar a los países que no cumplen sus resoluciones obligatorias. Y, ¿por qué es un problema? Bueno, porque como en derechos humanos generalmente el infractor es una persona ligada al Estado, muchas veces las sentencias, decisiones y recomendaciones de la Corte no son del agrado de los gobiernos, y eso es una realidad que debemos asumir y superar.

Sin embargo, yo creo que hemos tenido un nivel razonable, aunque no total de cumplimiento, y tenemos que trabajar muy firmemente para tener el acatamiento de buena voluntad, de buen grado. A veces la Corte dicta una sentencia y eso significa que el Estado tiene que cambiar su legislación en una materia, como ocurrió en mi país con los temas relacionados con el acceso a la información por parte de la

ciudadanía. Si la Corte dicta una sentencia que contraviene una ley, hay cambiar la ley; esas son las normas que tenemos y queremos que los países las acaten y cumplan, todos, con las mismas obligaciones.

El tercer gran problema, más mundano pero crucial, es el de los recursos. El Secretario Ejecutivo y el Presidente de la Comisión que hoy nos acompañan, les dirán cuántos casos están pendientes, varios miles, ante la Comisión. Y a la vez que el Sistema está rodando cada vez más rápido, la Comisión envía cada vez más casos a la Corte, y los recursos que tenemos son insuficientes para atender todos estos casos en tiempo razonable.

Los recursos que los Estados ponen, que son los recursos ordinarios del presupuesto anual, alcanzan a cubrir la mitad de los gastos del Sistema Interamericano, la otra mitad son donaciones de los mismos Estados o países observadores de la OEA. Lo que tenemos entonces es un cuello de botella complicado. Hace unos días estábamos con el Presidente de la Comisión en un seminario en Lima y un señor preguntó cuándo iban a ver su caso, que llevaba varios años en tramitación. No sé si el caso tenía mérito, pero el problema existe y no estamos cumpliendo cabalmente la obligación de hacer justicia en tiempos razonables.

Estos tres temas hacen que sea indispensable el diálogo de la Comisión Interamericana con sus países miembros. Nadie va a resolver el problema de la pertenencia, el problema del acatamiento y el problema de la falta de recursos sino los Estados miembros del Sistema. De ahí tiene que salir la voluntad política y los recursos necesarios. Ahora, yo sé que muchos seguirán contribuyendo y habrá donaciones especiales y otra serie de cosas, sobre todo cuando Europa supere la crisis en la cual se encuentra, que también nos ha afectado un poco. Pero la realidad es que las contribuciones tienen que hacerlas fundamentalmente los Estados miembros.

Reforzar el Sistema no se resuelve sino a través del diálogo, a través de un proceso, que a mi parecer, se está iniciando muy bien y soy optimista al respecto. Este proceso resalta el papel fundamental que corresponde a los organismos de derechos humanos, y por eso es que

estoy tan contento de haber venido al día siguiente de la presentación que hizo ayer el Presidente de la Comisión y el debate que ahí se produjo, porque también hay que involucrar a la sociedad civil. Sobre todo, podemos estar satisfechos de la disposición que ha mostrado la Comisión para analizar, examinar y buscar soluciones a los problemas que los países plantean.

Algunas veces los problemas se mezclan y las quejas de los países no siempre son válidas. Muy francamente, más allá de cualquier explicación, las denuncias siempre tienen que ser vistas por la Comisión, porque ciertamente en nuestra Región se cometen atropellos, bastantes todavía, y también porque se ha ampliado el campo de derechos humanos para establecer una serie de temas ligados. Por ejemplo, la defensa del medioambiente o la protección de las minorías o los temas del Protocolo de San Salvador sobre los derechos económicos, sociales y culturales, son temas que vienen a enriquecer el debate sobre derechos humanos y que no estaban a la vista cuando se aprobó la Convención Americana. Por lo tanto, el ámbito ha crecido mucho y eso hace que el diálogo sea cada vez más necesario, porque muchas veces algunos de estos elementos colectivos involucran una voluntad de los Estados tal vez bastante más compleja, que es necesario tratar de resolver.

Por esa razón creo que este proceso que hemos iniciado es tan importante: permite acercar a los países al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, permite fortalecerlo, identificar medidas necesarias o deseables para que pueda cumplir mejor su función de promoción y protección de los derechos humanos, permite sugerir a los países los pasos necesarios para la agilización del Sistema. En esto el nuevo Secretario Ejecutivo de la Comisión, Emilio Álvarez Icaza tiene una experiencia reconocida y su contribución será fundamental.

También será necesario estudiar transformaciones internas para que muchos de los casos no lleguen necesariamente al SIDH, en particular a la Corte Interamericana. Buscar soluciones amistosas para muchos de los problemas permitiría dar una mayor productividad a nuestro trabajo y, al mismo tiempo, relacionarnos mejor con nuestros

Estados para que asuman que el Sistema es de ellos y que tienen que respetarlo y acatarlo, pero también financiarlo, cuestión que a veces es lo más difícil.

Creo que a través de la promoción activa y efectiva del diálogo con nuestros países, podemos reducir la brecha que existe entre la consagración normativa de los derechos humanos, que es una realidad, y su realización efectiva, que tenemos que conseguir. Podremos, al mismo tiempo, asegurarnos de incorporar otros asuntos tan ligados a nuestra agenda, como la protección a las víctimas, la protección a los testigos, la plena y adecuada representación de todas las víctimas y otras medidas que permitan que nuestro fuerte e importante Sistema Interamericano de Derechos Humanos se adapte cada vez más a los tiempos cambiantes.

Esto es lo que nosotros queremos lograr. El SIDH es el principal componente de nuestra OEA, está enraizado en su esencia y en su historia, y nunca podrá ser dejado de lado o debilitado.

Muchas gracias.

Introducción al XXX Curso

Un espacio de cooperación horizontal propositivo con el sistema interamericano: el Curso Interdisciplinario del Instituto Interamericano de Derechos Humanos

*Roberto Cuéllar M.**

El día de hoy, en representación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), tengo el honor de dar inicio a la XXX edición del Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos (el Curso), que este año está dedicado exclusivamente al estudio y al análisis del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (SIDH, el Sistema) desde los retos y desafíos que transversalizan su incidencia hemisférica y el proceso de fortalecimiento que se desarrolla actualmente.

En cumplimiento de la misión de promoción y difusión de los derechos humanos para la que fue creado el IIDH en 1980, hemos orientado el desarrollo del Curso como una actividad académica de análisis y cooperación horizontal entre Estados y agentes, entre especialistas, académicos, organizaciones y activistas, ante el desarrollo actual del SIDH. Este curso es un punto de encuentro para respaldar los logros jurídicos, políticos y procesales del SIDH, en defensa de la persona humana y de la dignidad de los pueblos de América. Es el escenario apropiado para aportar – en las actuales circunstancias – al aseguramiento y progreso de los derechos humanos en el ámbito interno de los Estados, en su legislación y en todo su ordenamiento público, ya que reúne a personas con conocimientos y actividades diversas en el campo de los derechos humanos de veintitrés países de la Región.

Ustedes contribuirán a ampliar el litigio – pero sobre todo el diálogo constructivo – para la realización de los derechos de los pueblos

*

Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

indígenas, por las causas de tierra y territorios, y por el acceso a la justicia de las comunidades afrodescendientes, ante las respectivas Relatoría Interamericana. Ustedes podrán decir su palabra experta para extender la protección regional a los derechos de las mujeres más pobres y relegadas por la violencia descomunal. Harán que el SIDH se fije aún más en la causa más grave de violaciones a derechos humanos, que es la desigualdad que deja en la miseria, la injusticia social, la inseguridad y la indigencia a más de 205 millones de seres humanos que no llegan a ser personas en las democracias de hoy – como dijeron la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, la Comisión) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, la Corte) en 1991.

Precisamente, es el enfoque multi e interdisciplinario que aportan nuestros ponentes, facilitadores y participantes, lo que desde hace 30 años ha generado una gran riqueza histórica, académica y política en el estudio y difusión de diversos temas en derechos humanos. El trabajo de promoción y educación en derechos humanos que realiza el IIDH está dirigido a los más variados sectores sociales, profesionales y políticos, y encuentra su expresión paradigmática en esta actividad, y en sus voces múltiples y diferenciadas, con experiencia en nuevos enfoques de derechos humanos.

Entre los 3.400 exalumnos y exalumnas de las 29 ediciones previas a ésta, se cuentan buena parte de los líderes, lideresas y activistas de derechos humanos en el Continente. A lo largo de 29 años, el Curso se ha mantenido como uno de los espacios de convergencia más importantes para el movimiento de derechos humanos de las Américas. Es ampliamente reconocido en el Continente Americano – y fuera de él – como un espacio único en su tipo, donde se encuentran agentes provenientes de todos los sectores y áreas de trabajo, que se comprometen a replicar sus experiencias como parte de un legado transversal que adoptan tácitamente.

Por todo esto, en el contexto del recién abierto proceso de reflexión sobre el SIDH en el seno de la Organización de los Estados Americanos (OEA), los invito a participar activamente en la construcción y enriquecimiento de aportes desde sus experiencias acumuladas, para mejorar

el Sistema y así contribuir al desarrollo progresivo de los derechos humanos en las Américas. Estoy seguro que ustedes traen consigo muchas preguntas e inquietudes, pero, sobre todo, valiosas propuestas.

Como verán, durante la ejecución de las actividades del programa habrá espacios de participación y presentación de ideas sobre los diferentes puntos que iremos desarrollando en estas dos semanas. Los invito a aprovechar al máximo esta experiencia para abrir un diálogo y encontrar más formas de aproximación entre nuestras concordancias y diferencias, basándonos en los principios de atenta escucha, tolerancia y respeto.

Orientación del Curso: el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

Esta edición del Curso no se enfoca sólo en un repaso sobre el Sistema Interamericano en general, sino que busca, desde una perspectiva histórica de la protección interamericana de derechos humanos, hacer un aporte en los aspectos que aseguren la progresividad. Hoy es necesario un estudio de los antecedentes históricos y, aún más necesario, abordar los desarrollos políticos, jurídicos y sociales del SIDH para valorarlo desde la realidad más crítica de la lucha por los derechos de la gente, que no se agota en el día a día de la realización de la democracia. Lo hacemos con rigor académico y respeto de las variadas opiniones recientemente emanadas de los Estados, del Sistema Regional, del Secretario General de la OEA, de la Corte IDH y de la CIDH, de las víctimas y de las organizaciones civiles que más usan el Sistema de la protección de sus derechos y proyectos de vida.

Lo propusimos en julio de 2011, con miras a cooperar dentro del proceso más reciente de trabajo analítico implantado por los Estados, a través de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP) y del Consejo Permanente (CP), que fue confirmado por la Asamblea General de la OEA (AG-OEA) en 2012, Cochabamba, Bolivia. La idea es analizar el funcionamiento de varios mecanismos de protección genérica y protección específica para la tutela, cautela, prevención, judicialización y promoción de los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y otros

instrumentos regionales, partiendo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH).

Este estudio permitirá historizar los progresos acumulados con el pensamiento propio del Curso XXX, sobre la naturaleza pétreo de los derechos de las personas más desfavorecidas por las democracias recientes. Porque en democracia es más exigente y exigida la obligación de realización efectiva de derechos fundamentales. Estos extremos son vitales e insoslayables, no sólo para entender esta admirable, reciente y compleja historia de los derechos humanos que comenzó institucionalmente en Santa Fe de Bogotá, en abril de 1948, sino para valorarla hoy adecuadamente, comprender su valor real y significado de trascendencia, que tanto necesitamos para fortalecer realmente el SIDH, que es, sin duda, la mejor propuesta del agrupamiento regional en la OEA desde hace 64 años.

El fortalecimiento del Sistema

En primer lugar, debemos preguntarnos qué implica fortalecer el Sistema de Derechos Humanos. Desde la experiencia de promoción del IIDH, se trata de repasar la obligación de invertir en el SIDH como la obra común hemisférica, lo que implica dotarlo de los recursos necesarios para su funcionamiento; ratificar, pero también instrumentar los tratados americanos en derechos humanos; respetar y fortalecer la independencia de sus órganos; fomentar la participación de las víctimas en los procesos de justicia internacional; respetar y aplicar las decisiones de los órganos de protección; forjar la universalidad de los tratados, y ratificar la efectividad y exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), en una región cuyos indicadores de extrema pobreza, injusticia social y desigualdad son abrumadores. Se trata, en definitiva, de hacer efectiva la protección de la persona humana fomentando la progresividad y rechazando la regresividad de los DESC.

Fortalecer los derechos humanos por medio de la obra común, es caer en la cuenta de que los derechos de la gente y el bien común de las mayorías que sobreviven en condiciones indignas de vida, son la razón de ser de la democracia. El Derecho Internacional y el Derecho

de los Derechos Humanos no admiten retroceso: la progresividad es irreversible en la democracia.

En este sentido, en su *Documento de posición sobre el proceso de fortalecimiento del Sistema Interamericano para la Protección de los Derechos Humanos* de abril de 2012, la CIDH apunta:

23. Simultáneamente, los Estados Miembros han continuado enfatizando la importancia del Sistema Interamericano para la Protección de los Derechos Humanos. En la resolución AG/RES. 2521 (XXXIX-0/09), “Fortalecimiento de los sistemas de derechos humanos en seguimiento del Plan de Acción de la Tercera Cumbre de las Américas”, el párrafo operativo 3 llamó a continuar “el amplio proceso de reflexión sobre el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos, como un asunto de particular importancia en el programa de trabajo de la CAJP [...] de manera prioritaria, adoptar medidas para lograr un incremento efectivo de los recursos económicos asignados a la CIDH en el presupuesto de la Organización[;] la consideración de medios para promover el cumplimiento de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el seguimiento de las recomendaciones de la CIDH por parte de los Estados Miembros [...] el análisis de las prioridades para el perfeccionamiento del sistema interamericano de derechos humanos, incluido el examen de la posibilidad de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la CIDH puedan llegar a funcionar de manera permanente, teniendo en cuenta la información suministrada por los Presidentes de ambos órganos sobre el particular”¹.

En síntesis, son dos los parámetros principales que miden la inversión y fortalecimiento del SIDH como “obra común” para la preservación y protección de los derechos humanos en las Américas: a) la pretensión de que sean realmente universales, es decir, aceptados y obligados por compromiso ético institucional y de “buena fe”, sin distinción alguna entre Estados, y b) la convicción institucional de que la protección lograda por el progreso y evolución del SIDH queda en manos del Estado, admitiendo como complementaria la protección

¹ CIDH, *Documento de posición sobre el proceso de fortalecimiento del Sistema Interamericano para la Protección de los Derechos Humanos*, 8 de abril de 2012, pág. 3. Disponible en: <<http://www.oas.org/es/cidh/fortalecimiento/consulta.asp>>, a septiembre de 2012.

internacional en el ámbito jurídico interno, que incluye las obligadas y cumplidas atribuciones primordiales del propio Estado.

No obstante, han aparecido, con intensidad, un conjunto de observaciones críticas a las facultades y mecanismos de los organismos de protección regional, que en alguna consideración son de larga data y en otros casos de la actualidad. Hay opiniones encontradas en temas como la adopción y alcance de las medidas cautelares; la paridad de las partes en los procesos de CIDH y Corte IDH; la protección y desarrollo de los derechos humanos a través de los mandatos de las relatorías, entre otros temas que se estudiarán a lo largo del programa.

Hoy en día, también conocemos de una importante tendencia regresiva en la opinión de algunos Estados para prácticamente reducir a la CIDH a su función promotora originaria, en lugar de reforzar el ámbito de la tramitación y solución de casos individuales y de la atención urgente a casos que ameritan conocimiento inmediato por el riesgo de daño irreparable a los derechos humanos.

Así, tenemos hoy la oportunidad histórica de debatir sobre cómo fortalecer el SIDH, por lo que los invito a considerar estas interrogantes:

- ¿Cuáles son los órganos de la OEA y demás actores o usuarios que participan de este proceso de reflexión? ¿Cuál es el rol de cada uno en la toma de decisiones?
- ¿Cuáles son algunas de las reformas o intentos de reformas que se han implementado en razón de procesos previos de reflexión sobre el SIDH?
- ¿Cuál es el origen político e histórico del actual proceso de reflexión sobre el SIDH?
- ¿Que ocurrió en la Asamblea General de la OEA en Cochabamba?
- ¿Cuál ha sido la respuesta o reacción oficial por parte de la CIDH?
- ¿Cuál ha sido la reacción de otros actores o usuarios del SIDH?
- ¿Quién tiene la última palabra?

La protección y la promoción internacionales de los derechos humanos: historización y visión actual

Con anterioridad a la creación de los sistemas internacionales de la Organización de Naciones Unidas y de la OEA, la protección de los derechos humanos a nivel continental recaía sobre los Estados, y el desarrollo interno de las normas y estructuras creadas para fomentar el derecho a la justicia. Los trazos principales del pensamiento interamericano en cuanto a derechos fundamentales, en su naturaleza política y relación judicial, muy incipiente, por cierto, allá por la década de los años cincuenta, se encuentran plasmados en lo que llamaron Derecho Constitucional, común a la mayoría de Estados de la Región. Esa concepción común que hacía del ser humano titular de derechos y deberes – que llamaban “derechos del hombre” –, incorporó en el esquema constitucional la conquista de los DESC, tan propia de la Constitución de México (1917).

Precisamente, las violaciones atroces a los derechos humanos, la impunidad y los trágicos escenarios de guerra mundial, conminaron a la comunidad internacional y americana a desarrollar las instancias internacionales independientes de los Estados, que basaron sus decisiones en normas internacionales. Este proceso es conocido como la humanización del Derecho Internacional Público, con la internacionalización de los derechos humanos.

El SIDH nace en 1948 con la adopción de la Carta de la OEA y la DADDH. A partir de ese momento histórico, los Estados reconocieron los derechos de las personas sin distinción alguna y definieron como guía del derecho americano, la protección de los derechos humanos.

En las primeras décadas del SIDH se sentaron las bases jurídicas y orgánicas de trabajo en un contexto de democracias frágiles, dictaduras y violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos. El sólo hecho de la existencia de una oportunidad para ventilar lo que estaba sucediendo al interior de los Estados se consideró, y debe mantenerse, como un gran logro de la comunidad americana.

Otro de los hitos históricos que marcó el éxito del Sistema fue la creación de la CIDH en 1959, ya que, desde sus inicios, ha sido un

organismo concentrado “en la promoción y la tutela genérica”, por medio de informes generales. La CIDH mostró su rol de protección de los derechos humanos en el Continente mediante el conocimiento de “violaciones individuales”, competencia que luego se reconocería expresamente en la Carta de la OEA en 1965².

Los trabajos de desarrollo progresivo del Sistema cristalizaron en noviembre de 1969 con la adopción de la CADH y la creación de la Corte IDH, que entró en funciones el 3 de septiembre de 1979, en el Teatro Nacional de San José, Costa Rica (ver esquema de la evolución histórica del SIDH en anexo).

Actualmente, el Sistema tiene 64 años de fundado, la CIDH más de 50 de funcionamiento y la Corte IDH tiene 33 años de ejercicio de jurisdicción. A lo largo de todos estos años, el SIDH se ha convertido en uno de los pilares de la OEA y en “una conquista común que nos pertenece a todos”³. Es una conquista porque recuerda la historia común del movimiento civil por los derechos humanos ante las dictaduras feroces e impunes, ante los tenebrosos cuadros de terror por las desapariciones forzadas, torturas y asesinatos de personas perseguidas en medio de la lucha social y política por la democracia. Recuerda la etapa más tenebrosa de la Región, cuando entre 1960 y 1990 se instauró la trágica y perversa “doctrina de la seguridad nacional”. Nos recuerda el admirable y heroico empeño de defensa de la persona humana cuando aún no existían ni los tratados ni convenciones del SIDH, y que sólo la CIDH asistía relativamente al escrutinio por la incipiente defensa de los derechos humanos.

Hoy, la vida en democracia repara y conmina con fuerza moral la obligación ineludible de los Estados de garantizar los derechos humanos, y de tomar todas las medidas necesarias para su respeto y

² Desde 1965, la CIDH fue autorizada expresamente a recibir y procesar denuncias o peticiones sobre casos individuales en los cuales se alegaban violaciones a los derechos humanos. Hasta diciembre de 2011, ha recibido varias decenas de miles de peticiones, que se han concretado en 19.423 casos procesados o en proceso.

³ Nikken, Pedro, “Observaciones sobre el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en vísperas de la Asamblea General de la OEA”, *Revista IIDH* 30-31, San José, enero-junio de 2001, pág. 36.

garantía, actuando el Sistema de manera excepcional cuando no se logra el objetivo de protección interno de los derechos humanos en las democracias de la Región.

El reto de todos los actores es la nacionalización de las decisiones americanas. El respeto y cumplimiento de las resoluciones y decisiones de protección de los derechos humanos es el complemento de la justicia nacional, no el sustituto. La ejecución directa de las normas internacionales en el ámbito interno no significa únicamente el cumplimiento de sus obligaciones en derechos humanos por los Estados, sino que es un escenario donde se aliviaría el congestio-namiento del SIDH. Como ha expresado Pedro Nikken:

En la medida en que el sistema internacional tiene más trabajo, hay un mal signo sobre la salud de las instituciones democráticas. Precisamente, el sistema interamericano de derechos humanos se justifica porque existen esas deficiencias. Al adoptar un sistema internacional regional de promoción y protección de los derechos humanos, los Estados Americanos definieron un orden público común fundado sobre el respeto y la garantía de los derechos inherentes a la persona humana, sin consideración de nacionalidad ni de fronteras⁴.

En ese sentido, en cumplimiento de las obligaciones internacionales, los tribunales nacionales no sólo deben ejecutar las decisiones del SIDH sino tomar nota de las decisiones de los órganos para incorporarlas a las decisiones nacionales y así prevenir casos futuros ante la instancia interamericana. Esta prevención se convierte en parte de la promoción de los derechos humanos a través de las vías de justiciaibilidad⁵.

La misión y competencia del IIDH están íntimamente relacionadas con la promoción y educación en derechos humanos, sin que se interprete como una toma de distancia ni desvinculación de la dimen-sión de la protección. Estamos convencidos de que por medio de actos de reclamación, se promueven aquellas lecciones aprendidas y aleccionadoras por la vía del precedente. La sistematización de esos precedentes en los ámbitos nacional e internacional vienen a integrar,

⁴ Ibidem, pág. 35.

⁵ Ayala Corao, Carlos, "Reflexiones sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", *Revista IIDH* 30-31, San José, enero-junio de 2001, pág. 1.

junto con legislación propia de ambas esferas – nacional e internacional –, el *corpus juris* que, a modo de estándar mínimo de protección de derechos humanos, configura el cuadro lógico para enriquecer la prevención, promoción, sensibilización y protección de los derechos humanos como obligaciones inaplazables de los Estados.

El IIDH, desde su trabajo, ha entendido también la promoción como un mecanismo proactivo de “alerta temprana”, que permite la utilización de la información para la sensibilización, con el objetivo de anticipar al riesgo de las violaciones concretas a los derechos humanos. En otras palabras, el marco lógico de lo que se define por promoción apuesta siempre por la verdadera “realización” de los derechos humanos, sin tener que recurrir a posteriores acciones de reclamación (protección).

Hacer promoción de los derechos humanos en los orígenes del IIDH, era alzar banderas no siempre bien comprendidas ni recibidas. Las herramientas eran muy limitadas y dependían mucho de la negociación política para abrir puertas a la formación, entrenamiento y capacitación en derechos humanos de las principales partes concernidas. Por una parte, la sociedad civil, con fuerte representación de víctimas de violaciones de derechos humanos, muy identificadas con el “activismo”, y por otra parte, los agentes estatales, probablemente muy identificados como el cuadro general de la represión, todo lo cual polarizaba el tema a partir de la confrontación de “bandos” y sectores opuestos, a veces radicalmente.

Todavía hoy, uno de los principales retos que tenemos desde la promoción y educación en derechos humanos es derribar esos paradigmas hacia la estandarización de una visión única: que los derechos humanos tienen una sola lectura y que no son relativos ni dependen del lugar donde deben realizarse y ser efectivos. Hoy notamos una marcada tendencia a considerar que las democracias están exentas de supervisión a las obligaciones de protección y al deber de promoción, lo cual no sólo es errada, sino banal y demagógica.

Así que luego de más de 50 años de trabajo en protección y promoción de los derechos humanos a nivel continental, hoy el

SIDH refleja y muestra logros cuantitativos y cualitativos hacia la universalidad de los derechos humanos. Un ejemplo de tal evolución de protección regional es la aplicación progresiva de los estándares de protección de los derechos humanos de las mujeres en la historia del Sistema, en donde se ha dado cuenta de un proceso en construcción del significado de la dignidad humana, la libertad y la igualdad de las mujeres en las Américas.

En efecto, desde la puesta en marcha en 1980 de las actividades de promoción y defensa por parte del SIDH, mediante la tramitación de casos individuales, las visitas *in loco*, el trabajo de las relatorías temáticas, las opiniones consultivas, las medidas cautelares y provisionales, así como los informes temáticos sobre países, se ha construido, con algunas deudas pendientes, la promesa normativa de la igualdad y la libertad de las mujeres como un consenso regional para el reconocimiento y protección de los derechos de este grupo humano por su condición de género⁶.

Al marco señalado se suma la Convención de Belém do Pará, que establece la interrelación apropiada con la CIDH para desarrollar mecanismos de defensa y de protección de derechos de las mujeres, “sin importar que tenga lugar en los ámbitos público o privado”. El más importante está previsto en el art. 12 de la Convención de Belém do Pará, que autoriza “presentar a la CIDH peticiones que contengan denuncias o quejas de violación al art. 7 de la presente Convención por un Estado Parte, y la CIDH las considerará de acuerdo a la CADH, el Estatuto y Reglamento”, lo que se ha convertido en un mecanismo de protección para el activismo regional con que se ha llegado hasta las decisiones de la Corte IDH contra República Dominicana, Argentina, México, Guatemala, Brasil y Chile.

⁶ Establecida en 1928, la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) fue el primer órgano intergubernamental creado con el propósito de asegurar el reconocimiento de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de las mujeres. La CIM está constituida por 34 delegadas titulares, una por cada Estado miembro de la OEA, y se ha convertido en el principal foro de debate y de formulación de políticas sobre los derechos de las mujeres y la igualdad de género en las Américas. Página web OEA: <<http://www.oas.org/es.cim/>>.

Sin duda alguna, hay aspectos sustantivos que mejorar, pero desde su construcción y desarrollo, el SIDH ha mantenido su autonomía e independencia como pilares de su legitimidad. Existen otras iniciativas políticas y jurídicas de coordinación entre Estados, pero la única con alcance regional, trayectoria e independencia es la del Sistema Interamericano. Todo esto lo coloca en posición única y relevante como el mecanismo americano que protege derechos humanos, con alcance a todos los miembros de la OEA. El SIDH acoge las peticiones y alertas de las personas físicas, en el espacio fuera de las fronteras de los Estados, para acudir por justicia ante las tendencias de impunidad.

Desarrollo del Sistema a la luz de sus reformas

Las décadas de los ochenta y noventa sirvieron para adoptar otros tratados, consolidar los procedimientos de protección y enriquecer la jurisprudencia en materia de derechos humanos. Las personas empezamos a percibir el alcance de los beneficios de la protección interamericana: el proceso de internacionalización del derecho americano había comenzado.

Con la consolidación del SIDH en el seno de la OEA como un procedimiento más asentado, se iniciaron los procesos lógicos de revisión y fortalecimiento. El primero fue a partir de 1996, mediante la Resolución 1404 de la AG-OEA, en la que se establecía el desarrollo de una evaluación con miras a su “perfeccionamiento”. Le sucedieron resoluciones hasta el año 1999, en donde el IIDH fue expresamente nombrado como uno de los promotores del diálogo y la cooperación necesarios⁷. De 1999 al 2000, se desarrolló un proceso de consulta y diálogo entre actores, incluida la sociedad civil y, por primera vez, la AG-OEA estableció recomendaciones y señaló directamente la necesidad de un aumento considerable del presupuesto de la CIDH y de la Corte IDH. Con respecto a los Estados, destacó la importancia de la universalidad del Sistema con la firma de la CADH y el reconocimiento de la competencia de la Corte IDH; la implementación de medidas para la aplicación de las normas interamericanas, las

⁷ Ventura R., Manuel, “El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista IIDH* 30-31, San José, enero-junio de 2001, pág.133.

decisiones de la CIDH y la Corte IDH; la aplicación de los informes anuales de la CIDH y la Corte IDH, “a fin de hacer efectivo el deber de los Estados de garantizar el cumplimiento de las obligaciones que emanan de los instrumentos del sistema”⁸. Instó a la CIDH a definir los criterios de apertura de casos; resolver las cuestiones de admisibilidad en una etapa procesal independiente; adoptar medidas para el logro de la celeridad procesal; promover la solución amistosa; definir criterios mínimos para la petición de una medida cautelar; definir criterios para la remisión de casos ante la Corte IDH, y definir marcos de referencia para la creación de nuevas relatorías y la claridad de sus mandatos. Finalmente, instó a la Corte a permitir la participación directa de la víctima en el procedimiento y a prevenir la duplicación de procedimientos con respecto a la CIDH⁹.

En el 2000, tanto la CIDH como la Corte IDH reformaron sus reglamentos, con importantes efectos en el SIDH, tales como: una mayor participación autónoma de las víctimas ante la Corte; el incremento de casos remitidos por la CIDH a la Corte, y el aumento en el número de decisiones de admisibilidad de la CIDH. Aunque el reglamento de 1996 ya daba acceso y rol a la víctima para hacer valer sus derechos durante la etapa de reparaciones, el peso del reglamento de 2000, “es de los más significativos”, y ha sido considerado como trascendental ya que, según Antonio A. Cançado Trindade, tal reforma – que él mismo impulsó – fue “la emancipación del ser humano como sujeto de derecho internacional, en el sentido de su jurisdiccionalización”¹⁰.

Otra etapa de revisión se desarrolló entre 2006 y 2009, y también culminó con la reforma a los reglamentos de la CIDH y de la Corte. En palabras de la CIDH: “El objetivo central de la reforma reglamentaria de 2009 fue fortalecer el Sistema Interamericano a través del afianzamiento de la participación de las víctimas, de las garantías al equilibrio procesal y de la publicidad y transparencia”¹¹. Asimismo, la Corte

⁸ Resolución 1701 de la Asamblea General de la OEA, citada en *ibidem*, pág. 147.

⁹ *Ibidem*, pág. 147-148.

¹⁰ *Revista IIDH* 30-31, San José, enero-junio de 2011.

¹¹ CIDH, *Documento de posición sobre el proceso de fortalecimiento del Sistema Interamericano para la Protección de los Derechos Humanos...* pág. 3.

incluyó la figura del Defensor Interamericano y definió las actuaciones de la CIDH y de las víctimas en el procedimiento; finalmente, el Consejo Permanente de la OEA creó el Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano.

Como conclusión de esta etapa, para el año 2009 la AG-OEA, en seguimiento del Plan de Acción de la Tercera Cumbre de las Américas, estableció como prioridad para fortalecer el SIDH tres grandes aspectos: el incremento efectivo de los recursos económicos; el cumplimiento de las decisiones de sus órganos, y la posibilidad de que la CIDH y Corte IDH llegaren a funcionar de manera permanente¹².

Actualmente, y a tan solo dos años del anterior proceso de consulta regional, los Estados han abierto al SIDH un nuevo proceso de reflexión crítica, que se inició en junio 2011 y se prevé culmine antes de junio de 2013. A diferencia de los anteriores, esta reflexión está más enfocada en la revisión del funcionamiento de la CIDH, y ahora se desarrolla dentro de un contexto político en que varios Estados miembros de la OEA han expresado sus consideraciones críticas y han discrepado con respecto a sus actuaciones tradicionales y funcionales.

Pocas veces ha sido tan amplio como hoy el debate sobre el SIDH en todo el Continente Americano. Pero tal amplitud no es consecuencia directa de los informes ni de los grupos de trabajo de la OEA. La atención pública y cobertura del debate sobre el SIDH sobreviene como consecuencia de las reacciones críticas, y poco proporcionadas, de algunos Estados ante ciertas decisiones y sentencias de los dos órganos del Sistema, pero, principalmente, del funcionamiento regular de la CIDH. Desde mi punto de vista, ha habido una sobrada dimensión en las reacciones de algunos Estados; otros han aprovechado la coyuntura para cuestionar el mandato de la CIDH en ciertas decisiones de protección y de adopción de medidas cautelares y, en general, se han hecho críticas al informe anual y a ciertas prácticas procesales. Por otra parte, ha habido ausencia de debate sobre los grandes temas prioritarios regionales y falta de enfoque inclusivo del papel de la víctima o la persona humana como eje y razón de ser del SIDH.

¹² *Ibidem*, pág. 5.

Cualquier discusión sobre el mejoramiento del Sistema implica reflexión y análisis riguroso y, sobre todo, claridad en la obligación de los Estados de cumplir con sus compromisos internacionales. Efectivamente, sólo con el esfuerzo común de la mayoría de Estados y el trabajo de los dos organismos del SIDH, y con la cooperación especializada de entidades civiles realmente interesadas en los puntos cruciales, se puede llegar a soluciones y transformaciones en el marco del proceso actual de revisión que propone la AG-OEA.

Aspectos de reflexión para el proceso del 2011

El Consejo Permanente de la OEA creó en junio del 2011 el Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el Funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (Grupo de Trabajo SIDH). El informe del Grupo de Trabajo SIDH fue presentado a la AG-OEA en junio de 2012; en el documento se hacen 53 recomendaciones. En la Resolución 2759 de la AG-OEA se acogió el Informe del Grupo de Trabajo SIDH y se estableció un período de seis meses para crear propuestas para su aplicación, en diálogo con todas las partes involucradas. El clima político de contraposición entre algunos Estados, las constantes críticas hacia la CIDH y la Corte IDH, con referencias explícitas a la refundación del Sistema, marcaron la discusión y aprobación del Informe y la manera en que se desarrolló la sesión de la Asamblea General en Cochabamba.

De manera muy esquemática, cierro con la mención de algunas de las posiciones de los actores del SIDH en este nuevo proceso.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La CIDH, *motu proprio*, inició un proceso de revisión en enero de 2012, basado en “las experiencias acumuladas, mejores prácticas y lecciones aprendidas desde su última reforma reglamentaria”¹³.

13 Página Web CIDH, *Proceso de reforma 2012*, consulta a los actores del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Disponible en: <<http://www.oas.org/es/cidh/fortalecimiento/consulta.asp>>, a septiembre de 2012.

Para el periodo 2011-2015, se han fijado los siguientes objetivos estratégicos:

1. fomentar el pleno cumplimiento de sus pronunciamientos y recomendaciones;
2. facilitar el acceso de las víctimas a la Comisión, y conducir los procesos y procedimientos del sistema de petición individual con eficiencia óptima;
3. mantener conocimiento actualizado, exacto y objetivo sobre la situación de los derechos humanos en los Estados miembros de la Organización y actuar en consecuencia;
4. reconocer e incluir en todas sus actividades las necesidades específicas de los grupos históricamente sometidos a discriminación;
5. promover la observancia de los derechos humanos, el conocimiento del Sistema, y la universalización de los instrumentos regionales en la materia;
6. difundir el trabajo de la Comisión y, a través de él, el conocimiento adquirido en materia de derechos humanos, y
7. procurar los recursos adecuados para el ejercicio de su mandato y el logro de los demás objetivos estratégicos.

La Comisión ha desarrollado actividades de consulta con los diferentes actores del Sistema, ha realizado audiencias con la sociedad civil y foros de análisis, y acaba de iniciar un proceso público basado en cinco ejes: sistema de protección individual, medidas cautelares, monitoreo de la situación de países, promoción, universalización y otros temas de interés.

Dentro de este proceso de análisis, y en respuesta al Informe del Grupo de Trabajo de SIDH, la CIDH destacó la imperiosa necesidad de incrementar los fondos para poder cumplir con su mandato y reiteró que el fortalecimiento del Sistema pasa por la eficacia del mismo a través del cumplimiento por parte de los Estados de las decisiones, el acceso a las víctimas de la reparación nacional o en su defecto a

la interamericana, en particular a favor de miembros históricamente sometidos a discriminación, y la adherencia universal a todos los instrumentos del Sistema¹⁴.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

En sus Lineamientos 2011-2015 para el Fortalecimiento de la Justicia Interamericana, la Corte IDH propone su constitución en un tribunal colegiado permanente con jueces a dedicación exclusiva, y que se le asignen los recursos necesarios para su funcionamiento.

Al respecto señala que

[E]s necesario mencionar que de no tener oportunamente los recursos que atiendan a este significativo aumento, la justicia interamericana de derechos humanos puede encontrarse expuesta a un grave colapso, ya que el Tribunal no contará con los medios para responder pertinentemente a los requerimientos de justicia de las víctimas de derechos humanos¹⁵.

El trabajo de la Corte IDH se ha ido incrementado sustancialmente en la primera década del siglo XXI. En el año 2000, la Corte tenía bajo su conocimiento 28 casos (sin sentencia o bajo supervisión); al cierre de 2010, el Tribunal contaba con 132. Esto significa un crecimiento del 471%. En lo que respecta a medidas provisionales, en el año 2000 se encontraban bajo supervisión de la Corte 14 medidas; al cierre de 2010, el Tribunal contaba con 46, lo que significa un incremento del 371%. Durante el 2010, la Corte IDH ejecutó un presupuesto de tres millones setecientos ochenta y tres mil dólares. El 53% de esos fondos provinieron del fondo regular de la OEA; el 47% restante, de aportes voluntarios.

Todo indica que este aumento de la actividad jurisdiccional continuará en el tiempo; así se advierte en el plan estratégico de la CIDH, en que se programa la emisión de 330 informes en los años 2013, 2014 y 2015. Si de esos informes proyectamos que el 30% llegue al Tribunal, esto se traducirá en un envío de alrededor de 100 casos por

¹⁴ CIDH, *Documento de posición sobre el proceso de fortalecimiento del Sistema Interamericano para la Protección de los Derechos Humanos...*

¹⁵ Corte IDH, *Lineamientos 2011-2015. Fortalecimiento de la justicia interamericana a través de un financiamiento previsible y armónico*. Disponible en: <<http://www.corteidh.or.cr>>, a septiembre de 2012.

año, lo que dista considerablemente del promedio de 12 casos que se han estado enviando en los últimos años. En otras palabras, habrá un aumento de un 880% sólo en lo que respecta al envío de casos. Este mayor envío, a su vez, se refleja en el aumento de otras actividades jurisdiccionales, como audiencias, sentencias, resoluciones de supervisión de cumplimiento de sentencias, entre otros aspectos del proceso contencioso. A ello habría que sumarle el previsible aumento en la interposición de medidas provisionales, tal como ha sucedido en los últimos años¹⁶.

Grupo de Trabajo SIDH

En términos generales, el Grupo de Trabajo SIDH identificó entre los principales desafíos, los siguientes: alcanzar la universalidad del SIDH; asegurar el pleno cumplimiento de las recomendaciones y decisiones de sus órganos; lograr mayor equilibrio entre la promoción y la protección de todos los derechos humanos; perfeccionar los aspectos procedimentales y garantizar la observancia estricta de los marcos normativos en el sistema de peticiones individuales; lograr una mayor eficiencia y agilidad en la tramitación de peticiones y casos, y avanzar hacia una mayor transparencia en la gestión de la CIDH. Adicionalmente, observó que el adecuado financiamiento de los órganos del SIDH es un reto que incide de forma transversal en todos los demás aspectos considerados del funcionamiento de la CIDH.

Se concluyó, de igual modo, que es una tarea conjunta de los Estados parte, los órganos del SIDH, las organizaciones de la sociedad civil y los actores sociales, desde una perspectiva de colaboración, continuar en la búsqueda de soluciones que permitan superar tales retos con miras a perfeccionar el SIDH, con el apoyo de la Secretaría General.

El Grupo de Trabajo SIDH considera que, con objeto de dotar de mayor claridad al sistema de medidas cautelares, podrían perfeccionarse sus aspectos procesales y garantizarse la observancia estricta de los marcos normativos de la CIDH, así como establecer reglas más claras para su funcionamiento y operación sin que se obstaculice su

¹⁶ Ibidem.

objetivo último de solicitar la protección de forma ágil para personas en situaciones de riesgo y de peligro inminente, que lo ameriten con urgencia debida.

De igual modo, reconoce 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. Observa que esta situación trae consigo 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 de las partes dentro del procedimiento¹⁷.

Secretaría General de la OEA

El Informe del Secretario General es directo, se basó en las recomendaciones del Comité Jurídico Interamericano y contiene “acciones necesarias para poner en práctica las recomendaciones acordadas unánimemente, a través de la consideración de eventuales modificaciones al Estatuto o Reglamento de la Comisión”.

En palabras del Secretario General:

[U]n elemento indispensable para el fortalecimiento del Sistema es la seguridad jurídica que brindan las normas que lo rigen. Es por ello que la precisión en las mismas y un compromiso claro de todos los actores del Sistema con su estricto cumplimiento será, sin lugar a dudas, uno de los factores centrales de la profundización del proceso de fortalecimiento¹⁸.

¹⁷ OEA, *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*, 13 de diciembre de 2011.

¹⁸ OEA, *Informe del Secretario General sobre las Recomendaciones del Grupo de Trabajo de Reflexión del Consejo Permanente sobre el Funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y del Comité Jurídico Interamericano*, OEA/Ser G. CP/Doc.4711/12, 21 de mayo 2012.

La sociedad civil y las víctimas

La sociedad civil ha evolucionado progresivamente junto con el SIDH, ya que éste es el escenario natural de defensa y promoción de los derechos humanos por parte de las organizaciones no gubernamentales (ONG) y ahora de las víctimas, de manera directa. A su vez, los parámetros americanos de derechos humanos son herramientas valiosas para el trabajo de la sociedad civil a lo interno de los Estados. Por esta razón, es constante el estudio y la presentación de propuestas de una diversidad de sectores con respecto al Sistema y su fortalecimiento, en especial de los que son usuarios del mismo.

En el proceso de revisión de la CIDH, se realizó una audiencia el 27 de marzo de 2012 a petición de la Coalición Internacional de Organizaciones de Derechos Humanos en las Américas. En ella, la Coalición sostuvo que el Sistema es una de las herramientas más importantes de protección en un contexto de discriminación, pobreza, violencia con impacto en grupos vulnerables de niños, mujeres entre otros, violación de derechos humanos, deficiencia de los sistemas de justicia internos de los Estados, elevados índices de impunidad y necesidad de políticas efectivas de protección a la sociedad civil. Asimismo, destacó que en el contexto político se mantiene el conflicto en Colombia; hay nuevas democracias en riesgos – como fue Honduras y hoy Paraguay; fuertes restricciones a los derechos y libertades ciudadanas; limitaciones al Estado de Derecho, y otras formas de militarismo. En este escenario, se agudizan conflictos por políticas de desarrollo con degradación al medio ambiente, patrimonio cultural, afectación de campesinos e indígenas, los derechos territoriales y los derechos culturales. Por todo ello, es esencial la existencia de un Sistema realmente fortalecido, que genere respuestas eficaces y oportunas a los retos que el presente nos plantea y el futuro avizora.

Con respecto a las recomendaciones del Grupo de Trabajo del SIDH, la Coalición considera que éstas no deben ser regresivas y se deben resguardar: el alcance de las relatorías y su margen de acción con mandatos libres; las medidas cautelares efectivas, sencillas y oportunas; la utilización del capítulo cuarto del informe anual, ya

que se debe actuar de acuerdo a la gravedad de las violaciones de los derechos humanos, y fortalecer el cumplimiento de resoluciones amistosas.

Finalmente, la Coalición comparte el criterio de la imperiosa necesidad de un aumento de fondos, ya que sólo el 5% del presupuesto de la OEA se destina al Sistema, y hace un llamado a la CIDH para que busque otros mecanismos de financiamiento. En este punto, la Comisión replicó que el 65% del presupuesto actual se financia con aportes voluntarios, diferentes a los de la OEA¹⁹.

Consideraciones finales

De los nueve procesos de reflexión, análisis y sobre el fortalecimiento del SIDH, los de 2000 y de 2011 tienen una significación especial. El primero consagró el *ius standi* de las víctimas en el proceso contencioso; el segundo significa un paso crucial para el esquema de funcionamiento de la CIDH hacia el futuro. Lo que se impone hoy, en primer lugar y sin reparos, es la dotación de recursos financieros para cumplir con las 53 recomendaciones para el buen funcionamiento de la CIDH. Si pretenden tomar en serio la adecuación del SIDH a las circunstancias actuales, para mejorar los mecanismos y para implementar un plan de promoción activa, eficaz y estratégica, hay que poner los recursos financieros necesarios. De este proceso, América puede salir muy fortalecida, no sólo el SIDH.

En segundo lugar, hay que mejorar los “vasos comunicantes” y superar la zozobra y la retórica inútil que caracterizan el debate de hoy, como fue la AG-OEA reciente en Cochabamba, en que notamos muchas actitudes llenas de exagerado protagonismo. Hay que superar también, la incompetencia y torpeza con las que se aborda el diálogo entre los Estados, los órganos políticos, el SIDH y las entidades civiles especializadas.

El Curso XXX tiene capacidad de propuesta al SIDH, porque ustedes son muy capaces de abrir puntos de encuentro en sus propios

¹⁹ CIDH, *Audiencia Oral sobre el Fortalecimiento del Sistema Interamericano con la Coalición Internacional de Organizaciones de Derechos Humanos en las Américas*, grabación de la audiencia del 28 de marzo 2012. Disponible en: <<http://www.oas.org/es/cidh/fortalecimiento/plazo.asp>>, a octubre de 2012.

países, de fomentar la cooperación horizontal y de empeñarse en buscar razones válidas para el optimismo regional. Y es que esta primera década del siglo XXI no se puede considerar perdida para los derechos humanos en las Américas.

Pero hay que ser serios y honestos. Necesitamos respeto por los tratados del SIDH, y revisión rigurosa con mucha capacidad de autocrítica entre las partes concernidas, incluso entre las ONG. Pero, por encima de todo, necesitamos de unidad institucional y de mucha solidaridad con los derechos de las presuntas víctimas. Como he manifestado en varias ocasiones: América está cambiando y el SIDH de su fundación, hace 50, no es el mismo, ni el de hace 30 años.

El mundo cambió, algunos vientos son favorables y otros desfavorables; pero es viento que mueve y que nos hace optimistas a fin de conocer en este Curso “las mejores aportaciones al SIDH que se concretarán no sólo en su propio ejercicio jurisdiccional – la solución de casos –, y en la calidad de sus decisiones y la novedad de la jurisprudencia que produzca, sino en la influencia que imponga sobre la legislación, la jurisprudencia y la práctica de los países de América”, para la efectiva realización de los derechos humanos de la gente.

La conmemoración del Curso Interdisciplinario que ustedes animan en esta XXX edición, no debe llevarnos al elogio y a la autocomplacencia. En estas dos semanas nos esperan grandes retos, importantes debates, y muchas iniciativas que compartir con el SIDH para mejorar la defensa de la persona humana y la dignidad de nuestros pueblos de las Américas.

Anexo. Esquema de la evolución histórica del SIDH

- 1948. Se crea la OEA mediante la adopción de su Carta.
- 1948. La OEA adopta la DADDH.
- 1959. La OEA crea la CIDH.
- 1961. La CIDH comienza a realizar visitas *in loco* para observar la situación general de los derechos humanos en un país o para investigar una situación particular.
- 1965/1966. La CIDH es autorizada expresamente a recibir y procesar denuncias o peticiones sobre casos individuales en los cuales se alegaban violaciones a los derechos humanos, por lo que se modifica su Estatuto.
- 1967. La OEA adopta el texto del llamado “Protocolo de Buenos Aires”, mediante el cual se modifica la Carta de la Organización y se reconoce a la CIDH como “órgano principal de la OEA”, cuyo propósito es promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la OEA en la materia.
- 1969. La OEA adopta el texto de la CADH, conocida como el Pacto de San José. La Convención crea la Corte IDH, reestructura la CIDH, y define las atribuciones y procedimientos de ambos órganos de protección.
- 1978. La CADH entra en vigencia.
- 1979. La Corte IDH entra en funciones.
- 1985. La OEA adopta el texto de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, que entró en vigor en 1987.
- 1988. La OEA adopta el texto del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), que entró en vigor en 1999.
- 1990. La OEA adopta el texto del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, que entró en vigor en 1991.

-
- 1994. La OEA adopta el texto de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), que entró en vigor en 1995.
 - 1994. La OEA adopta el texto de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que entró en vigor en 1996.
 - 1999. La OEA adopta el texto de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad, que entró en vigor en 2001.
 - 2000. La OEA adopta la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión.
 - 2001. La OEA adopta la Carta Democrática Interamericana.
 - 2008. La OEA adopta los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.

El sedicente “fortalecimiento” del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y sus dobles estándares frente a las obligaciones internacionales de los Estados americanos

*Pedro Nikken**

Introducción

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), como toda la protección internacional de los derechos humanos, se ha venido construyendo de manera progresiva, a veces incluso aluvionalmente, desde la década de los 40 del siglo XX hasta nuestros días.

Su parte sustantiva, es decir, los derechos protegidos, tuvo su primera expresión en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada junto con la Carta de la OEA en la IX Conferencia Internacional Americana (Bogotá, abril-mayo de 1948). Se ha venido enriqueciendo y precisando a través de varias importantes convenciones internacionales, como lo son la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH o Convención Americana), “Pacto de San José” (San José, 1969, 24 Estados parte¹); la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Cartagena de Indias, 1985, 19 Estados parte); el Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador” (San Salvador, 1988, 15 Estados parte); el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (Asunción, 1990, 11 Estados parte); Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará” (Belém do Pará),

* Venezolano. Abogado (Universidad Católica Andrés Bello), tiene un diplomado de Estudios Superiores (Universidad de París II) y es doctor en Derecho (Universidad de Carabobo). Presidente de la Comisión Internacional de Juristas, con sede en Ginebra. Miembro del Consejo Directivo y de la Asamblea General del IIDH desde su fundación; actualmente es su Consejero Permanente. Fue juez y presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹ Venezuela depositó el instrumento de denuncia a la CADH el 10 de septiembre de 2012, pero la denuncia sólo produciría efectos un año más tarde.

1994, 30 Estados parte); Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Belém do Pará, 1994, 14 Estados parte), y la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (Ciudad de Guatemala, 1999, 18 Estados parte). En general, con pocas excepciones respecto de algunos de esos tratados, los países latinoamericanos los han ratificado todos; los del CARICOM (Comunidad del Caribe) sólo han ratificado en su totalidad la Convención de Belém do Pará; algunos de ellos, la CADH (Barbados, Dominica, Grenada, Jamaica y Surinam; Trinidad y Tobago ratificó la Convención pero la denunció en 1999), y están ausentes en las demás. Canadá y los Estados Unidos, por su parte, no han ratificado ninguna de las convenciones del SIDH.

Los órganos de protección del SIDH son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH o Comisión) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o Corte). La primera fue creada en 1959 mediante una resolución de la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores (Santiago, Chile); su primer Estatuto fue aprobado en 1960 y reformado por la II Conferencia Interamericana Extraordinaria (Río, 1965), donde se ampliaron los poderes de la Comisión para autorizarla expresamente a dar trámite a denuncias o peticiones individuales relativas a la violación de ciertos artículos de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana). La III Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) aprobó el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización, que incluyó a la CIDH entre los órganos permanentes de ésta y que previó la necesidad de adoptar una convención regional especial en materia de derechos humanos (arts. 112 y 150). La CADH, por su parte, incluyó a la CIDH como uno de los órganos competentes para conocer los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados parte en la Convención Americana y, en general, todos los tratados que componen el SIDH asignan funciones a la Comisión². Su Estatuto vigente data de

² La única excepción aparente es la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, que creó un Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

1979, con una enmienda en 1991. La Comisión, por lo tanto, es al mismo tiempo un órgano de la OEA, establecido por su Carta, y un órgano del sistema convencional interamericano de derechos humanos, establecido en la CADH y con funciones atribuidas no sólo en ésta sino, en general, en todos los tratados interamericanos sobre la materia.

En cuanto a la Corte, se trata de un tribunal internacional establecido por la Convención Americana, cuya función principal es resolver casos relativos a la violación de ésta y emitir opiniones consultivas sobre la interpretación de la misma CADH y de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos³. La Corte también tiene atribuidas funciones en varias de las convenciones interamericanas relativas a la materia, aunque de manera más limitada que la Comisión. Su Estatuto data de 1979.

El SIDH se ha construido, pues, progresivamente. En 1948 fue adoptada la Declaración Americana, pero no fue sino una década más tarde, en 1959, cuando se creó la CIDH, como único órgano de verificación de derechos humanos, creación que quedó consolidada con su incorporación a la Carta de la OEA, como uno de sus órganos permanentes, en 1967. Esos instrumentos, junto con el Estatuto de la CIDH, conforman el sistema básico que obliga a todos los miembros de la OEA, cuyo marco jurídico son la Carta de ésta y la Declaración Americana y que tiene a la CIDH como único órgano de protección y promoción. Con la adopción (1969) y entrada en vigencia (1978) de la Convención Americana, se comenzó la construcción del “segundo piso” del SIDH, fundado sobre la CADH, que obliga solamente a los Estados parte en ese tratado y que tiene como órganos de protección a la misma CIDH y a la Corte IDH. La Comisión, por consiguiente, es un órgano común, que cumple funciones con respecto a los Estados parte en la Convención, supervisando el cumplimiento de ésta, así como con respecto a los Estados miembros de la OEA que no son parte en la Convención, pero que sí están sujetos a la Carta de la OEA y a la Declaración Americana.

³ Sobre el alcance de esta expresión, véase Corte IDH, “*Otros tratados*” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC 1/82 del 24 de septiembre de 1982, Serie A No. 1.

Buena parte del SIDH se construyó en un Hemisferio donde prevalecían gobiernos militares, responsables de gravísimas violaciones de los derechos humanos y que solían criticar acerbamente las actuaciones de la CIDH. Con el advenimiento de la actual era democrática en América Latina, el SIDH podía esperar un escenario más amigable. En términos generales, durante los últimos veinte años, la Comisión y la Corte han tenido el respaldo formal de los gobiernos de origen legítimo, el cual no se ha traducido, empero, en el respaldo material necesario para que esos órganos puedan cumplir con sus mandatos con la dedicación y la profundidad que cabría esperar de un continente comprometido con la democracia y los derechos humanos. Peor aún, en la década de los noventa se emprendió por primera vez un movimiento para el supuesto “fortalecimiento” del SIDH, que en realidad era una maniobra encubierta para debilitarlo y desmantelarlo, por iniciativa del entonces gobierno peruano de Alberto Fujimori, cuyas violaciones a los derechos humanos fueron puestas al descubierto y condenadas por la CIDH y la Corte IDH. Superado ese delicado episodio, se reedita, de nuevo con el paradójico recurso al verbo “fortalecer”, una iniciativa para modificar el SIDH a la medida de las incomodidades expresadas por varios gobiernos por determinadas actuaciones de la CIDH y, aunque aún en menor medida, de la Corte.

Esas iniciativas en curso son el objeto de esta presentación, cuyo propósito es poner al descubierto cómo las reformas en debate actualmente son, a más de un respecto, incompatibles con principios básicos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, adicionalmente, violatorias ellas mismas de derechos humanos reconocidos y protegidos por el SIDH. Tal como se han venido planteando, las reformas que se están considerando para el “fortalecimiento” del Sistema Interamericano de Derechos Humanos atentan en más de un sentido contra la gran conquista liberadora que se expresa en la protección internacional de los derechos humanos. No se trata de un proyecto cuyo objeto sea el de dotar con más poderosos (o más fuertes) medios para la protección de la persona humana, que es la gran ausente de los borradores que se discuten en la OEA. Por el contrario, lo que se trata en verdad de fortalecer en el proceso actual es la capacidad de los Estados americanos para escapar a la protección de los derechos humanos impartida por la Comisión y la Corte.

En un sentido, por el origen de esta iniciativa, por las metas que se ha trazado y por el procedimiento a través del cual se ha venido discutiendo y se proyecta aprobar, lejos de ser una reforma por y para el ser humano, es una reforma concebida por los Estados y para los Estados, tema al que se referirá la primera parte de esta disertación (I). En otro sentido, es una reforma que ignora a las víctimas de violaciones de los derechos humanos y, peor aún, recorta y conculca derechos que les son reconocidos por la estructura actual del SIDH, de modo que también puede afirmarse que se pretende imponer, dentro de una atmósfera fuertemente politizada, una reforma *contra homine*, que es un sin sentido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y que será analizada en la segunda parte de esta presentación (II).

I. Una reforma por los Estados y para los Estados

Parapetado tras el sugestivo verbo “fortalecer” se pretende esconder el propósito de un grupo de gobiernos que, paradójicamente, tampoco se oculta demasiado: “meter en cintura” a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El origen de las actuales propuestas de reforma del SIDH y de las decisiones de los órganos políticos de la OEA en esa dirección radica en las reacciones de algunos gobiernos contra decisiones adoptadas por la CIDH, en el legítimo ejercicio de sus funciones. Aunque, como se verá y es sabido, los ataques a la CIDH vienen de varios años atrás, no fue sino hasta mediados de 2011 cuando se conformó una masa crítica de gobiernos dispuestos a imponer una reforma que respondiera a sus críticas a la CIDH. Como quiera que sea, las reformas que actualmente se debaten han sido una iniciativa exclusiva de los Estados, que se ha traducido en varias decisiones de la Asamblea General y el Consejo Permanente (CP), apoyadas por el Secretario General de la OEA. Contrariamente a lo que ha ocurrido en la Organización en anteriores debates sobre el SIDH, la participación de la CIDH y de la Corte IDH, así como la de la sociedad civil organizada, ha sido progresivamente limitada. En ese sentido, se trata de una reforma inspirada y propulsada por los Estados (1). Por otro lado, el contenido de las propuestas responde de manera exclusiva, o casi exclusiva, a las críticas a la Comisión y al SIDH mismo, de los gobiernos que las inspiran, e ignora los problemas de derechos humanos más acuciantes

en la Región. Las propuestas en causa se restringen en lo esencial a temas procesales y a la limitación de la capacidad de la CIDH para ejercer sus funciones, en procura de una posición más cómoda de los Estados para hacer frente a las denuncias de violaciones a los derechos humanos ocurridas dentro de su jurisdicción. Por esa razón, puede también afirmarse que se trata de reformas concebidas para los Estados (2). Sin embargo, el punto quizás más grave de la amenaza que pesa actualmente sobre el SIDH es el no oculto propósito de algunos de los gobiernos que impulsan su así llamado “fortalecimiento”, de imponer esas reformas unilateralmente con una simple mayoría de votos dentro de la OEA, mediante una reforma al Estatuto de la CIDH, en flagrante contravención al artículo 39 de la Convención Americana y de otras obligaciones internacionales de los Estados americanos, en lo que sería un golpe de fuerza contra la legalidad interamericana y su sistema de derechos humanos. Cabe entonces preguntarse si estamos también en presencia de una reforma que infringe el Derecho Internacional (3).

1. Una reforma por los Estados

Desde hace varios años, el gobierno venezolano ha venido formulando graves acusaciones contra la Comisión y contra su entonces Secretario Ejecutivo, Santiago Cantón, con todo tipo de señalamientos y epítetos, considerándola un instrumento de los Estados Unidos contra la Revolución Bolivariana e imputándole haberse asociado al fallido golpe de Estado contra el presidente Chávez en abril de 2002⁴. Esa posición crítica contra la Comisión y, en verdad, contra el SIDH como tal, fue

⁴ La acusación del gobierno venezolano se fundamenta en una nota dirigida por el Sr. Cantón, en nombre de la CIDH, al Canciller designado por el breve Presidente de facto, Dr. Pedro Carmona Estanga, pidiendo seguridades para la vida e integridad del presidente depuesto (no menos brevemente). El gobierno ha considerado que la utilización de las fórmulas diplomáticas de estilo en esa correspondencia y la omisión del título de Hugo Chávez Frías como legítimo Presidente constitucional, constituyeron un endoso al golpe de Estado. No obstante, estos reclamos no surgieron inmediatamente después de aquellos hechos, pues no fueron ni tan siquiera mencionados durante la visita que realizó la CIDH a Caracas en mayo de 2002, a un mes de aquellos eventos. Más aún, según el testimonios que este autor ha recibido del Sr. Juan Méndez, entonces Presidente de la CIDH, el presidente Chávez agradeció explícitamente a la Comisión esas gestiones en defensa de su vida e integridad.

acompañada por los países agrupados en el ALBA⁵, que son los más cercanos aliados del gobierno venezolano. Esas críticas, sin embargo, por sí solas no bastaban para desencadenar una reforma destinada a imponer fórmulas de los Estados para limitar la capacidad de acción de la CIDH y el vigor del SIDH, más allá del descalabro para éste que significaría que el gobierno de Venezuela hiciera efectivo su anuncio (o su amenaza), expresado varias veces bajo distintas y a veces confusas formulaciones, de retirarse del SIDH⁶. Tampoco vulnera al SIDH el anuncio de que podrían constituirse otros sistemas de protección de los derechos humanos al abrigo de otras organizaciones internacionales, como la UNASUR o la incipiente CELAC, pues si tales iniciativas, de dudosa utilidad, prosperaran, ellas no derogarían los tratados que comentan el SIDH sino que agregarían un nuevo sistema a los ya existentes a nivel regional y universal.

Desde el punto de vista político, la situación cambió con ocasión de la adopción por la CIDH de medidas cautelares para la protección de las comunidades indígenas de la Cuenca del Río Xingu en Brasil, el 1 de abril de 2011⁷. Estas medidas incluyeron la solicitud al gobierno brasileño de “suspender inmediatamente el proceso de licencia del proyecto de la Planta Hidroeléctrica Belo Monte e impedir la realización de cualquier obra material de ejecución”, hasta tanto no se cumpliera un conjunto de condiciones relativas a la consulta con las comunidades indígenas afectadas, la completa información a las mismas sobre el impacto ambiental y la protección a su vida e integridad personal. El gobierno de Brasil reaccionó airada y, en mi opinión, desproporcionadamente a esta solicitud de medidas cautelares, pues retiró a su Embajador ante la

⁵ Siglas de la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América, integrada para esta fecha por Venezuela, Cuba, Nicaragua, Bolivia, Ecuador, Dominica, San Vicente y Las Granadinas, y Antigua y Barbuda.

⁶ Antes de denunciar la CADH en septiembre de 2012, el gobierno venezolano anunció su propósito de “retirarse de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, sin explicar qué significaba semejante determinación. Venezuela no ha manifestado de manera expresa su intención de retirarse de la OEA, pero esa es la única vía para “retirarse de la CIDH”, toda vez que ésta es un órgano de la OEA según la Carta de la Organización y no solamente un órgano de la CADH.

⁷ CIDH, MC 382/10 – Comunidades Indígenas de la Cuenca del Río Xingu, Pará, Brasil.

OEA, desistió de su candidato a integrar la CIDH y suspendió el pago de su cuota anual a la Organización. A partir de ese momento, Brasil alineó su posición con la de los países más duros contra la CIDH, en un viraje con respecto a su tradicional posición de respeto por las normas y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, más allá del acuerdo o desacuerdo que pudiera tener con respecto a determinadas decisiones de la Comisión o de la Corte. Como varios países extraños al ALBA también tenían quejas sobre ciertas medidas cautelares de la CIDH, la posición de Brasil, aunada a su peso e influencia en la Región, fue un catalizador para ampliar el frente de los Estados contra la CIDH en particular, y el SIDH, en general.

Con ocasión de la presentación del Informe de la CIDH durante el Cuadragésimo Primer Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA (San Salvador, 5-7 de junio de 2011), el Presidente de ésta, Canciller Hugo Martínez, de El Salvador, formuló una declaración oficial, en cuyos términos sugirió encomendar “al Consejo Permanente que profundice el proceso de reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos y su Estatuto, con miras a lograr el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”⁸ (énfasis agregado).

Con esos antecedentes y esa crítica atmósfera por parte de un grupo relevante de Estados frente a la CIDH y el SIDH, el 29 de junio de 2011 el CP decidió crear el Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el Funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Grupo de Trabajo), que presentó su informe el 13 de diciembre de 2011, el cual fue aprobado por el CP el 25 de enero de 2012 y acogido por la Asamblea General el 5 de junio de 2012.

No me detendré ahora sobre el contenido del informe del Grupo de Trabajo, al que me referiré más adelante. Por ahora me limito a subrayar que el Grupo de Trabajo se limitó a emitir recomendaciones (no vinculantes), la mayor parte de las cuales (53) estuvieron dirigidas a la CIDH, pero también incluyeron 14 destinadas al CP y una al

⁸ OEA/Ser.P AG/INF. 478/11, 29 de junio 2011.

Secretario General. Por lo tanto, a pesar de que se trató de un Grupo de Trabajo constituido en una atmósfera de enfrentamiento de varios gobiernos con la Comisión, su Informe fue formalmente respetuoso de la autonomía e independencia de ésta. Así lo destacó el Presidente de la CIDH, al manifestar la complacencia de ésta “de escuchar que los Estados Miembros subrayaron que la independencia y autonomía de la Comisión son piedras angulares del Sistema Interamericano, y que cada una y todas las recomendaciones emitidas por el Grupo de Trabajo Especial deben ser leídas de forma que sea consistente con esa independencia y autonomía”. En esa atmósfera, la CIDH fijó su posición con respecto a las recomendaciones del Grupo de Trabajo, de manera comprensiva y constructiva.

Ese antecedente inmediato pareció presagiar que el rumbo del debate, a pesar del origen del mismo, podría conducir a una recomposición en positivo de las relaciones entre los Estados miembros de la OEA y su Sistema de Derechos Humanos. Sin embargo, la Asamblea General, en su Cuadragésimo Segundo Período de Sesiones en Cochabamba (3-5 de junio de 2012), fue un nuevo punto de inflexión contra la autonomía de la CIDH y la integridad del SIDH.

Esa Asamblea General tuvo como característica inicial la presencia inusitada⁹, como invitado y orador especial, del Presidente de Ecuador, Rafael Correa, quien pronunció una encendida pieza oratoria, a todas luces como portavoz de los gobiernos que atacan con mayor vigor a la Comisión y al SIDH, y de su reforma para controlarlo o, por lo menos, recortar sustantivamente sus facultades actuales. A más de criticar duramente lo que considera una excesiva e indebida influencia de los Estados Unidos (el imperialismo norteamericano) dentro de la organización, se pronunció vigorosamente contra el SIDH, en particular contra la Comisión, a la que consideró un engranaje más de los Estados Unidos para atacar a los gobiernos democráticos de Sudamérica.

Dedicó buena parte de su discurso a criticar a la sociedad civil organizada, bajo el mote despectivo de “oenegecismo”, que definió como

⁹ Inusitada, porque a las asambleas generales ordinarias el único Jefe de Estado que suele asistir es el del país sede, que en el caso era Bolivia.

organismos influenciados por países hegemónicos y el gran capital, empezando por los “monopolios de la comunicación”. Según Correa, por otra parte, la CIDH tuvo un valor histórico en la lucha contra las dictaduras militares de Latinoamérica, pero ahora que estos países, según dijo, “están gobernados por demócratas”, se los trata “peor que a los regímenes dictatoriales”¹⁰.

Al referirse a las negociaciones que estarían emprendiéndose en el CP con los miembros de la CIDH sobre el fortalecimiento del SIDH, el presidente Correa expresó que en la Asamblea General “no tenemos que negociar nada con ninguna burocracia. Este es el máximo organismo de la Organización de Estados Americanos. **Esta Asamblea decide y da mandatos** a las diferentes instancias del Sistema Interamericano” (énfasis agregado). Agregó que el SIDH es un espacio “donde no han estado presentes los Estados, tan sólo como acusados, no como **controladores** ni como hacedores de política”¹¹ (énfasis agregado). Puso así de manifiesto la voluntad de su gobierno y la de sus aliados de imponer su control sobre el SIDH.

El 5 de junio la Asamblea General aprobó la Resolución AG/RES. 2761 (XLII-O/12) que recogió tres cosas que Ecuador había solicitado: 1) la Resolución indica que la Asamblea General “acoge” las recomendaciones del Grupo de Trabajo sobre el funcionamiento de la CIDH; 2) asigna al CP la obligación de formular propuestas para la “aplicación” de estas recomendaciones, y 3) establece que en el plazo de seis meses, “o a más tardar en el primer trimestre de 2013”, las propuestas del CP se pondrán a consideración de una Asamblea General Extraordinaria.

Mediante la resolución aprobada, los Estados decidieron que no será la CIDH quien debe estudiar las recomendaciones formuladas por el Grupo de Trabajo, sino que el CP (integrado por las delegaciones

¹⁰ Véase, <<http://www.eluniverso.com/2012/06/04/1/1355/rafael-critica-cidh-prensa-ons.html>>, El Universo, Guayaquil, 4 de junio de 2012; <<http://www.laprensa.com.ni/2012/06/04/planeta/103809>>, La Prensa, Managua, 4 de junio de 2012.

¹¹ Intervención del presidente Rafael Correa en la OEA, Cochabamba, Bolivia. Transcripción disponible en: <<http://www.youtube.com/watch?v=n0LUAAX6-U>>.

diplomáticas de los 34 Estados miembros de la OEA, en Washington) deberá hacer las propuestas para lograr la implementación efectiva de dichas recomendaciones. Estas propuestas serán aprobadas en una Asamblea General Extraordinaria en el plazo de seis meses o a más tardar en el primer trimestre de 2013, por los ministros de relaciones exteriores de los mismos 34 Estados miembros de la OEA, o sus representantes. Esto significa que los Estados, por primera vez desde que la CIDH fue creada en 1959, se proponen reformar el sistema regional de derechos humanos al margen de la misma Comisión. Teniendo presente que se trata de un sistema establecido para velar por el cumplimiento de las obligaciones de los mismos Estados frente a las personas humanas sometidas a su jurisdicción, esta suerte de reivindicación de poder discrecional de los Estados en el ámbito de los derechos humanos, es un contrasentido con respecto al concepto mismo de la protección internacional de esos derechos, que envuelve un conflicto de intereses en perjuicio de los sujetos protegidos frente a eventuales abusos de poder. Los Estados, que son los entes sujetos a vigilancia por el SIDH, se proponen imponer un cambio a su medida en las reglas de la vigilancia. Esto constituye, de por sí, un retroceso conceptual en los valores democráticos, con el riesgo de comportar también un retroceso sobre la calidad y alcance de la protección que los derechos humanos merecen. No se trata sólo de una reforma adelantada por los Estados, sino que es también una reforma *contra homine*, que violenta conceptos bien establecidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El origen de las reformas que se pretenden imponer no es, tengámoslo claro, una preocupación genuina para fortalecer el SIDH en el sentido que mejor convenga a la persona humana. Surge de la decisión de los gobiernos americanos de confrontar a un sistema de derechos humanos que les resulta incómodo. Se sienten maltratados por órganos internacionales de derechos humanos, a los que reclaman no comprender que la democracia ya se estableció en América Latina y medir a sus gobiernos con la misma vara con la que se midió a las dictaduras militares del pasado.

Semejante punto de partida es un grave error, en más de un sentido. Primero, porque traer a primer plano los intereses políticos de los

gobiernos y sus quejas contra decisiones que consideran erradas de la Comisión o de la Corte, como hecho desencadenante de reformas para recortar los poderes de los señalados órganos de protección, significa ignorar al ser humano como destinatario esencial de la internacionalización de los derechos humanos, cuyo origen y fundamento no está en la soberanía del Estado sino en la dignidad inherente a la persona humana.

En segundo lugar, la efectividad de la protección internacional de los derechos humanos descansa en la cooperación de los Estados a través de los diversos sistemas internacionales, regionales y universal. La confrontación entre los Estados y esos sistemas, particularmente cuando se trata de anotar a las instituciones internacionales de protección, es una contradicción ontológica, que tiende a dismantlar la protección internacional y a dejar sin efecto la obligación de todos los Estados, según el Derecho Internacional contemporáneo, de cooperar para hacer efectivo el goce de todo los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos los seres humanos.

Por último, la confrontación entre la CIDH (y, en su caso, la Corte) y los Estados cuyos gobiernos son de origen legítimo, representa un falso dilema. Lo esencial en materia de derechos humanos viene dado por las víctimas y sus derechos y no por la forma del gobierno que los viola. Cuando se infringe la garantía debida a los derechos humanos, es irrelevante si el agente de la infracción es de origen legítimo o ilegítimo. Para quien sufre una ejecución sumaria, padece de lesiones a su integridad por la tortura u otros tratos inhumanos, está sometido a detención arbitraria o a censura previa cuando se quiere expresar, no tiene importancia si el sufrimiento que se le inflige y el daño que se le causa se origina en un gobierno elegido por el pueblo o en una dictadura militar.

El SIDH, al igual que cualquier otro sistema internacional de derechos humanos, no protege a la democracia ni a los gobiernos electos (ni a los órganos de protección internacional de los derechos humanos). Un gobierno electo, por democrático que sea, no puede pretender para sí impunidad de jurisdicción frente a las violaciones a sus obligaciones

internacionales en materia de derechos humanos. Si hubiera lugar para establecer una distinción de trato con respecto a esas violaciones entre gobiernos dictatoriales ilegítimos y gobiernos democráticos legítimos, lo coherente sería imponer un más alto umbral de exigibilidad a estos últimos y nunca lo contrario. La legitimidad democrática del gobierno no puede ser una circunstancia atenuante para un gobierno que viola los derechos humanos; por el contrario, debería ser más bien una agravante por la deslealtad de ese gobierno a los valores que conforman esa misma legitimidad de origen.

Pretender un doble estándar en esta materia, para tratar con suavidad las violaciones de los derechos humanos imputables a Estados organizados democráticamente es incompatible con la protección internacional, en general y, en particular, con el objeto y fin del SIDH y el de los tratados que lo sustentan, que no es otro que la protección de los derechos inherentes a la persona humana. La democracia, es cierto, es un requisito sin el cual la garantía plena de los derechos humanos no es posible, pero por sí sola no basta para que esa garantía plena exista y no se cometan abusos y violaciones de los derechos humanos. Semejante distinción conduciría inexorablemente a la politización del sistema, pues obligaría a sus órganos a formarse un juicio político sobre la legitimidad de los gobiernos y no sobre los hechos que pueden comprometer la responsabilidad del Estado por la violación de sus obligaciones internacionales sobre derechos humanos.

La internacionalización de los derechos humanos es una conquista histórica de la humanidad frente a los Estados, que no admite revanchas de los Estados contra la humanidad y que no se disminuye por la conducta errática de gobiernos que pretendan desconocerla. Como si se tratara de desconocer la existencia de la atmósfera a través del expediente insensato de no respirar. La asfixia o la rectificación no tardarán en llegar.

Esas observaciones reaparecen cuando se consideran los temas que constituyen la agenda del debate.

2. Una reforma para los Estados

El Informe presentado por el Grupo de Trabajo el 13 de diciembre de 2011¹² contiene el temario de los puntos que los Estados han considerado susceptibles de reformas para “fortalecer” el SIDH. Algunos de esos temas serán objeto de comentarios específicos en la segunda parte de esta disertación. Por el momento, me limitaré a una visión de conjunto de ese temario.

Lo primero que llama la atención de esta agenda, supuestamente encaminada a fortalecer el sistema regional de derechos humanos, es que no haya una mención siquiera de la expresión “protección de la persona humana”. No se aborda tampoco ningún tema sustantivo actual de derechos humanos en el Hemisferio, como la pobreza, la inseguridad, las migraciones, la violencia contra la mujer o la situación de las cárceles, por no citar sino algunos ejemplos notorios, entre los cuales hay varios sobre los que el SIDH no ha hecho ni dicho aún todo lo que la gravedad de los problemas amerita.

Los pocos temas sustantivos que se abordan, como la protección de los derechos económicos, sociales y culturales o la cuestión de la “universalidad” del Sistema, aparecen sesgados por un doble estándar, como se verá luego, y no ocultan el propósito de hacer aparecer dos visiones contrapuestas de los derechos humanos, una de las cuales tendría por inspirador a los Estados Unidos (y Canadá) y la otra a ciertos gobiernos nucleados en torno del ALBA. El esfuerzo cumplido dentro del Grupo de Trabajo para escapar a esta propuesta polarizada no ha podido evitar, tal vez por el origen del debate actual, que esa contraposición aparezca subyacente a varios de los temas de la agenda. Se trata, sin embargo, de temas fundamentalmente políticos que están referidos al mayor protagonismo al que aspiran algunos gobiernos en este debate, pero ninguna de ellas, por sí misma, ofrece una amenaza real para la integridad del SIDH ni disminuye los derechos de las víctimas que buscan protección a través del mismo.

Otras materias están referidas a asuntos de carácter administrativo que demandan a la CIDH desplegar actividades a las cuales ahora dedica

¹² OEA/Ser.G GT/SIDH-13/11 rev. 2, 13 diciembre 2011.

pocos o ningún recurso, como lo son la promoción de los derechos humanos, la búsqueda de soluciones amistosas o la exigencia de que su Presidente preste sus servicios a tiempo completo. Estas exigencias sí que podrían conducir al fortalecimiento del SIDH, pues permitirían a la Comisión desplegar su acción en los diferentes ámbitos que la CADH y su Estatuto contemplan, pero cuya puesta en práctica depende de que los Estados, por medio de los órganos competentes de la OEA, provean a la CIDH de un presupuesto a la medida de esas exigencias, lo cual no ha ocurrido nunca, ni hay razón o garantía alguna de que las promesas que cada año se formulan en este sentido, esta vez serán cumplidas. Lo que no puede pretenderse es que la CIDH extienda su radio de acción material si se le niegan los recursos para así hacerlo.

El resto de los temas en debate está referido en su totalidad a cuestiones procesales u organizativas orientadas a recortar los poderes de la CIDH frente a los Estados en temas como la admisión de las peticiones y su trámite, los plazos para los Estados, las medidas cautelares de la CIDH, o la organización de las Relatorías de la Comisión o de su Informe Anual a la Asamblea General de la OEA. Se trata de discutir preferentemente sobre el mandato y funcionamiento de la Comisión, más que del Sistema Interamericano como un todo integral.

Bajo el falaz estandarte del “fortalecimiento” de un sistema de protección internacional de los derechos humanos no se aborda tema alguno del interés de las víctimas de las violaciones de éstos, ni se hace mención a la protección de la persona humana; en cambio, se ha elaborado un prolijo listado de temas que parecen más bien responder a la demanda de inmunizar a los gobiernos frente a la CIDH cuando ésta ejerce su función protectora de esas víctimas. No puede ser más engañoso presentar este proceso como el de fortalecimiento del SIDH, cuando está más bien orientado a debilitar a sus órganos, si no a privarlo de toda utilidad real o incluso a desmantelarlo mediante la aniquilación de su independencia.

Sin embargo, debe reconocerse que el Grupo de Trabajo hizo un aporte positivo al presentar sus conclusiones como un insumo para el debate, bajo el concepto de recomendaciones a la CIDH, a los Estados y al Secretario General. Ese temario, de ser abordado de buena fe y

con espíritu de diálogo constructivo entre los Estados, la CIDH y la Corte, y la sociedad civil organizada, podría conducir a resultados satisfactorios que, atendiendo las observaciones de los Estados sobre el funcionamiento del Sistema, no disminuyeran e incluso fortalecieran los derechos de las y los usuarios. Pero ese diálogo será difícil de establecer una vez que el mismo temario ha sido desvirtuado en su concepto por obra de lo decidido en Cochabamba. A la luz de la Resolución AG/RES. 2761 (XLII-O/12), el debate se plantea con una dimensión distinta y virtualmente intrusiva en asuntos que son materia de la independencia y autonomía de la CIDH, pues la discusión se transformó en una agenda para el CP y para una Asamblea General Extraordinaria donde, en lugar de recomendaciones, los Estados parecen proponerse imponer su visión de SIDH, según su mejor parecer y conveniencia. De acuerdo al camino que se adopte para tal despropósito, semejante imposición encierra virtualmente violaciones graves a la Convención Americana y al Derecho Internacional en general.

3. ¿Una reforma ilegal?

El fundamento normativo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, como antes se expresó, es producto de su evolución histórica y ofrece cierta complejidad. En el caso de la CIDH, luego de su creación en 1959 y antes de su incorporación a la Carta de la OEA en 1967 y a la Convención Americana, con la entrada en vigencia de ésta en 1978, su existencia, su composición, su estructura y sus funciones no figuraban en ninguna convención internacional, de modo que dependieron únicamente de su Estatuto, cuya primera versión data de 1960. Con la entrada en vigor de la CADH, fue necesario enmendar de inmediato aquel texto, no sólo para adaptarlo al nuevo tratado, sino para organizar la competencia dual de la CIDH, destinada a ejercerse con respecto a los Estados parte en la Convención sobre la base de sus disposiciones y, con respecto a los demás Estados, con base en la Carta de la OEA y la Declaración Americana.

A la luz del debate actual, conviene recordar lo que ocurrió cuando fue aprobado el primer Estatuto de la Comisión. El primer Estatuto de la CIDH fue sancionado por el Consejo el 25 de mayo y el 8 de junio

de 1960. El proyecto sometido a debate entonces¹³ contemplaba dos alternativas para dotar de competencia a la CIDH para el examen de las denuncias, peticiones o comunicaciones que le fueran dirigidas¹⁴, ninguna de las cuales alcanzó la mayoría requerida¹⁵, de tal suerte que el Estatuto que en definitiva fue sancionado no facultó a la Comisión para atender tales denuncias, peticiones o comunicaciones, y redujo sus funciones básicamente a la esfera de la promoción de los derechos humanos.

Sin embargo, desde su primer período de sesiones¹⁶ la Comisión recibió numerosas comunicaciones individuales, frente a las cuales debía tomar una decisión. Una opción habría sido la de acogerse a la llamada doctrina de la incapacidad para actuar, que dominó los trabajos de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas por más de quince años. Sin embargo, la CIDH adoptó un rumbo completamente distinto y consideró que debía interpretar el alcance del artículo 9 de su Estatuto para definir la extensión de sus facultades.

En lo que se refiere a las denuncias, comunicaciones o peticiones individuales, la Comisión reconoció, en una resolución adoptada en su primer período de sesiones, que su Estatuto no la facultaba para tomar ninguna decisión respecto de las mismas. Sin embargo, teniendo en cuenta que dichas comunicaciones podían aportar valiosos elementos para conocer la situación de los derechos humanos en los países americanos, la Comisión declaró que consideraría tales

¹³ Cfr. Vasak, K., *La Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme*. LGDJ, París, 1968, pág. 46 y ss.

¹⁴ La Comisión Europea era la única entidad con atribuciones de ese género en aquel tiempo. A diferencia de la Interamericana, había sido creada por un tratado donde se definía su competencia.

¹⁵ Sobre 21 Estados votantes, cuatro votaron por la alternativa 1, consistente en facultar a la CIDH para recibir comunicaciones sobre violaciones a los derechos humanos provenientes de Estados o de particulares (individuos y ONG); otros cuatro votaron en contra y trece se abstuvieron. En cambio, diez Estados votaron por la alternativa 2, que sólo admitía comunicaciones emanadas de individuos y de ONG, mientras que tres votaron en contra y ocho se abstuvieron. Esta última alternativa, pues, no fue aprobada por una diferencia de apenas un voto. Cfr., Vasak, K., *La Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme...* pág. 47.

¹⁶ Véase, Secretaría de la CIDH, *La Organización de los Estados Americanos y los derechos humanos*. Secretaría General de OEA, Washington, D.C., 1972, pág. 38.

comunicaciones “a título informativo, para el más eficaz cumplimiento de sus funciones”¹⁷.

Por otro lado, como el artículo 9.b) del Estatuto le otorgaba competencia para hacer, de estimarlo oportuno, recomendaciones generales a los Estados, la Comisión interpretó que esas recomendaciones podían dirigirse a un Estado en particular y partir de situaciones concretas de violación a los derechos humanos¹⁸.

La Comisión abrió así, en la práctica, el camino para la instauración de un sistema de protección fundado en denuncias o comunicaciones individuales, aunque la proposición de incluir en su Estatuto un procedimiento para tramitarlas no había resultado aprobada. Don Rómulo Gallegos, su primer Presidente, expresó ante al Consejo de la OEA, en la primera oportunidad que tuvo, la inconformidad de la CIDH con sus trucas facultades, así como su propósito de interpretar su Estatuto con un amplio criterio extensivo, que le permitiera avanzar hacia un sistema de quejas individuales:

Lamentable es – cabe mencionarlo – que las personas, sujetos reales de los derechos que se nos ha encomendado proteger, **no hayan sido dotadas de la capacidad requerida para denunciar los atropellos de que hayan sido víctimas**. Abrigo la esperanza de que la Institución que integramos **progresará en éste y otros aspectos hasta coincidir con lo que los pueblos nuestros reclaman y necesitan. El propio Estatuto de la Comisión señala caminos para su perfeccionamiento**. De nosotros, de nuestros tesón y de nuestro valor moral dependerá en mucho el porvenir de esta conquista, aún incipiente, que han puesto en nuestras manos los gobiernos del Hemisferio. **Pues el respeto a la dignidad del hombre, la efectiva defensa de sus fueros debe ser la preocupación fundamental de nuestros propósitos**¹⁹ (énfasis agregado).

¹⁷ *Ibidem*, págs. 37 y 38. Cfr. Vasak, K., *La Commission Interamericaine des Droits de l'Homme...* págs. 52 y 53. Acta de la primera sesión de la CIDH, pág. 12.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Discurso pronunciado por don Rómulo Gallegos, (primer) Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la sesión protocolar celebrada por el Consejo de la OEA el 13 de octubre de 1960, en honor los miembros de la Comisión.

Durante los primeros años de su actividad, la Comisión recibió y tramitó comunicaciones individuales, de conformidad con las previsiones que para ese fin incluyó en su Reglamento dentro de los lineamientos expuestos. Aunque formalmente los fundamentos de esa práctica no contradecían de manera explícita su Estatuto, es evidente que desbordaban sus disposiciones, especialmente si se tienen en cuenta los antecedentes señalados.

En ese tiempo, la Comisión dedicó también un gran esfuerzo para obtener la ampliación de sus facultades. Expresamente manifestó que su misión “no debe limitarse a la simple promoción del respeto a esos derechos, sino que está obligada a velar para que ellos no sean violados”, objetivo que no podía alcanzar con los poderes y funciones que le habían sido atribuidos²⁰.

En esa perspectiva, solicitó insistentemente que se modificara su Estatuto. En su primer período de sesiones preparó un proyecto de enmienda que la habría autorizado expresamente para recibir y tramitar comunicaciones individuales y para solicitar del gobierno involucrado toda la información que juzgara necesaria para el caso, así como para preparar informes sobre las cuestiones examinadas, los cuales podrían contener las recomendaciones que estimase apropiadas y que podrían asimismo ser publicadas si no eran aceptadas en un plazo razonable²¹. Se trataba, en definitiva, de regresar sobre una de las alternativas del proyecto de Estatuto.

La Comisión insistió sobre la enmienda en sus sesiones de 1961 y 1962, aunque paralelamente su Reglamento y su práctica revelaban unas actuaciones que se aproximaban sensiblemente al contenido de las reformas propugnadas. Lo que se buscaba era más bien definir, formalizar y legitimar una actividad que ya había instaurado, yendo más allá de su Estatuto y contando apenas con una interpretación harto

²⁰ El asunto fue expresamente planteado por la Comisión en los términos citados, en el informe que preparó para ser presentado a la XI Conferencia Interamericana, que debió tener lugar en Quito y que nunca se reunió. OEA/Ser. L/V/11.1, Doc. 27. Cfr. Vasak, K., *La Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme...* pág. 52.

²¹ Cfr. Vasak, K., *La Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme...* págs. 54 y 55.

discutible de éste y con el estímulo de la aprobación de algunos Estados y la falta de oposición de otros²². En verdad, el único gobierno que rechazó las actuaciones de la CIDH fue el de Cuba.

La Resolución XXII de la II Conferencia Interamericana Extraordinaria (Río de Janeiro, 1965) finalmente aprobó la enmienda del Estatuto de la Comisión y amplió su competencia. En lo que se refiere a los poderes de la CIDH y a los límites dentro de los cuales éstos podrían ser ejercidos, la Resolución XXII acordó:

2. Solicitar de la Comisión que preste particular atención a su tarea de la observancia de los derechos humanos mencionados en los artículos I, II, III, IV, XVIII, XXV y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

3. Autorizar a la Comisión para que examine las comunicaciones que le sean dirigidas y cualquier información disponible, para que se dirija al gobierno de cualquiera de los Estados americanos, con el fin de obtener las informaciones que considere pertinentes y para que les formule recomendaciones cuando lo estime apropiado, con el fin de hacer más efectiva la observancia de los derechos humanos fundamentales.

Esta resolución contemplaba igualmente que, en el informe que la Comisión debía rendir anualmente al más alto nivel de la OEA, se incluyeran las observaciones que considerara apropiadas sobre tales comunicaciones. Se estipulaba también, expresamente, que el examen de dichas comunicaciones estaba sometido al requisito del agotamiento de los recursos de la jurisdicción interior.

Al remontarnos a estos antecedentes, encontramos que el sistema de casos basado en denuncias, peticiones o comunicaciones individuales no es sólo un derecho de las víctimas protegidas por el SIDH, es también un capítulo sobresaliente de la historia de la CIDH, que dotó al SIDH de una peculiaridad única en su tiempo, como es la de un proceso basado en la iniciativa individual, no sólo de las víctimas, sino de las ONG que estuvieran en condiciones de introducir una denuncia de violación

²² La obstinación de la Comisión en obtener la enmienda del Estatuto ha sido aludida como una posible “prueba de mala conciencia”. Esa apreciación no envuelve una crítica adversa. Cfr. Vasak, K., *La Commission Interaméricaine des Droits de l’Homme...* pág. 53.

de los derechos humanos. Esa práctica inicial de la CIDH, establecida con la aprobación tácita y la participación activa de numerosos Estados, fue más tarde reconocida como jurídicamente obligatoria, al ser incorporada, primero al Estatuto de la CIDH enmendado por la Resolución XXII, y, más tarde, al artículo 44 de la CADH²³.

Viene al caso, además, recordar estas primeras actuaciones para poner de relieve, en primer lugar, que desde el momento mismo de su creación, la Comisión interpretó ampliamente sus facultades, pues, como lo dijo Gallegos, el respeto a la dignidad del hombre era la preocupación fundamental de sus propósitos. Al igual que prácticamente todas las instituciones internacionales de promoción y protección de los derechos humanos, la CIDH interpretó ampliamente y en un sentido *pro homine* el ejercicio de sus atribuciones. Al así hacerlo, la CIDH estableció un criterio apegado al Derecho Internacional de los Derechos Humanos para el cumplimiento de su mandato, atendiendo al objeto y fin de la protección internacional. Los Estados americanos, por su parte, al aceptar y aprobar esa práctica de la CIDH no estaban ejerciendo una opción facultativa o discrecional, sino que encuadraron su conducta en el marco de una obligación más general vigente en el Derecho internacional contemporáneo, que se expresa en los artículos 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas, que, leídos en conjunto expresan, *inter alia*, que todos los Estados están obligados a tomar medidas, conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización (que, en un sentido cabal, incluye a los acuerdos y organismos regionales contemplados en el Capítulo VIII de la misma Carta²⁴), para la realización del respeto

23 Artículo 44. Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte.

24 La relación estrecha entre los órganos regionales de derechos humanos y las Naciones Unidas ha sido puesta de relieve en numerosas ocasiones por esta última Organización. Por ejemplo, en el párrafo 6 de la Resolución A/Res/61/167 de 19 de diciembre de 2006, la Asamblea General de la ONU expresó que: “Acoge con beneplácito el aumento de los intercambios entre las Naciones Unidas y sus órganos creados en virtud de tratados por una parte, y las organizaciones e instituciones regionales, como la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa, el Consejo de Europa, la Liga de los Estados

universal de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos.

En segundo lugar, se pone de relieve que la CIDH, también desde su primera hora, incluyó en su Reglamento el ejercicio de facultades que no le habían sido acordadas, pero que consideró implícitas en su mandato, lo cual también fue aceptado como un hecho normal y pacíficamente por los Estados americanos. Por último, los antecedentes también revelan que fue la CIDH la que tomó la iniciativa de obtener la reforma de su Estatuto, hasta que la consiguió en 1967. Los tres aspectos que señalo están presentes en el debate actual.

En suma, no habiendo entrado en vigor la Convención Americana, el Estatuto dictado por la OEA determinó la organización y la competencia de la CIDH, mientras que el Reglamento dictado por ella misma determinaba el modo como entendía cumplir su misión y descargarse de su mandato.

Actualmente, aunque persiste el Estatuto, cuya relevancia es significativa en lo que se refiere a los Estados miembros de la OEA que no son parte en la CADH, es esta última la que determina los lineamientos básicos de la organización de la CIDH así como su competencia, mientras que el Reglamento que ella ha dictado regula el modo cómo entiende liberarse de su mandato.

Las reformas en debate actualmente abren la interrogante sobre cuáles son los instrumentos legales que deben reformarse para fortalecer el SIDH. He sostenido en el pasado²⁵ y sostengo todavía, que el fortalecimiento del SIDH no requiere grandes enmiendas de textos legales, particularmente de la Convención. Bastaría con que los Estados

Árabes, la Organización Internacional de la Francofonía, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa y otras instituciones regionales, por otra. Igualmente, la Resolución 6/20 del Consejo de Derechos Humanos, de 28 de septiembre de 2007, celebró “los progresos realizados por los gobiernos en el establecimiento de acuerdos regionales y subregionales para la promoción y protección de los derechos humanos así como los logros alcanzados en todas las regiones del mundo”.

²⁵ Nikken, P., “Perfeccionar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos sin reformar la Convención”, en: *La reforma del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. IIDH, San José de Costa Rica, 1998.

hicieran efectivo su compromiso real con ese Sistema, particularmente en lo que se refiere a su financiamiento efectivo y a la vigilancia del cumplimiento de las decisiones de la Comisión y de la Corte, y con algunas reformas reglamentarias de ambos cuerpos, para obtener una mejora sensible en la utilidad del SIDH, tanto para las víctimas como para los Estados mismos.

El camino sugerido en el informe del Grupo de Trabajo, que fue el de hacer recomendaciones a la CIDH, a los Estados y al Secretario General, parecía y parece el más adecuado para obtener resultados positivos sin correr el riesgo de desarticular normativamente el SIDH. Esto, desde luego, implica una muy activa participación de la CIDH, destinataria por lo demás del mayor número de recomendaciones del Grupo de Trabajo, a la que correspondería ser conductora de las reformas, mediante ajustes a su propia reglamentación así como desplegando su acción en campos como el de la gestión de recursos y el avance hacia la universalidad.

Sin embargo, como se ha comentado, este no fue el camino por el que optaron los Estados en Cochabamba. Allí decidieron asumir directamente la conducción de las reformas y aprobarlas con sus votos en una Asamblea General Extraordinaria, en 2013, lo cual significa que, amén de las recomendaciones o comentarios que tenga a bien formular a la CIDH, en el plano de las reformas reglamentarias, esa Asamblea General Extraordinaria tendrá frente a sí la tentación de acometer la enmienda sea la Convención misma, sea el Estatuto de la CIDH. Reitero mi parecer de que este camino no es necesario y que en Cochabamba se cometió un grave error al emprenderlo. Ahora se verá cómo, además de innecesaria, la ruta escogida para las reformas comporta numerosos riesgos e incertidumbres.

Una opción que podrían ejercer los Estados parte en la Convención Americana es la de proceder a su enmienda en los términos del artículo 76 de la misma, en cuyos términos:

1. Cualquier Estado parte directamente y la Comisión o la Corte por conducto del Secretario General, pueden someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, una propuesta de enmienda a esta Convención.

2. Las enmiendas entrarán en vigor para los Estados ratificantes de las mismas en la fecha en que se haya depositado el respectivo instrumento de ratificación **que corresponda al número de los dos tercios de los Estados Partes en esta Convención**. En cuanto al resto de los Estados Partes, entrarán en vigor en la fecha en que depositen sus respectivos instrumentos de ratificación (énfasis agregado).

Esto significa que una enmienda a la Convención es una operación compleja, que requiere de cierto tiempo y mucho debate. La reforma de un tratado de derechos humanos es una materia de gran sensibilidad política y social, de modo que la aprobación parlamentaria de rigor no sería un punto de mero trámite, sino algo que normalmente atraería el interés de la representación popular y sería sometido a escrutinio y juicio crítico. Por idénticas razones, el debate parlamentario estaría acompañado de otro debate en la opinión pública, que podría poner al descubierto el sentido real de las reformas, contra el SIDH, con un alto costo político para los gobiernos que así las propugnaran. Estos son inconvenientes prácticos para los gobiernos confabulados en Cochabamba, que, al parecer, quieren actuar rápido y obtener resultados rápidos. Hay que reconocer, empero, que esos inconvenientes prácticos para los gobiernos son, precisamente, garantías para la integridad de la Convención, que no podría ser modificada sino como resultado de un proceso bien meditado. Precisamente es ese tipo de *fast track* a lo que se opone el procedimiento de enmienda de la Convención. No quiere la Convención que sus enmiendas obedezcan a cuestiones circunstanciales, planteadas de una manera precipitada, sin la debida discusión; ni que obedezcan a una mayoría circunstancial, sino a una mayoría calificada de los Estados parte. Un proceso de enmienda no podría adelantarse en la semi-clandestinidad de los despachos y pasillos de las cancillerías, sino que estaría sometido al control parlamentario implicado en la aprobación del tratado, así como al escrutinio de la opinión pública. Por todas esas razones, nunca ha sido discutida una enmienda a la CADH, hasta donde tengo noticia.

Se ha mencionado entonces, la posibilidad de reformar el Estatuto de la CIDH²⁶. Como se ha visto, el Estatuto fue un cuerpo normativo

²⁶ Así fue expresamente sugerido por el Secretario General Insulza en su Informe del Secretario General sobre las recomendaciones del Grupo de Trabajo de Reflexión

indispensable cuando se creó la Comisión. No había otro modo de hacer efectiva la decisión de los ministros de relaciones exteriores reunidos en Santiago de Chile en 1959, puesto que la resolución entonces aprobada nada incluía sobre la estructura y funciones específicas de la CIDH. Tampoco lo hizo el Protocolo de Buenos Aires de 1967, que incluyó la CIDH como órgano permanente de la OEA. La CADH, en cambio, sí cumplió ese cometido, con creces, pero sus disposiciones en ese sentido sólo resultan aplicables a los Estados parte en el Pacto de San José, de modo que el Estatuto debía determinar cómo se ejercerían las funciones de la CIDH con respecto a los Estados miembros de la OEA que no fueran parte en ese tratado.

El Estatuto se sitúa, por su jerarquía pero, sobre todo, por las materias que debe regular, entre la Carta de la OEA y la Convención Americana, por una parte, y el Reglamento de la CIDH, por la otra. La Carta de la OEA, en su momento, concibió a la CIDH como un órgano con la función principal “de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia” (art. 106). Sin embargo, lo concerniente a la “estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión”, fue remitido por el mismo artículo a una para entonces futura “convención interamericana sobre derechos humanos”. En consecuencia, no obstante haber sido incorporada a la Carta de la OEA en 1967, la estructura, competencia y procedimiento de la CIDH siguieron regulados por su Estatuto y su Reglamento. Ese concepto de la Comisión sigue vigente a plenitud para aquellos Estados miembros de la OEA que no son parte en la CADH.

La Convención, por su lado, define la CIDH como uno de los dos órganos “competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención” (art. 33). La Convención, además, determina la

del Consejo Permanente sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y del Comité Jurídico Interamericano (OEA/Ser.G. CP/doc.4711/12.21, mayo de 2012, pág. 2). Sin embargo, en el debate sobre este tema, el propio Sr. Insulza precisó el alcance de esa sugerencia a la luz del artículo 39 de la Convención, como se verá luego.

competencia de la CIDH y atribuye, en consecuencia, sus funciones como órgano de promoción y protección de los derechos humanos en las Américas. El Reglamento, por su lado, determina los actos y procedimientos a través de los cuales la CIDH cumple con esas sus funciones.

Por otra parte, la Asamblea General de la OEA sólo está facultada para discutir las propuestas de enmienda al Estatuto presentadas por la CIDH, pero no las que surjan unilateral y exclusivamente de un Estado o grupo de Estados. Según el artículo 39 de la Convención, la iniciativa para la reforma del Estatuto es de la competencia exclusiva de la misma CIDH:

La Comisión preparará su Estatuto, lo someterá a la aprobación de la Asamblea General, y dictará su propio Reglamento.

La interpretación de este artículo debe hacerse de conformidad con las reglas de Derecho internacional general contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cuyo artículo 31(1) dispone que un tratado “deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

Interpretado de acuerdo con esa regla, el artículo 39 de la CADH es claro. La iniciativa de preparar el proyecto de Estatuto corresponde exclusivamente a la CIDH. Este requerimiento se extiende necesariamente a las enmiendas al mismo. Aunque el artículo 39 no contiene una mención específica a las enmiendas, su lectura de buena fe no puede arrojar otro resultado, porque ese artículo 39, desde su redacción inicial, siempre se refirió a una enmienda. En efecto, cuando la Convención fue adoptada y cuando entró en vigencia, ya existía un Estatuto de la CIDH, resultante de las resoluciones aprobadas el 25 de mayo y el 8 de junio de 1960, con las modificaciones y enmiendas introducidas por la Resolución XXII de la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria y por el Consejo de la Organización en la sesión celebrada el 24 de abril de 1968. Por consiguiente, el proyecto de Estatuto que debía preparar la Comisión luego de entrar en vigencia la Convención era ya una enmienda a un Estatuto precedente.

En rigor, pues, el artículo 39 de la Convención desde su origen aludía a una enmienda a un Estatuto existente, y es por lo mismo

aplicable con respecto a cualquier nueva enmienda al mismo. El artículo 39 no fue concebido como una disposición transitoria, a pesar de que la Convención dedicó su Capítulo XII a dichas disposiciones, la sección primera del cual estaba referido a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. No se trata, por lo tanto, de una disposición concebida para ser aplicada para el primer Estatuto a ser aprobado luego de entrar en vigencia la Convención, sino de una norma jurídica de aplicación obligatoria a la aprobación del Estatuto de la CIDH por la Asamblea General, cuya violación viciaría de ilegalidad al Estatuto y privaría de validez a su enmienda.

Esta interpretación literal del artículo 39 es la que mejor se adecua al objeto y fin de la Convención Americana, en los términos que pauta el artículo 31(1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Como lo ha dicho la Corte IDH, “en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal”²⁷. Conceptualmente, los derechos humanos imponen limitaciones al ejercicio del poder, entre las cuales están las necesarias para la salvaguarda del régimen de su protección. Este régimen no podría subsistir si estuviera sujeto al arbitrio del poder ordinario del Estado, que es, precisamente, el objeto del control por parte de dicho régimen. Por eso es normal que, tanto en el Derecho interno como en el internacional, el marco jurídico del régimen de protección de los derechos humanos este diseñado para salvaguardarlo de abusos de poder o de la acometida de simples mayorías que, sin otra base que la aritmética, pretendan desvirtuarlo. Se trata de cerrojos institucionales, prolongación de los pesos y contrapesos de Montesquieu, destinados a evitar que, en lenguaje de Ferrajoli, la omnipotencia de la mayoría cobre cuerpo en poderes salvajes que destruyan las garantías propias de la democracia constitucional y, desde luego, de los derechos humanos, así como, en general, los valores de fondo de una sociedad democrática. Se trata de cerrojos rígidos, que se supraordenan al poder político para proteger a las garantías constitucionales e internacionales

²⁷ Corte IDH, *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, opinión consultiva OC-6/86 del 9 de marzo de 1986, Serie A No. 6, párr. 21.

del ejercicio abusivo de ese poder, sin otra base de legitimidad que la fuerza de la mayoría²⁸.

En el Derecho constitucional contemporáneo, estos marcos institucionales son diseñados de manera tal que la mayoría por sí sola no tenga fuerza suficiente para ser la única fuente de legitimidad. Justamente por esta razón, por ejemplo, para que el debate sea más sosegado, en los procesos legislativos la iniciativa es restringida, el procedimiento legislativo esta reglado e incluso en muchos casos, cuando se trata de modificar normas constitucionales o de derechos humanos, se exigen mayorías calificadas y hasta la aprobación por referendo popular. Adicionalmente, el trámite incluye figuras como el veto (o la objeción presidencial) y, finalmente, el control judicial. Cada una de estas garantías se convierte en salvaguardas para evitar que una mayoría simple, sin publicidad, requisitos especiales, ni controles posteriores, pueda destruir garantías fundamentales de una sociedad democrática.

Algo similar ocurre con el procedimiento de elaboración de tratados internacionales y su reforma, tal como ocurre con el antes aludido régimen de reforma previsto por la CADH. Sin embargo, el Estatuto de la CIDH es una norma *sui generis* que tiene una única garantía: reserva la iniciativa a la propia CIDH. Esta garantía es esencial para preservar la integridad del Estatuto y la legitimidad de sus enmiendas. El Estatuto está sujeto a ser debatido públicamente; en su discusión sólo participan los representantes de los gobiernos y no de los otros órganos del Estado; no hay trámites especiales, ni mayorías calificadas y no tiene ningún tipo de control posterior. Ese contexto sería propicio para que una simple mayoría de dieciocho gobiernos, a espaldas de los órganos constitucionales de control y de la opinión pública, pudiera de un plumazo hacer reformas fundamentales e incluso, violando la propia Convención Americana, imponer de hecho una enmienda a la misma sin que jurídicamente existiera una forma evidente de ejercer control frente a semejante despropósito. Por lo tanto, para preservar la integridad del sistema de protección establecido en el Pacto de San José, que es parte esencial de su objeto y fin, el artículo 39 del mismo debe ser interpretado

²⁸ Cf. Ferrajoli, L., *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, prólogo y traducción de P.A. Ibáñez. Mínima Trotta, Madrid, 2011.

rigurosamente conforme a lo que su texto ordena, para preservar la iniciativa exclusiva de la CIDH en todo debate atinente a la enmienda del Estatuto, todo ello en estricta conformidad con el artículo 31.1 de la Convención de Viena.

Los *travaux préparatoires* de la CADH ayudan a sustentar esta interpretación, como lo autoriza el artículo 32 de la misma Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados:

Se podrá 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 [...]

Durante la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos de 1969 en San José, Costa Rica, los Estados designaron un Grupo de Trabajo para redactar el texto de los artículos que establecerían la estructura, competencia y procedimiento de la CIDH²⁹. El texto del (hoy) artículo 39 propuesto por el Grupo de Trabajo fue aprobado por la Conferencia.

Una discusión que tuvo lugar antes de su aprobación recogió las observaciones hechas por el delegado de Costa Rica, quien indicó que “si a la Asamblea General de la Organización le corresponde aprobar el Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, podría ocurrir que la Asamblea introdujera en el mismo disposiciones

²⁹ Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, Actas y Documentos, OEA/Ser.K/XVI/1.2 Doc. 12, 22 de septiembre de 1969. Según el artículo 32 del anteproyecto de Convención sometido a la Conferencia: “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, creada por la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, continuará con la estructura, organización y funciones que le fueron conferidas por el Estatuto aprobado por el Consejo de la Organización de los Estados Americanos, el cual fue reconocido y ampliado por la Resolución XXII de la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, y tendrá, además, las facultades que a continuación se le atribuyen para realizar los fines de esta Convención”. La Comisión consideraba repetitivo reproducir el texto del Estatuto en la Convención; sin embargo, los Estados citaron el artículo 112 del Protocolo de Buenos Aires como base para consagrar la estructura y las funciones de la CIDH en la Convención. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, Acta de la Primera Sesión de la Comisión II, OEA/Ser.K/XVI/1.2 Doc. 39, 11 de noviembre de 1969.

que modificaran de manera sustantiva las funciones y atribuciones de la entidad”. Para evitar esta contingencia propuso introducir el término “administrativo” después de “estatuto”, o si no, introducir la palabra “ratificación”, en vez de “aprobación”, en el propio texto. El delegado de Chile respondió que la redacción estaba inspirada en lenguaje similar contenido en el Protocolo de Buenos Aires con respecto a los estatutos del Comité Jurídico Interamericano y los Consejos³⁰. El delegado de Costa Rica ofreció votar a favor del artículo si se dejaba constancia en el acta, la cual quedó redactada de la manera siguiente:

Que se tenga como una declaración de esta Comisión y eventualmente de la Conferencia, que el estatuto de que habla el Artículo 6 [del proyecto del Grupo de Trabajo] no contendrá, en lo pertinente a estructura y funciones de la Comisión de Derechos Humanos, otras disposiciones que no sean sino las **complementarias**³¹ (énfasis agregado).

El texto final aprobado y vigente del artículo 39 de la Convención Americana, encomendó a la Comisión preparar su Estatuto y someterlo a la aprobación de la Asamblea General. Siguiendo este mandato, la CIDH presentó una reforma al Estatuto vigente. El artículo 18 del nuevo Estatuto mantuvo su redacción anterior (es decir, la redacción propia del Estatuto de 1968), según la cual el Estatuto podía ser modificado por la Asamblea General, lo cual en nada contradice las conclusiones anteriores, pues la aprobación por la Asamblea General debe sujetarse en todo momento a los requisitos que la Convención pauta. En todo caso, una lectura sistemática de los artículos 39 de la Convención y 18 del Estatuto vigente, permite concluir que el Estatuto puede ser modificado por la Asamblea solamente a iniciativa de la propia CIDH, al menos en cuanto corresponde a los Estados parte de la Convención Americana.

³⁰ Según el artículo 77 del Protocolo de Buenos Aires (artículo 79 de la Carta de la OEA), “Cada Consejo redactará su estatuto, lo someterá a la aprobación de la Asamblea General y aprobará su reglamento y los de sus órganos subsidiarios, organismos y comisiones”. Asimismo, el artículo 110 del Protocolo (104 de la Carta) establece, “El Comité Jurídico Interamericano redactará su estatuto, el cual será sometido a la aprobación de la Asamblea General. El Comité adoptará su propio reglamento”.

³¹ Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, Acta Final, OEA/Ser.K/XVI/1.2 Doc. 70 rev. 1, 22 de noviembre de 1969, Resolución II.

En conclusión, interpretado de buena fe y con estricto arreglo a los criterios de interpretación de los tratados, según el Derecho internacional consuetudinario, expresado en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el artículo 39 de la CADH requiere, de manera estricta e inexcusable, que las enmiendas al Estatuto de la CIDH sean presentadas a la Asamblea General de la OEA por la misma Comisión. Toda enmienda que pretendiera aprobarse ignorando ese requisito es violatoria del artículo 39 y por lo tanto, configuraría una infracción al Derecho internacional que obliga a los Estados parte en la Convención Americana y estaría viciada de ilegalidad.

Esta conclusión, en principio, es aplicable solamente con respecto a los Estados parte en la CADH, que son los únicos obligados por el artículo 39. El Estatuto, como se dijo, conserva su relevancia inicial para los miembros de la OEA que no son parte en la Convención, pero no así con relación a quienes sí la han ratificado. Con respecto a los primeros, el Estatuto es el instrumento que define con precisión el mandato de la CIDH, dados los términos generales que contiene la Carta de la OEA en esa materia. Por lo tanto, el mandato de la CIDH con respecto a dichos Estados sí podría ser revisado por la Asamblea General, con el propósito de fortalecerlo, utilizando esta vez el término en su sentido propio. Podría, por ejemplo, ampliarse el número de artículos de la Declaración Americana enunciados en el artículo 20(a) del Estatuto vigente, con respecto a los cuales se pide a la CIDH que preste “particular atención”³², y extenderla, por ejemplo, al derecho de residencia y de tránsito o el derecho a la inviolabilidad del domicilio, proclamados por los artículos VII y IX de la Declaración, o a algunos de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en los artículos XI al XVI de la misma³³.

³² Según esa norma, la CIDH tiene el encargo de “prestar particular atención a la tarea de la observancia de los derechos humanos mencionados en los artículos I, II, III, IV, XVIII, XXV y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”.

³³ Aunque la iniciativa exclusiva de la CIDH está prevista sólo en la Convención (art. 39), los requerimientos de autonomía e independencia de la misma, para el cabal cumplimiento de las funciones a su cargo, son idénticos para todos los Estados americanos, por lo que esa garantía debería extenderse al procedimiento de reforma del Estatuto con respecto a los Estados que no están obligados por las

En cambio, con respecto a los Estados parte en la CADH, el mandato de la CIDH está definido en la misma y no cabe al Estatuto inmiscuirse. El Estatuto regula ciertos aspectos “complementarios”, como la sede, la Secretaría, el mecanismo para la elección de sus miembros, por ejemplo; pero está vedado a sus normas invadir materias propias de la Convención o el Reglamento, situación en la cual el Estatuto incurriría en violación del Derecho internacional, sea por violar la Convención, en el primer caso, sea por usurpar las atribuciones de la CIDH y quebrantar la autonomía e independencia que le son jurídicamente consustanciales.

Adicionalmente, el Secretario General Insulza, en el informe que presentó durante el debate sobre las recomendaciones del Grupo de Trabajo, sugirió el camino de la reforma del Estatuto para solventar las tensiones entre los Estados y la CIDH³⁴. Sin embargo, el propio Secretario General se encargó de aclarar en el debate sobre ese informe y otros documentos relevantes sobre el actual proceso, que esa sugerencia estaba enmarcada dentro de lo dispuesto por el artículo 39 de la Convención:

Mi propuesta respecto al Estatuto tiene que ver con el tema de certeza jurídica. No tiene que ver con arrebatarle a la Comisión nada, pues si ustedes leen el artículo 39 de la Convención Americana de Derechos Humanos [...] dice ‘La Comisión preparará su Estatuto, lo someterá a la aprobación de la Asamblea General y dictará su propio Reglamento’. Y por lo tanto todo lo que yo he dicho – puede ser cuestionado por cierto, puede ser cuestionado ciertamente, lo admito – pero todo lo que yo he dicho es que se vea la posibilidad de que, propuesto por la Comisión la Asamblea General pueda aprobar el Estatuto donde estén las medidas cautelares. Ahora bien si se considera que eso es un riesgo, que eso es terrible, que eso no puede ser, está bien. Pero yo no he pretendido en caso alguno saltarme la CIDH, por el contrario he pretendido hacerlo para evitar una situación en que los Estados acaten menos a la Comisión

disposiciones de la CADH. En todo caso, incluso si la reforma del Estatuto se contrae exclusivamente al régimen aplicable a los Estados que no son parte en la CADH, que no está sujeto al artículo 39 de ésta, la potestad de la Asamblea General para aprobarla está siempre limitada por la antijuridicidad en que incurriría en caso de abuso o desviación de poder.

34 Véase, Informe del Secretario General sobre las recomendaciones del Grupo de Trabajo..., en especial, pág. 2.

[...] Mi intención es darle certeza al sistema, en ningún caso debilitarlo
[...] Mi informe voy a presentarlo ante la Asamblea y **naturalmente voy a dejar algo bien claro y es que quien propone las reformas al Estatuto es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos** [...]
(énfasis agregado).

En verdad, la función principal del Estatuto de la CIDH en el presente se explica porque no todos los Estados miembros de la OEA que participaron en su creación llegaron a ser parte de la CADH. En los otros dos sistemas regionales de derechos humanos (europeo y africano), los órganos son regidos únicamente por una Convención y un Reglamento. En este sentido, la función principal del Estatuto actualmente es definir la estructura, competencia y procedimiento de la CIDH con respecto a Estados que no son parte de la Convención.

El tono autoritario de algunos gobiernos con respecto a la necesidad que perciben de imponer con sus votos en la OEA su particular visión, circunstancial por cierto, de las reformas y su curioso concepto de “fortalecimiento” de un sistema de derechos humanos a través del debilitamiento de sus órganos de protección, hace temer que pretendan imponer ilegalmente una enmienda a la Convención disfrazada de una enmienda al Estatuto. Esperemos que ese desaguisado no prospere y el camino de la discusión constructiva recupere el terreno que nunca debió perder. La protección de los derechos humanos no es una trinchera política. Debería ser un punto de encuentro entre los defensores de los derechos humanos, situados en la sociedad civil organizada, en los órganos de protección de los derechos humanos del Hemisferio y en cargos de responsabilidad en los gobiernos de origen legítimo y democrático que hoy prevalecen entre nosotros.

II. Una reforma *contra homine* y fuertemente politizada

Entre las diversas acciones que se han sugerido a lo largo del debate sobre “fortalecimiento” del SIDH, puede identificarse un grupo (1) que apunta hacia el debilitamiento de los medios de protección a las víctimas de violación a los derechos humanos y que, por lo mismo, representan una amenaza de retroceso *contra homine* de la protección que ha ofrecido el SIDH a esas mismas víctimas. Otro grupo de

propuestas (2), se nutre de una visión altamente politizada y plagada de dobles estándares del debate sobre derechos humanos, que incluye la confrontación con los Estados Unidos de algunos países promotores de las reformas, así como sesgos provenientes de supuestas visiones alternativas de los derechos humanos y de una jerarquía especial que debería reconocerse a los derechos económicos, sociales y culturales.

1. Un retroceso *contra homine* en los medios de protección

Varias de las reformas propuestas por los Estados van en detrimento de los medios de protección establecidos en el SIDH, lo cual pone en evidencia la falaz utilización de la expresión “fortalecimiento” para describir lo que es en verdad una operación de minado del sistema de protección, dirigida a enervar la capacidad de la CIDH para exigir el cumplimiento de obligaciones internacionales. De resultar aprobadas, lo único que saldría fortalecido de este debate sería la posición de los Estados que buscan sofocar el ejercicio de la competencia de la CIDH frente a infracciones que les sean imputables. En cambio, la posición de la víctima, que es la gran ausente en las propuestas que debaten los Estados, resultaría francamente debilitada. Esta es, pues, una operación *contra homine* propulsada por un grupo de Estados miembros de la OEA. Aunque podrían citarse numerosos ejemplos para ilustrar esa afirmación, me detendré específicamente en dos de ellos. El primero está referido al ataque a las medidas cautelares que puede dictar la CIDH, según el artículo 25 de su Reglamento (A); el segundo, por el falso dilema entre protección y promoción de los derechos humanos (B), que tiene todos los visos de una argucia para distraer a la CIDH de la actividad más útil de cuantas emprende la OEA para los pueblos de las Américas, como lo es la protección de los derechos humanos.

A. Las medidas cautelares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Uno de los temas que ha estado en cuestión es el de la legitimidad y obligatoriedad de las medidas cautelares decididas por la CIDH con base en el artículo 25 de su Reglamento:

En caso de gravedad y urgencia y toda vez que resulte necesario de acuerdo a la información disponible, la Comisión podrá, a iniciativa

propia o a petición de parte, solicitar al Estado de que se trate la adopción de medidas cautelares para evitar daños irreparables a las personas.

Con respecto a este artículo han surgido dos cuestionamientos. Unos, los más graves, impugnan la legitimidad de las medidas cautelares de la Comisión, por no estar previstas en la CADH ni en su Estatuto, lo que constituiría una suerte de abuso, una atribución *ultra vires* que se habría arrogado la CIDH más allá de los instrumentos legales de donde emana su mandato. Otros apuntan más bien a la inadecuada o incompleta regulación de las medidas cautelares dispuestas por la CIDH. Este segundo grupo encuadra bien dentro de una agenda para el fortalecimiento del SIDH y no comporta, en sí mismo, el incumplimiento de ninguna obligación internacional. El primer grupo, en cambio, es más bien parte de una agenda para el debilitamiento *contra homine* del Sistema, que sí parece evidenciar al menos la intención de algunos Estados de apartarse del cumplimiento de sus obligaciones internacionales en derechos humanos. Me detendré en el análisis de esta última tendencia.

Las medidas cautelares de la CIDH forman parte de sus poderes implícitos como órgano de protección de los derechos humanos, que conoce y decide denuncias o peticiones sobre su violación. Las medidas cautelares están dentro de la competencia implícita de la CIDH y su acatamiento es consecuencia de la buena fe con la que los Estados parte en la Convención deben asumir el cumplimiento de sus obligaciones. Como órgano de protección, la CIDH está en el deber de adoptar las decisiones que sean oportunas para que la protección que acuerde en sus decisiones sobre el fondo no quede privada de sentido por no haberse adoptado, en el curso del procedimiento ante ella, medidas de protección provisoria, que preserven los derechos protegidos contra daños irreparables que los amenacen de manera inminente. Los Estados, por su parte, están en la obligación de cooperar de buena fe con la Comisión para que la protección que ella pueda acordar al decidir el fondo de un asunto no quede privada de sentido, por haberse destruido el bien protegido al causar un daño irreparable a la víctima. En ese sentido, en materia de derechos humanos es particularmente atinada la afirmación de que no hay verdadera tutela sin cautela.

Todos los órganos internacionales de derechos humanos de naturaleza similar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como la Corte Europea de Derechos Humanos, han incluido, en sus normas reglamentarias, la posibilidad de adoptar medidas cautelares para evitar daños irreparables a las personas, aun cuando las convenciones que las han creado no contengan previsión alguna en ese sentido.

El Comité de Derechos Humanos (CDH) creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas (PIDCP), cuando tramita comunicaciones individuales en virtud del Protocolo Facultativo al mismo PIDCP, es una entidad internacional que se asemeja a la CIDH, de modo que la interpretación de sus atribuciones en materia cautelar, es un buen indicio sobre el estado del Derecho y la práctica internacionales en la materia. Aunque ni el Pacto ni el Protocolo han incluido de manera explícita la competencia del CDH para dictar medidas cautelares, su Reglamento dispone:

Artículo 92

El Comité podrá, antes de transmitir su dictamen sobre la comunicación al Estado Parte interesado, informar a ese Estado de si estima conveniente la adopción de medidas provisionales para evitar un daño irreparable a la víctima de la violación alegada. En tal caso, el Comité informará al Estado Parte interesado de que tal expresión de su opinión sobre las medidas provisionales no implica ningún juicio sobre el fondo de la comunicación.

Como cuestión de principios, a propósito de la legitimidad de esta disposición de su Reglamento, el CDH ha afirmado:

El autor (de una comunicación) puede solicitar la adopción de medidas, o el Comité puede decidir su adopción por propia iniciativa, cuando la decisión que haya tomado o que amenace tomar el Estado parte pueda causar un daño irreparable al autor o a la víctima si no se revoca la medida o si no se suspende su ejecución en espera de que el Comité lleve a cabo el examen de la comunicación. Ejemplo de ello es la ejecución de la pena de muerte o de una orden de expulsión. Para poder atender esas exigencias con arreglo al Protocolo Facultativo, el Comité estableció en su reglamento un procedimiento para solicitar la adopción de medidas temporales o provisionales de protección en los casos en que ello fuera procedente. Todo Estado parte que no adopta tales medidas

temporales o **provisionales incumple la obligación de respetar de buena fe el procedimiento de las comunicaciones individuales establecido en el Protocolo Facultativo**³⁵ (énfasis agregado).

En su jurisprudencia, el CDH ha afirmado que “las medidas provisionales según el artículo 86 [ahora 92] de su Reglamento son **esenciales** para la función del Comité según el Protocolo”³⁶ (énfasis agregado); y que es incompatible con las obligaciones generales asumidas en virtud del Protocolo Facultativo al PIDCP, que “un Estado parte tome cualquier acción que pueda impedir o frustrar al Comité en su consideración y examen de una comunicación y en la expresión de su dictamen”³⁷. Más aún, el CDH ha declarado que

[...] un Estado parte comete una grave violación de sus obligaciones según el Protocolo Facultativo si actúa para impedir o frustrar la consideración por el Comité de una comunicación que alegue la violación del Pacto, o para convertir en incierto ese examen por el Comité y nugatoria y fútil la emisión de su dictamen³⁸.

El CDH también ha fijado los límites materiales para la adopción de medidas provisionales, según lo prevé el artículo 92 (antiguo 86) de su Reglamento. Para el CDH, “el criterio esencial es, en verdad, la irreversibilidad de las consecuencias, en el sentido de la incapacidad del autor [es decir, la presunta víctima] de preservar sus derechos, si se concluyera luego, en el fondo del caso, que hubo una violación del Pacto”³⁹.

En general, el artículo 92 se aplica en casos de pena de muerte o de expulsión hacia un país donde la víctima pueda ser condenada a muerte, pero también se ha aplicado a otras situaciones donde no hay riesgo de privación de la vida. Así, en *Shin vs. República de Corea (Korean Painter case)*, se solicitó no destruir un cuadro que fue el origen de la condena del autor de la comunicación, hasta tanto no terminara el

³⁵ Observación General No. 33, párr. 19.

³⁶ *Piandiong et al. vs. The Philippines*, Comm. No. 869/1999, 19 de octubre de 2000, párr. 5.4

³⁷ *Ibidem*, párr. 5.1.

³⁸ *Ibidem*, párr. 5.2.

³⁹ *Stewart vs. Canada*, 1996, No. 538/1993, párr. 7.7.

examen del asunto por el Comité. Asimismo, en *Boucherf vs. Argelia (Algerian Amnesty Law case)*, el CDH requirió no aplicar una ley cuya aprobación estaba siendo sometida a referéndum, que apuntaba hacia la amnistía por desapariciones forzadas.

En síntesis, el CDH ha fundamentado su competencia para dictar medidas provisionales (cautelares) en la obligación de los Estados parte de cooperar de buena fe con el Comité para que éste pueda examinar la comunicación y adoptar su decisión, la cual debe ser considerada de manera útil por el Estado. Más aún, el Estado que incumple con las medidas cautelares decididas por el Comité, comete una grave violación de sus obligaciones según el Protocolo Facultativo, independientemente de la violación que se le atribuye del Pacto en la comunicación. Es decir, en contraste con la posición del Comité con respecto a la fuerza no vinculante de sus dictámenes sobre el fondo de una comunicación, en su concepto las medidas cautelares son de obligatorio acatamiento.

Al igual que en el caso de la CIDH y del Comité de Derechos Humanos, numerosos comités de Naciones Unidas y órganos de protección de otros sistemas regionales, han afirmado su competencia para dictar medidas provisionales o cautelares previéndolas en su respectivo reglamento, en ausencia de toda previsión en el tratado correspondiente. Se transcriben a continuación los artículos pertinentes de esos reglamentos:

RULES OF PROCEDURE OF THE COMMITTEE ON RACIAL DISCRIMINATION

Article 94

3. In the course of its consideration, the Committee may inform the State party of its views on the desirability, because of urgency, of taking interim measures to avoid possible irreparable damage to the person or persons who claim to be the victim(s) of the alleged violation. In doing so, the Committee shall inform the State party concerned that such expression of its views on interim measures does not prejudge either its final opinion on the merits of the communication or its eventual suggestions and recommendations.

REGLAMENTO DEL COMITÉ CONTRA LA TORTURA

Medidas provisionales

Artículo 114

1. En cualquier momento después de la recepción de una queja, el Comité, un grupo de trabajo o el Relator o los relatores para las quejas nuevas y las medidas provisionales podrán transmitir al Estado parte interesado, para su examen con carácter urgente, la solicitud de que adopte las medidas provisionales que el Comité considere necesarias para evitar posibles daños irreparables a la víctima o víctimas de las presuntas violaciones.
2. Cuando el Comité, el Grupo de Trabajo o el Relator o los relatores soliciten la adopción de medidas provisionales en virtud del presente artículo, esa solicitud no implicará ningún juicio sobre la admisibilidad o el fondo de la queja, lo que se hará saber al Estado parte al transmitirle la solicitud.
3. La decisión de solicitar medidas provisionales podrá adoptarse sobre la base de la información que figure en la comunicación del autor de la queja y podrá revisarse, por iniciativa del Estado parte, a la luz de la información que se reciba oportunamente de ese Estado parte en el sentido de que la comunicación no está justificada y de que el autor de la queja no corre el riesgo de sufrir daños irreparables, así como de los comentarios adicionales que pueda formular el autor de la queja.
4. Cuando el Grupo de Trabajo o el Relator o los relatores soliciten medidas provisionales en virtud del presente artículo, el Grupo de Trabajo o el Relator o los relatores informarán a los miembros del Comité en su siguiente período ordinario de sesiones de la naturaleza de la solicitud y de la queja a la que se refiera dicha solicitud.
5. El Secretario General llevará una lista de esas solicitudes de medidas provisionales.
6. El Relator para las quejas nuevas y las medidas provisionales vigilará también el cumplimiento de las solicitudes de medidas provisionales del Comité.
7. El Estado parte podrá informar al Comité de que las razones que motivaron las medidas provisionales han desaparecido o exponer las causas por las que se deba retirar la solicitud de medidas provisionales.
8. El Relator, el Comité o el Grupo de Trabajo podrán retirar la solicitud de medidas provisionales.

REGLAMENTO DEL CEDAW

Artículo 63

Medidas provisionales

1. En cualquier momento después de recibir una comunicación y antes de tomar una decisión sobre el fondo de la comunicación, el Comité podrá transmitir al Estado Parte interesado, para su examen urgente, una petición a fin de que adopte las medidas provisionales que el Comité considere necesarias para evitar un daño irreparable a la víctima o víctimas de la violación alegada.
2. Un grupo de trabajo también podrá pedir que el Estado Parte interesado tome las medidas provisionales que el grupo de trabajo considere necesarias para evitar un daño irreparable a la víctima o víctimas de la violación alegada.
3. Cuando una petición de adopción de medidas provisionales sea formulada por un grupo de trabajo en virtud del presente artículo, el grupo de trabajo informará inmediatamente a los miembros del Comité sobre la naturaleza de la petición y la comunicación a que se refiere dicha petición.
4. Cuando el Comité o un grupo de trabajo soliciten la adopción de medidas provisionales conforme a este artículo, se indicará en la petición que ello no implica ninguna conclusión sobre el fondo de la comunicación.

RULES OF PROCEDURE OF THE AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES RIGHTS

Rule 98: Provisional Measures

1. At any time after the receipt of a Communication and before a determination on the merits, the Commission may, on its initiative or at the request of a party to the Communication, request that the State concerned adopt Provisional Measures to prevent irreparable harm to the victim or victims of the alleged violation as urgently as the situation demands.
2. If the Commission is not in session at the time that a request for Provisional Measures is received, the Chairperson, or in his or her absence, the Vice-Chairperson, shall take the decision on the Commission's behalf and shall so inform members of the Commission;
3. After the request for Provisional Measures has been transmitted to the State Party, the Commission shall send a copy of the letter requesting Provisional Measures to the victim, the Assembly, the Peace and Security Council, and the African Union Commission.

4. The Commission shall request the State Party concerned to report back on the implementation of the Provisional Measures requested. Such information shall be submitted within fifteen (15) days of the receipt of the request for Provisional Measures.

The granting of such measures and their adoption by the State Party concerned shall not constitute a prejudgment on the merits of a Communication.

RULES OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Rule 39 - Interim measures

1. The Chamber or, where appropriate, its President may, at the request of a party or of any other person concerned, or of its own motion, indicate to the parties any interim measure which it considers should be adopted in the interests of the parties or of the proper conduct of the proceedings before it.

2. Where it is considered appropriate, immediate notice of the measure adopted in a particular case may be given to the Committee of Ministers.

3. The Chamber may request information from the parties on any matter connected with the implementation of any interim measure it has indicated.

En todos los casos citados, los órganos de protección han incluido, en sus normas reglamentarias, la potestad de adoptar medidas cautelares para evitar daños irreparables a las personas, aun cuando las convenciones que las han creado no contienen previsión alguna en ese sentido. Ningún Estado ha impugnado esas disposiciones y las medidas cautelares de ordinario son cumplidas por los Estados a las cuales van dirigidas. Por el contrario, se trata de una potestad aceptada, de tal modo que las convenciones más recientes (protocolos al CEDAW y al PIDESC y Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad) han incluido expresamente esa competencia del Comité respectivo:

PROTOCOLO DEL CEDAW

Artículo 5

1. Tras haber recibido una comunicación y antes de llegar a una conclusión sobre sus fundamentos, en cualquier momento el Comité podrá dirigir al Estado Parte interesado, a los fines de su examen urgente, una solicitud para que adopte las medidas provisionales

necesarias para evitar posibles daños irreparables a la víctima o las víctimas de la supuesta violación.

2. Cuando el Comité ejerce sus facultades discrecionales en virtud del párrafo 1 del presente artículo, ello no implica juicio alguno sobre la admisibilidad o sobre el fondo de la comunicación.

PROTOCOLO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Artículo 4

1. Tras haber recibido una comunicación y antes de llegar a una conclusión sobre el fondo de ésta, el Comité podrá remitir en cualquier momento al Estado Parte interesado, a los fines de su examen urgente, una solicitud para que adopte las medidas provisionales necesarias a fin de evitar posibles daños irreparables a la víctima o las víctimas de la supuesta violación.

2. El ejercicio por el Comité de sus facultades discrecionales en virtud del párrafo 1 del presente artículo, no implicará juicio alguno sobre la admisibilidad o sobre el fondo de la comunicación.

PROTOCOLO DEL PIDESC

Artículo 5. Medidas provisionales

1. Tras haber recibido una comunicación y antes de pronunciarse sobre su fondo, en cualquier momento el Comité podrá dirigir al Estado Parte interesado, a los fines de su examen urgente, una solicitud para que adopte las medidas provisionales que sean necesarias en circunstancias excepcionales a fin de evitar posibles daños irreparables a la víctima o las víctimas de la supuesta violación.

2. El hecho de que el Comité ejerza las facultades discrecionales que le confiere el párrafo 1 del presente artículo no implica juicio alguno sobre la admisibilidad ni sobre el fondo de la comunicación.

Toda esta normativa demuestra cómo en el ámbito universal y en los otros dos sistemas regionales, por iniciativa de los órganos de protección y la aprobación implícita y en ocasiones explícita de los Estados concernidos, las reglas procesales incluyen medidas de protección cautelar o provisional, que no están expresamente contempladas en la convención internacional correspondiente. No hay nada, pues, de insólito en que la CIDH se haya ceñido a la misma práctica, a la luz del Derecho internacional sobre el tema.

En realidad, hasta mediados de 2011, la situación no era muy diferente en el SIDH⁴⁰. Era más bien una práctica inveterada que la CIDH solicitara informalmente protección provisional, especialmente en casos de amenaza de muerte o de desaparición forzada. Esa práctica se formalizó en 1980, una vez en vigencia la Convención y adoptado el actual Estatuto de la CIDH, con la incorporación de las medidas cautelares al Reglamento. La competencia de la CIDH para adoptar esas medidas sólo fue objeto de cuestionamiento por dos Estados, antes del actual proceso de “fortalecimiento”: los Estados Unidos y Venezuela (después del ascenso al poder del presidente Chávez, nunca antes).

En consonancia con ello, en una de las convenciones interamericanas posteriores al Pacto de San José, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, se reconoció expresamente la potestad cautelar de la CIDH, estableciendo que para efectos de ese instrumento, “el trámite de las peticiones o comunicaciones presentadas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en que se alegue la desaparición forzada de personas estará sujeto a los procedimientos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en los Estatutos y **Reglamentos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluso las normas relativas a medidas cautelares**” (art. XIII, énfasis agregado).

En ese contexto, además de los fundamentos conceptuales de la potestad cautelar como un poder implícito de todo órgano internacional de protección de los derechos humanos, el hecho de que los Estados americanos hayan reconocido, por sus actos o por su silencio, la competencia de la CIDH para dictar medidas cautelares conforme a su Reglamento, les impide ahora adoptar medidas contra los beneficiarios de esas medidas, es decir, *contra homine*, que destruyan, supriman o de cualquier modo en la práctica aniquilen el poder cautelar de la Comisión. Es un principio de Derecho internacional que *venire contra factum proprium non valet*: es inadmisibles la reivindicación de un derecho por parte de un Estado que por su reconocimiento, su representación,

⁴⁰ Cfr. González, F., “Las medidas urgentes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en: *SUR, Revista Internacional de Derechos Humanos*, No. 13. CONECTAS, Sao Paulo, diciembre de 2010, págs. 51-74.

su declaración, su conducta o su silencio, ha mantenido una actitud manifiestamente contraria al derecho que ella pretende reivindicar de manera sobrevenida.

En conclusión, la pretensión de desconocimiento en el presente del bien establecido y fundamentado poder cautelar de la CIDH según su Reglamento, es incompatible con las obligaciones de los Estados parte en la CADH y con el Derecho internacional general.

B. El falso dilema entre promoción y protección de los derechos humanos

Varios Estados y el mismo Grupo de Trabajo, con modalidades y énfasis diferentes, han sugerido que la CIDH debería prestar mayor atención a sus funciones en el campo de la promoción de los derechos humanos y no concentrarse en la protección, como lo hace en el presente. Sin subestimar la necesidad de la promoción de los derechos humanos, en la cual el Instituto Interamericano de Derechos Humanos cumple una función bien destacada, este planteamiento debe ser observado con la máxima cautela. Primero, porque es un falso dilema (a) y, segundo, porque puede esconder un nuevo intento de debilitamiento *contra homine* del SIDH, minando el procedimiento de las denuncias o peticiones individuales, que son la piedra angular de la protección internacional de los derechos humanos (b).

a. Es un falso dilema

El dilema protección-promoción no es en verdad un mensaje para que la CIDH se debilite o se anonade como órgano de la protección internacional de los derechos humanos. Si la propuesta es promoción además de protección, se trata de una iniciativa plausible, pero que requiere un sólido compromiso financiero de los Estados para dotar a la CIDH de los recursos (cuantiosos) necesarios para emprender programas efectivos de promoción de los derechos humanos. En esa línea de acción, no cabría sustraer recursos actualmente aplicados a la protección para financiar la promoción.

Si la propuesta es promoción en lugar de protección, se trata de una iniciativa errónea. La protección y el sistema de reclamaciones individuales en el Derecho internacional marcan un deslinde funda-

mental en el concepto de la dignidad humana y sus atributos. Lo que hasta un determinado momento de la historia fue sólo un pecado o un acto moralmente reprobable, pasó a ser un hecho jurídicamente ilícito. La juridificación de los derechos humanos como derechos subjetivos es una conquista irrenunciable e irreversible del ser humano, y de las y los ciudadanos de nuestro continente. La protección de los derechos humanos refleja conceptualmente esta conquista, con respecto a la cual no cabe claudicación alguna, como pretenden reclamar ciertos gobiernos bajo el malicioso estandarte del “fortalecimiento” del SIDH.

b. Ataca el sistema de peticiones, que es el corazón de la protección internacional de los derechos humanos

Conceptualmente, las denuncias o peticiones individuales son la comprobación de que las violaciones a los derechos humanos son un hecho jurídicamente ilícito, que compromete la responsabilidad internacional del Estado al que resulten imputables.

Históricamente, como ya se ha visto antes, el sistema de peticiones ante la CIDH es el aporte más significativo y original del SIDH a la protección internacional de derechos humanos. Se construyó originalmente como una práctica de la CIDH, que no estaba facultada por su Estatuto original para recibirlas, con la aceptación y aprobación de los Estados americanos. El sistema de peticiones ante la Comisión, imperante desde los tempranos años sesenta, se origina, pues, en una práctica reconocida como Derecho. Su fuente no está sólo en la Carta y la Convención Americana, o el Estatuto y el Reglamento de la CIDH, sino en el Derecho internacional consuetudinario americano.

Por lo tanto, el sistema de peticiones es inexcusable y esencial en el SIDH. No puede ser visto como una alternativa del mismo rango que la promoción y todo intento por destruirlo, aniquilarlo o menoscabarlo, es ilegítimo e incompatible con las obligaciones internacionales de los Estados americanos.

En suma, el Derecho internacional contemporáneo no autoriza la destrucción ni la enmienda *contra homine* del sistema de peticiones, lo cual puede ocurrir si se lo pospone frente a la promoción de los derechos humanos. La reformas que se introduzcan sólo son válidas si

están verdaderamente dirigidas a perfeccionar y fortalecer el derecho de petición, pero son antijurídicas si conducen a conculcarlo.

2. El doble estándar de un debate politizado

En el curso del debate sobre “fortalecimiento” del SIDH han emergido ciertos temas de políticas, tratados a su vez con criterios politizados, que ponen de manifiesto, en más de un sentido, el doble estándar a menudo presente en este mismo debate. Uno de ellos es el del llamado universalismo, que pone de relieve que no todos los Estados americanos tienen obligaciones simétricas conforme al SIDH, y que trataré en primer lugar (A). Otro está referido a la falta de desarrollo de los estándares de los derechos económicos, sociales y culturales (B). Otros, en fin, se enmarcan dentro de ciertas políticas administrativas atinentes al funcionamiento de la Comisión (C).

A. La universalidad de los compromisos de los Estados y sus dobles estándares

El tema de la universalidad sugiere que, para algunos gobiernos, la circunstancia de que no todos los Estados americanos hayan ratificado la Convención ni reconocido la competencia obligatoria de la Corte, debería dar licencia a los otros para retirarse o para no tomar demasiado en serio su participación en el sistema determinado por la Convención. Se trata de un planteamiento dirigido particularmente a la CADH (pero no a otros tratados regionales sobre derechos humanos) y a los Estados Unidos y Canadá, por no ser partes en ese tratado. Este es un planteamiento que incurre en graves errores de concepto jurídico, en inconsistencias políticas difíciles de explicar y en flagrante doble estándar por lo que respecta a la misma universalidad con relación a otros derechos y tratados, en especial los derechos económicos, sociales y culturales (DESC).

a. Universalidad y reciprocidad

En primer lugar, este planteamiento sugiere que la legitimidad del Sistema queda comprometida toda vez que los Estados no están simétricamente obligados. Esto introduce un componente de reciprocidad interestatal de las obligaciones internacionales concernientes a los derechos humanos, que es contraria al Derecho internacional.

Los tratados internacionales tradicionales, sean multilaterales o bilaterales, persiguen un intercambio recíproco de beneficios y ventajas. De allí resulta una correlación entre los derechos y los deberes que se han pactado por esa convención. En esa perspectiva, el equilibrio entre la posición de las partes delimita, en buena medida, los efectos del tratado. De allí que, según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el incumplimiento grave de sus obligaciones por una de las partes puede ser la base para la terminación del tratado o para la suspensión parcial o total de sus efectos (artículo 60), e igualmente que, según la misma Convención de Viena, por obra de la cláusula *rebus sic stantibus*, dentro de determinadas condiciones, un cambio fundamental de circunstancias, sobrevenido después de la celebración de un tratado, puede ser una causa legítima para que la parte afectada lo dé por terminado o se retire de él. Puede decirse, pues, que el equilibrio entre los intereses de las partes representa un límite del alcance de los tratados.

Esto no ocurre en las convenciones relativas a los derechos humanos, a las que debe considerarse no como un medio para equilibrar recíprocamente intereses entre los Estados, sino para el establecimiento de un orden público común, cuyos destinatarios no son los Estados, sino los seres humanos que están bajo su jurisdicción.

De allí que un efecto típico de la reciprocidad, como es la terminación o la suspensión de un tratado por determinación de una de las partes, a causa del incumplimiento grave de sus obligaciones por otra, no es aplicable, según el artículo 60.5 de la Convención de Viena, “a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular las disposiciones que prohíben toda forma de represalia con respecto a las personas protegidas por tales tratados”.

La Corte Internacional de Justicia subrayó las particularidades de estas convenciones cuando, respecto de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, señaló:

En tal convención los Estados contratantes no tienen intereses propios, tienen solamente, todos y cada uno de ellos, un interés común, que

es el de preservar los fines superiores que son la razón de ser de la convención. En consecuencia, en una convención de este tipo no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes. La consideración de los fines superiores de la convención es, en virtud de la voluntad común de las partes, el fundamento y la medida de todas sus disposiciones⁴¹.

La Corte Interamericana, por su parte, ha enfatizado que los tratados de derechos humanos

[...] no son tratados multilaterales del tipo tradicional concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción⁴².

La Corte IDH también ha sugerido que la naturaleza particular de la CADH, precisamente porque “no depende enteramente de la reciprocidad de los Estados”, es una de las razones por las cuales “la aplicación de acuerdos comerciales bilaterales no justifica el incumplimiento de las obligaciones estatales emanadas de la Convención Americana”⁴³.

Por consiguiente, la circunstancia de que algunos Estados no se hayan hecho parte en la CADH (o en otros tratados interamericanos sobre derechos humanos) no puede ser invocada en modo alguno como causa de justificación del incumplimiento de obligaciones por parte de otros Estados, que sí los hayan ratificado, ni para disminuir la fuerza legal de esas obligaciones. Esto, desde luego, no excluye la conveniencia de que se intensifiquen los esfuerzos para obtener la ratificación de todos los tratados por todos los Estados americanos.

⁴¹ Réserves à la Convention sur le Génocide, Avis Consultatif: CIJ, Recueil, 1951, pág. 23.

⁴² Corte IDH, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)*, opinión consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, Serie A. No. 2, párr. 29.

⁴³ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146, párr. 140.

b. Universalidad, flexibilidad, progresividad y poder de veto

En segundo lugar, se ignora que ha sido la voluntad de los Estados americanos, sin reservas, la de construir un sistema flexible, de desarrollo progresivo. La entrada en vigencia de la Convención dependía de su ratificación por sólo once Estados (CADH, art. 74.2). Exigir la totalidad habría equivalido a otorgar, a cada Estado americano, el poder de vetar el establecimiento de un sistema internacional de protección de la persona humana, lo que hubiera representado un exabrupto para el Derecho internacional. En términos concretos y prácticos, habría sido inconcebible que América Latina hubiera otorgado tácitamente a los Estados Unidos el derecho de vetar u obstruir un sistema de derechos humanos que proteja a los pueblos latinoamericanos, condicionando la vigencia o la legitimidad de ese sistema a la incorporación al mismo de los Estados Unidos.

Fue igualmente voluntad de los Estados parte en la CADH, que el ejercicio de la competencia contenciosa de la Corte estuviera condicionado a la adhesión, por el Estado demandado, a una cláusula facultativa. Esa flexibilidad es típica del Derecho internacional de los derechos humanos y característica de la progresividad que le es consustancial⁴⁴.

c. El doble estándar de la universalidad sustentada por algunos Estados

Por último, en materia de universalidad se maneja un doble estándar en más de un sentido. Por ejemplo, se pone de lado el Protocolo de San Salvador, ratificado solamente por quince Estados americanos. De igual manera, el Protocolo Adicional al PIDESC ha sido ratificado sólo por cuatro Estados americanos (Argentina, Bolivia, Ecuador y El Salvador). Los DESC y los derechos civiles y políticos tienen el mismo valor jurídico y son interdependientes, de modo que la aspiración a la universalidad de las obligaciones atinentes a unos y otros debería ser uniforme y no limitarse a la CADH.

⁴⁴ He tratado el tema en un libro publicado hace 25 años, cuyas conclusiones se han visto confirmadas por la práctica ulterior: Nikken, P., *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*. IIDH/Ed. Civitas, Madrid, 1987, págs. 137-162.

El caso más llamativo del doble estándar en este debate, que ni tan siquiera ha sido objeto de una mención con relación a la falta de universalidad, es el de Venezuela. Con respecto al Protocolo de San Salvador, Venezuela firmó el Protocolo el 27 de enero de 1989, que fue luego objeto de aprobación parlamentaria mediante Ley Aprobatoria sancionada por su Asamblea Nacional el 29 de marzo de 2005, la cual, una vez promulgada por el Presidente de la República, fue publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 28.192, del 23 de mayo de 2005, de modo que es ley interna vigente. No obstante, el instrumento de ratificación nunca ha sido depositado, por lo que Venezuela no es parte en ese tratado.

Asimismo, con respecto a Venezuela, tampoco se expresó preocupación alguna por los repetidos anuncios de su gobierno de que se propone denunciar la CADH o incluso retirarse del SIDH (esto es, de la OEA), lo cual supondría un serio revés para la universalidad en la adhesión al Sistema. Venezuela depositó el instrumento por el cual denunció la Convención Americana el 10 de septiembre de 2012, lo que constituye un serio revés para la aspiración de universalidad, y las declaraciones de los demás Estados parte en la misma Convención, en los pocos casos en que se han producido, en general han sido tímidas lamentaciones y nada más.

Todo esto pone en evidencia que el tema de la universalidad ha sido traído al debate, no tanto para analizarlo integralmente en sus diversas dimensiones, sino como un tema de confrontación con los Estados Unidos, que es una cosa bien diferente a una genuina preocupación por la vigencia universal de las normas hemisféricas sobre derechos humanos, por censurable que sea, como lo es en efecto, que los Estados Unidos y Canadá, así como varios Estados del Caribe, no sean parte en ninguno de los tratados regionales en la materia.

En el caso concreto de los Estados Unidos, su posición con respecto a los diversos sistemas de protección internacional de los derechos humanos también expresa, en mi parecer, un doble estándar inaceptable. Por una parte, pretende hacer del tema de los derechos humanos un punto de especial relevancia en su agenda de política exterior, lo cual data de la administración del presidente Carter y no es objetable por sí mismo,

sino todo lo contrario. Lo que sí resulta incongruente política, legal y moralmente, es que los Estados Unidos se mantenga prácticamente al margen de los sistemas convencionales de protección internacional de los derechos humanos, mientras reclama en su diplomacia el respeto hacia esos derechos por parte de los demás países, al punto que su Departamento de Estado publica anualmente un informe sobre la situación de los derechos humanos en cada uno de ellos.

Estados Unidos no es parte, como antes indiqué, en ninguno de los tratados sobre la materia adoptados dentro del Sistema Interamericano. Ha ratificado, con numerosas reservas en general, apenas el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (pero no el Protocolo Facultativo que autoriza las comunicaciones individuales sobre su violación), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (pero sin hacer la declaración del artículo 14 que autoriza las comunicaciones individuales sobre su violación) y la Convención de la ONU contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (pero sin hacer la declaración del artículo 22 que autoriza las comunicaciones individuales sobre su violación). Fuera de eso, su compromiso se limita a las más antiguas convenciones sobre temas incontestables, como el genocidio, la esclavitud, los refugiados o los derechos políticos y la nacionalidad de la mujer, además de los cuatro convenios de Ginebra de 1949 (pero no sus Protocolos). Este déficit es objeto de justificada reprobación en el ámbito internacional, tanto por parte de numerosos Estados, como por la de la sociedad civil organizada.

Este doble rasero expresa una posición maniquea con respecto a la internacionalización de los derechos humanos. No es en modo alguno un ejemplo a seguir y es legítimo que se critique, como se ha hecho en el seno de la OEA. Lo que no es legítimo es que se pretenda invocar la conducta de Estados Unidos a este respecto como un pretexto para relativizar la protección internacional, ni mucho menos para desligarse de la misma. La protección internacional no es una conquista de los Estados Unidos sino de la humanidad, de modo que las falencias de Washington no pueden ser base legítima para represalias contra la humanidad ni, muy especialmente, contra las víctimas que acuden a instancias internacionales como último recurso en procura de la justicia

que no pudieron alcanzar en las nacionales. Este es un concepto de la esencia de la internacionalización de los derechos humanos. Invocar ese desatino estadounidense como justificación para una suerte de represalia contra otros pueblos es una aberración que sólo se explica como un pretexto para imitar lo que se critica y deshacerse de mecanismos que resultan incómodos a gobiernos con tendencias despóticas.

En suma, buena parte del reclamo de universalismo para el compromiso sobre derechos humanos de los Estados americanos está contaminado por el sesgo de su doble estándar. Por un lado, el universalismo reivindicado no es plenamente universal con respecto a los derechos en causa, pues no se muestra una preocupación simétrica con respecto a los DESC del Protocolo de San Salvador y los derechos civiles y políticos de la Convención Americana; tampoco lo es con respecto a los Estados que no se han integrado plenamente al SIDH, pues se trata con severidad a Estados Unidos y Canadá, con indulgencia a los Estados caribeños y con cierto grado de complicidad a la Venezuela que abandona el Sistema. Por otra parte, el inocultable doble estándar de los Estados Unidos en su compromiso con la protección internacional de los derechos humanos da origen a una protesta que tiende a traducirse, para ciertos gobiernos, en una imitación de su modelo de doble rasero y no en una vigorosa acción diplomática para obtener la meta de la universalidad.

El doble estándar también está presente en otras reivindicaciones invocadas por los gobiernos propulsores de este engañoso proceso de “fortalecimiento” del SIDH.

B. El desarrollo de los estándares de los derechos económicos, sociales y culturales

El Grupo de Trabajo creado por el CP ha recomendado a la CIDH,

Continuar el perfeccionamiento de estándares internacionales de derechos humanos, profundizando en particular los estándares de exigibilidad y cumplimiento de obligaciones de los Estados en materia de derechos económicos, sociales y culturales⁴⁵.

⁴⁵ Informe del Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el Funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el Fortalecimiento del

Considerar en la elaboración del Capítulo IV no solo derechos civiles y políticos, sino también los derechos económicos, sociales y culturales⁴⁶.

Comparto plenamente esta recomendación. Sin embargo, el fortalecimiento de los estándares de exigibilidad de los DESC no depende principalmente de lo que pueda elaborar la CIDH al respecto. Esos estándares se deducen del artículo 26 de la CADH y del Protocolo de San Salvador. La primera es una disposición muy general, que ha sido aplicada en raras ocasiones por la Comisión y la Corte, aunque permite cierto margen de interpretación y flexibilidad, pero no hasta el punto de extraer de ella una lista apreciable de compromisos positivos e inmediatamente exigibles en cuanto a los DESC. El Protocolo de San Salvador, en cambio, contiene una definición precisa de los derechos proclamados y las obligaciones asumidas, pero los sustrae del sistema de peticiones individuales ante la CIDH y la Corte, con la excepción de los derechos proclamados en los arts. 8.a (libertad sindical) y 13 (derecho a la educación). Por lo demás, sólo quince Estados son parte en el Protocolo de San Salvador.

La experiencia demuestra que la jurisprudencia, mediante el análisis y la solución de casos concretos, es la fuente más apreciable para la elaboración, el desarrollo y la mayor precisión de estándares, particularmente en el área de los derechos humanos. Si la normativa es vaga y, en su mayor parte, no puede ser sometida al escrutinio jurisprudencial, la solución no está en manos de la CIDH, sino de los Estados que elaboraron esa normativa y la sustrajeron del ámbito de los que se puede denunciar ante la CIDH y la Corte. Si existiera una preocupación legítima al respecto, se procedería, por un lado, a asegurar la participación universal en el Protocolo de San Salvador de todos los Estados miembros de la OEA o, al menos, de todos los que ya son parte en la CADH. Por otro lado, en lugar de pedir a la CIDH la elaboración o el desarrollo de estándares sobre la exigibilidad jurídica de los DESC, los Estados podrían encargarle la preparación de un nuevo protocolo,

Sistema Interamericano de Derechos Humanos para la Consideración del Consejo Permanente. Adoptado por el Grupo de Trabajo en su reunión del 13 de diciembre de 2011, OEA/Ser.G GT/SIDH-13/11 rev. 2 13 diciembre 2011; punto 1.A.d.

⁴⁶ *Ibidem*, punto 5.d.

inspirado en el ya adoptado en las Naciones Unidas como Protocolo del PIDESC, que establezca un sistema de peticiones individuales para las violaciones del Protocolo de San Salvador. Eso sí fortalecería sustantivamente la protección y los estándares de exigibilidad y cumplimiento de los DESC.

Dentro de las limitaciones de semejante marco normativo, la CIDH ha hecho aportes importantes para fortalecer la exigibilidad y el cumplimiento de los DESC. Merece destacar la elaboración de los Lineamientos para la Elaboración de Indicadores de Progreso en Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptados por la CIDH el 19 de julio de 2008, en cumplimiento de la Resolución AG/RES.2074 aprobada por la XXXV Asamblea General de la OEA, el 7 de junio de 2005⁴⁷. Esos Lineamientos, conforme a la misma Resolución, están sujetos a la aprobación del CP, vale decir, de los Estados miembros de la OEA, lo cual no ha ocurrido.

Sin embargo, los gobiernos que han urdido el sedicente “fortalecimiento” del SIDH ignoran sus propias omisiones y pretenden que la CIDH las supla sobre la base legal endeble que los mismos Estados han construido. Se pretende poner una fachada de miramiento hacia los DESC al proyecto de resquebrajamiento del SIDH, como un mero maquillaje. Si hubiera verdadero interés en fortalecer la exigibilidad y el cumplimiento de los DESC, los Estados tendrían a mano soluciones ya conocidas en el Derecho internacional de los derechos humanos, pero las dejan de lado y ponen a cargo de la CIDH una tarea condenada a ser muy limitada. Se trata de otro ejemplo de doble estándar por parte de gobiernos que dicen proponerse “fortalecer” el SIDH debilitando a la CIDH, mientras ignoran sus propias obligaciones y compromisos de cara al mismo Sistema.

⁴⁷ En dicha Resolución, la Asamblea General acordó “solicitar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que, de conformidad con lo establecido en las Normas mencionadas en el punto 1 de esta resolución, **proponga al Consejo Permanente para su eventual aprobación**, los indicadores de progreso a ser empleados para cada agrupamiento de derechos protegidos sobre los que deba presentarse informe, teniendo en cuenta, entre otros, los aportes del Instituto Interamericano de Derechos Humanos” (énfasis agregado).

C. La indebida intrusión en el funcionamiento de la CIDH

La CIDH es y tiene que ser una institución independiente y autónoma. La Corte IDH ha afirmado de manera inequívoca la naturaleza de la Comisión, la cual, “como órgano del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, tiene **plena autonomía e independencia en el ejercicio de su mandato** conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos”⁴⁸ (énfasis agregado).

Parte esencial de esos atributos es la determinación de los procedimientos normativos y administrativos a través de los cuales cumple con el mandato que le han confiado, por una parte, la CADH y los demás tratados sobre derechos humanos del SIDH (con respecto a los Estados que son parte en esos instrumentos) y su Estatuto (con respecto a aquellos Estados que no lo son). En tal virtud, la CIDH tiene que gozar de plena autonomía para dictar su Reglamento y para organizar sus trabajos⁴⁹.

Esa autonomía, desde luego, no puede ser óbice para que la Comisión escuche las propuestas, críticas y demás observaciones de las distintas personas sometidas a su jurisdicción y de la comunidad de derechos humanos en general, se trate de individualidades (especialmente las víctimas o quienes las representen), los Estados, las ONG especializadas, los académicos, etc. Por el contrario, la CIDH tiene la carga de promover un activo intercambio con estos sectores, como parte de sus funciones como órgano de promoción de los derechos humanos, para la mejora permanente de sus trabajos.

⁴⁸ Corte IDH, *Control de legalidad en el ejercicio de las atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, opinión consultiva OC-19/05 del 28 de noviembre de 2005, Serie A No. 19, párr. 31.1.

⁴⁹ Esa autonomía, claro está, también está presente en el ejercicio de la competencia de la CIDH en el trámite de las peticiones o denuncias que se presenten ante ella, especialmente con relación a las diferentes decisiones que le corresponde adoptar a este respecto. Esas decisiones sólo pueden ser revisadas dentro del control de legalidad de las mismas, que puede ejercer la Corte si el caso a las que se refieren es elevado a su conocimiento: “la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el ejercicio de sus funciones, efectúa el control de legalidad de las actuaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en lo que se refiere al trámite de los asuntos que estén bajo el conocimiento de la propia Corte, conforme a la competencia que le confiere a ésta la Convención Americana y otros instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos”. *Ibidem*, párr. 31.3.

En cambio, sí se vulneraría su independencia y autonomía con la pretensión de imponer desde los órganos políticos de la OEA, sea la Asamblea General, el Consejo Permanente o la Secretaría General, una reforma a su Reglamento o una determinada manera de organizar sus trabajos.

El informe del Grupo de Trabajo contiene numerosos puntos relacionados con la organización de los trabajos de la CIDH. En la medida en que esas propuestas se mantengan dentro del concepto inicial de dicho informe, es decir, como recomendaciones a la Comisión, a los Estados y al Secretario General, ellos conforman una agenda que debe ser estudiada cuidadosamente y con propósito constructivo por los distintos destinatarios de las recomendaciones, para darles una respuesta razonable. En cambio, si se mantiene el espíritu que emergió en la Asamblea General de Cochabamba y se pretende imponer a la CIDH un determinado modo de proceder en materias que son de su exclusiva incumbencia, cualquiera sea el mérito de las propuestas, su aprobación adolecería de un vicio insubsanable, de ilegalidad y abuso de poder. Se trata, en consecuencia, de una materia que debe analizarse desde el punto de vista de los méritos de las propuestas y, conjuntamente, conforme al procedimiento que se aplique para su discusión y eventual aprobación.

Algunas de las propuestas sobre el tapete se refieren a la organización administrativa de los trabajos de la CIDH (a); otras, al contenido de sus informes, particularmente de su Informe Anual a la Asamblea General (b); otras, en fin, al trámite de las peticiones o denuncias que se le sometan (c). Todas ellas tienen en común que, incluso las que razonablemente podrían ser acogidas por la CIDH, no pueden implementarse sin la cooperación de los Estados, particularmente poniéndose al día en la mora en la que sistemáticamente incurren en el cumplimiento de su obligación de financiar adecuadamente al SIDH, que es una de las eternas materias pendientes en la OEA, objeto, por lo demás, de recomendaciones específicas a los Estados por parte del Grupo de Trabajo (d).

a. Sobre la organización de los trabajos de la CIDH

Los Estados aspiran, entre otras cosas, a reforzar el funcionamiento de la Presidencia de la CIDH y a reformar el de sus relatorías temáticas.

El Grupo de Trabajo ha propuesto que la Presidencia de la CIDH funcione de manera permanente en su sede. Es una propuesta más que razonable. Más aún, dado el volumen de trabajo que tiene la CIDH y las numerosas atribuciones que no puede ejercer satisfactoriamente por falta de recursos humanos y materiales, debería ofrecerse la posibilidad de que todos los comisionados se dedicaran a tiempo completo o, en todo caso, en mayor medida que la actual, a cumplir con sus funciones. Con ello ciertamente mejoraría o, si se quiere, se fortalecería el SIDH en beneficio de las víctimas y de los Estados, y algunos gobiernos que así lo ha exigido, también verían satisfecho un seguimiento más cercano de la Secretaría por parte de los miembros de la Comisión.

Esto requiere, de manera indispensable, un incremento sustantivo del presupuesto de la Comisión, que es algo a lo que los Estados han estado dispuestos repetidamente al votar sus resoluciones pero no al votar el presupuesto. Se trata, pues, de una materia que los Estados podrían solucionar rápidamente, demostrando un compromiso real con el fortalecimiento del SIDH. Sin embargo, en esta esfera emerge de nuevo el doble estándar presente en todo el actual proceso contra el SIDH, determinado esta vez por Estados que exigen una prestación de servicios determinados, pero no están dispuestos a abonar los recursos para financiarla.

Otro aspecto relativo a la organización interna de la CIDH tiene que ver con el funcionamiento de las relatorías. En particular, de parte de varios gobiernos hay una impugnación al modo como ha venido funcionando la Relatoría para la Libertad de Expresión, que tendría una posición privilegiada con respecto a sus pares. No es, en verdad, sorprendente que la libertad de expresión sea objeto de atención especial. Se trata de un derecho de los llamados modales, entendiendo por éstos los que facilitan o refuerzan el ejercicio de otros derechos. La jurisprudencia interamericana ha considerado reiteradamente a la

libertad de expresión como “una **pedra angular** en la existencia misma de una sociedad democrática”⁵⁰ (énfasis agregado), así como

[...] también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre⁵¹.

La Comisión y la Corte son dueñas de un muy importante y vanguardista acervo jurisprudencial relativo a la protección a la libertad de expresión, el cual también explica, pero no justifica, la reacción adversa de varios gobiernos a la amplia protección al artículo 13 de la Convención por parte de los órganos del SIDH. Por eso, en mi opinión, la solicitud de los Estados de que todas las relatorías reciban el mismo trato, en particular en la asignación de recursos, es una reacción contra la Relatoría para la Libertad de Expresión mucho más que una preocupación por los derechos a cargo de otras relatorías. Esto, en sí mismo, es una intrusión en prioridades con respecto a las cuales la última palabra debe tenerla siempre la CIDH.

Los Estados se quejan de que hay un volumen apreciable de contribuciones especiales destinadas a la Relatoría para la Libertad de Expresión. Esto depende, en parte, de las prioridades de la CIDH y, en parte, de las prioridades de los donantes de contribuciones especiales, ambas materia ajena a la esfera de competencia de los órganos políticos de la OEA. Si los Estados que los componen desean que el presupuesto de las demás relatorías se equipare con el de la Libertad de Expresión, tendrían a su mano hacerlo siendo más generosos con la dotación financiera a la CIDH. Pero nuevamente se pone de relieve el doble estándar apuntado: exigir pero no contribuir. Igualmente, el propósito desembozado de debilitar a esta última Relatoría, mucho más que el de fortalecer a sus pares.

⁵⁰ Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)*, opinión consultiva OC 5/85 el 13 de noviembre de 1985, párr. 70.

⁵¹ Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C No. 107, párr. 112; *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C No. 111, párr. 82.

También se ha demandado el establecimiento de un “código de conducta” para las relatorías. Desde luego que es deseable que la CIDH se asegure que sus relatorías actúan con las debidas transparencia y sujeción a su marco normativo. Esto puede hacerse a través de un código de conducta o de otras medidas, pero no debe minarse la agilidad y autonomía de acción de las relatorías, sin las cuales pueden perder gran parte de su utilidad. Por otra parte, no debe olvidarse que las relatorías son de la CIDH y no de los órganos políticos de la OEA, por lo cual corresponde sólo a aquélla y nunca a éstos determinar la pertinencia y el contenido de un eventual “código de conducta”.

Como quiera que sea, se trata de temas referidos al modo cómo la CIDH entiende descargarse de su mandato, sobre el cual tiene plena autonomía para adoptar las decisiones que estime apropiadas, sujetas a la realidad con la que le corresponde enfrentarse, la opinión de todos los interesados y, en definitiva, sus propios criterios y prioridades.

b. Sobre el Informe Anual de la CIDH a la Asamblea General

De acuerdo con la CADH, es atribución de la CIDH “preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones” (art. 41.c). Los términos en los que esta disposición convencional está redactada ponen en evidencia que se trata de un tema que entra de lleno en la autonomía de la Comisión, puesto que es a ella y sólo a ella a quien corresponde juzgar cuáles son los informes o estudios convenientes para el desempeño de sus funciones, lo cual comprende necesariamente el contenido de dichos informes o estudios.

La demanda de los Estados plasmada en el Informe del Grupo de Trabajo toca dos puntos sensibles del Informe Anual de la CIDH a la Asamblea General: el Capítulo IV del Informe y los informes de las relatorías.

El Capítulo IV es la parte del Informe Anual donde la Comisión analiza la situación de derechos humanos en países que a su juicio, de acuerdo con criterios preestablecidos, ameritan su atención especial. Los Estados han expresado su aspiración de que el Capítulo IV o bien desaparezca, o bien esté referido a la totalidad de los Estados miembros

de la OEA. En ambos casos, la función que debería cumplir el Capítulo IV se desvanecería.

La eficacia del análisis del actual Capítulo IV depende, en gran medida, de la seriedad con la que los órganos políticos de la OEA lo consideren y del interés que le presten, el cual ha sido progresivamente decreciente. Esta última circunstancia podría llevar a la CIDH a considerar otros mecanismos para el mismo fin. Sin embargo, el respeto a la autonomía de la CIDH impone, en primer lugar, respetar el ejercicio de su atribución exclusiva relativa a la elaboración de su Informe Anual (o de cualquier otro), conforme al artículo 41.c de la Convención. En segundo lugar, no invadir su capacidad de juzgar si la situación de los derechos humanos en un determinado país, conforme a criterios preestablecidos y bien delineados, merece su vigilancia especial y su llamado de atención a la comunidad internacional, cuestiones que son de la esencia de la protección y la promoción internacionales de los derechos humanos.

Algo análogo ocurre con la inclusión de los informes de las relatorías temáticas de la CIDH en su Informe Anual. La CIDH ha juzgado apropiado destacar en capítulo aparte el relativo a la Libertad de Expresión y los Estados aspiran a que todos los informes se incluyan en un solo capítulo. Esta es una materia de la apreciación de la CIDH, que está sujeta a redactar su Informe Anual en los “términos que considere convenientes para el desempeño de sus funciones”. Puede y debe tomar en consideración las observaciones y aspiraciones de la Asamblea General como destinataria de ese Informe, pero ésta no puede imponerle un modelo sin violar el artículo 41.c de la Convención.

c. Sobre el trámite de peticiones

El Informe del Grupo de Trabajo también contiene críticas sobre el trámite de las peticiones, la mayor parte de las cuales está referida al ritmo insatisfactorio del mismo. Con toda seguridad, esta queja está presente de una manera más viva del lado de las víctimas y de la sociedad civil.

Es notorio que las peticiones sufren de demoras inadmisibles desde el punto de vista del debido proceso. Sin embargo, es también evidente

que la causa principal de este mal radica en la desproporción entre el volumen de denuncias que se recibe y los recursos humanos y materiales de los que dispone la CIDH.

Algo parecido ocurre con la incidencia de soluciones amistosas que debería abrirse dentro del trámite de cada caso. Es obvio que alcanzar este tipo de soluciones para atender a los derechos de la víctima es conveniente para todos los interesados, pero también lo es que esas soluciones no se alcanzan por arte de magia. Es necesaria la presencia activa de la CIDH como instancia mediadora, lo cual supone la capacidad para sugerir soluciones creativas, oídas las posiciones de las partes. Una instancia mediadora requiere de personal y de recursos materiales, de los cuales la CIDH carece. Empezar mediaciones de manera sistemática sin la estructura adecuada, sólo puede conducir a que la mediación se frustre mientras el trámite del fondo se demora aún más, en perjuicio de la víctima, que es el objeto primordial de la atención de la protección de los derechos humanos.

En ambos casos, los Estados tienen a su alcance la creación de las condiciones para que el trámite de las peticiones sea rápido y contenga una incidencia útil para procurar una solución amistosa, como lo es dotar a la CIDH de un presupuesto adecuado para cumplir cabalmente con todas sus atribuciones en este ámbito; pero nuevamente se pone de manifiesto el recurrente doble estándar de los Estados: exigir, pero no contribuir.

Buena parte de estos temas, pues, se conectan indisolublemente con la precaria dotación presupuestaria del SIDH, y de la Comisión en particular. Este sería un aspecto donde podría hacerse sentir, si fuera genuina, la preocupación de los órganos políticos de la OEA y de sus Estados miembros por el fortalecimiento genuino del SIDH, única actividad de la OEA que proporciona utilidad tangible y directa a los pueblos de América y que se compadece a plenitud con los propósitos que la Organización ha declarado como los suyos. Sin embargo, los resultados son decepcionantes a lo largo de la historia y no lo es menos el Informe del Grupo de Trabajo.

d. Sobre el déficit presupuestario crónico de la CIDH

La CIDH recibe el 5% del presupuesto regular de la OEA (US\$ 4.329.800), con lo que sólo logra cubrir el 54% de sus necesidades financieras para sostener el ejercicio de sus atribuciones institucionales, más los numerosos mandatos específicos que progresivamente recibe de la Asamblea General, sin la dotación presupuestaria correspondiente⁵². Como lo expresó la CIDH en su documento de Posición frente la Informe del Grupo de Trabajo,

[...] en los últimos años, la Comisión ha manifestado de manera reiterada que los fondos asignados en el presupuesto general de la OEA para su funcionamiento resultan insuficientes para cumplir adecuadamente su mandato. Esta insuficiencia no se limita a su capacidad de gestión logística, sino que afecta seriamente su capacidad para cumplir las funciones convencionales y los demás mandatos asignados por la Asamblea General de la OEA. La falta de recursos de la Comisión cuyo origen, como se ha mencionado, se remonta por lo menos un par de décadas atrás, se ha profundizado debido a las crecientes exigencias que tiene la CIDH⁵³.

Buena parte de las debilidades de la CIDH (y del SIDH en su conjunto) son consecuencia de su debilidad financiera y no pueden resolverse mientras esa debilidad no se solventa. Es un tema de la mayor urgencia que los Estados no parecen acometer con el mismo sentido de urgencia aprobado en Cochabamba para minar las atribuciones de la CIDH.

En efecto, el Grupo de Trabajo “reconoció que es responsabilidad principal de los Estados Miembros dotar de recursos suficientes a los órganos del SIDH, los cuales deben provenir principalmente del presupuesto regular de la Organización de los Estados Americanos”⁵⁴. Sin embargo, concluyó “que deben buscarse **soluciones realistas** para lograr un fortalecimiento financiero del SIDH de **manera gradual**

⁵² Véase, <<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/finanzas/2011esp.pdf>>.

⁵³ CIDH, Documento de Posición sobre el Proceso de Fortalecimiento del Sistema Interamericano para la Protección de los Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 8 de abril de 2002, párr. 33.

⁵⁴ Informe del Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el Funcionamiento de la Comisión Interamericana... punto 7.

hasta alcanzar en el mediano plazo el financiamiento con recursos del presupuesto regular⁵⁵ (énfasis agregados). Algunas de las críticas dirigidas a la CIDH por ciertos gobiernos han estado dirigidas a la recepción de contribuciones especiales para ciertas actividades, particularmente a la circunstancia de que esas contribuciones nutran más las actividades de la Relatoría para la Libertad de Expresión que las de las demás relatorías de la Comisión. Esto configura un cuadro que habla por sí solo, pues mientras se deniegan recursos suficientes a la CIDH para funcionar adecuadamente dentro del presupuesto ordinario de la OEA, se la critica por recibir donaciones destinadas a la libertad de expresión, “piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática”. La suma de estas dos posiciones crearía una situación financiera completamente insostenible para la CIDH.

No hay pues, perspectivas de incrementos presupuestarios en el corto plazo, sino en el sempiterno “mediano plazo”, con el cual el lenguaje diplomático busca encubrir la vergüenza de la denegatoria de recursos a un órgano al que se critica precisamente por omisiones debidas a no contar con ellos y por buscarlos en contribuciones especiales.

La historia del SIDH, y en particular la de la Comisión, está llena de promesas incumplidas en materia financiera. La OEA financia un aparato burocrático cuya utilidad para los pueblos, e incluso para los gobiernos de las Américas, es harto discutible. Su única actividad al servicio directo de las personas bajo la jurisdicción de los Estados americanos es la que se cumple bajo el SIDH. Sin embargo, de manera reiterada los órganos políticos de la misma OEA han puesto de manifiesto que su prioridad no es la de financiar su propio sistema de derechos humanos, sometiendo a la Comisión y a la Corte a buscar fuera de la organización a donantes que estén dispuestos a sostenerlas. Esto es vergonzoso.

La negativa a revisar ese comportamiento crónico y a mantener el compromiso con el SIDH en el ámbito del “mediano plazo” revela lo que, en mi parecer, es la verdad subyacente: no hay disposición real para resolver la situación financiera de la CIDH. La asfixia política que se

⁵⁵ *Ibidem*.

acordó en Cochabamba será el nuevo aderezo de la asfixia financiera a la que se la somete desde hace décadas.

Conclusiones

1. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos está bajo una amenaza real contra su integridad. En este momento el blanco de los ataques de los gobiernos que lo adversan se ha centrado en la Comisión, cuya independencia está en peligro por obra de lo resuelto en Cochabamba. El Informe del Grupo de Trabajo, que fue un documento de propuestas, apto para un debate constructivo, fue convertido en un proyecto de ucuse de la Asamblea General, que puede pretender imponerse a la CIDH y a los pueblos de América, con desdén manifiesto por el Derecho internacional.
2. Hay que reconocer, sin embargo, que existe aún la posibilidad de evitar males mayores. El Grupo de Trabajo se esforzó por hacer una contribución equilibrada y destinada a enriquecer el debate, mediante las recomendaciones que dirigió a la CIDH, a los gobiernos y al Secretario General. Aun después de Cochabamba, el Presidente del Grupo de Trabajo ha venido tratando de equilibrar las posiciones, lo cual debe ser reconocido y bien recibido. La CIDH, por su lado, tras un amplio período de consultas, que incluyó varios foros regionales⁵⁶, ha elaborado una cuidadosa y bien articulada respuesta a las recomendaciones contenidas en el Informe del Grupo de Trabajo⁵⁷, la cual fue objeto de un nuevo intercambio en Washington, con los gobiernos y con la sociedad civil.
3. Es posible, pues, que ha través de un debate bien meditado se construya un escenario de menos confrontación, que evite un

⁵⁶ Tras una primera convocatoria e Washington, antes de la Asamblea de Cochabamba, hubo foros en Bogotá, Santiago, San José, Ciudad de México y Puerto España.

⁵⁷ Respuesta de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos respecto de las recomendaciones contenidas en el Informe del Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el Funcionamiento de la CIDH para el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Disponible en: <<http://www.oas.org/es/cidh/fortalecimiento/docs/RespCP.pdf>>.

desenlace devastador para el SIDH. Lo ocurrido hasta ahora, sin embargo, es bastante para denotar una inquietante patología en la relación de los gobiernos americanos con su sistema regional de derechos humanos. Las democracias latinoamericanas, sobre las que se sustenta el sistema de la CADH, son, en general, democracias incompletas e imperfectas, que arrastran con frecuencia una debilidad endémica de sus sistemas judiciales. No tiene nada de extraño que se acuda a la Comisión y a la Corte cuando no se ha podido obtener justicia o protección en las instancias internas. El SIDH es complementario de las instituciones nacionales; no las sustituye, pero tampoco las ofende cuando verifica si sus actuaciones se han apartado de las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos. En ese sentido, las instancias internacionales son indisociables del Estado de Derecho y de las instituciones democráticas de los Estados sometidos a su jurisdicción. La desmesurada reacción de numerosos gobiernos de origen legítimo con respecto a actuaciones de la Comisión (o de la Corte) que les resultan molestas, pone en cuestión la solidez del compromiso de esos gobiernos con la democracia, el Estado de Derecho y el respeto a los derechos humanos. Es una reacción que desborda a los intentos de las viejas dictaduras militares para anonadar y desprestigiar a la CIDH. Los gobiernos americanos elegidos por el pueblo fraguaron la conjura de Cochabamba, que daría al traste con un sistema que se ha construido durante cincuenta años y que debería ser objeto del orgullo de la OEA, como uno de los más apreciables componentes de su acervo. No ha sido así. Cabía esperar otra cosa.

Impacto de las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y aportes a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales

*Manuel E. Ventura Robles**

Introducción

Ha sido para mí de gran interés preparar esta charla para el XXX Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, titulada “Sistema Interamericano de Derechos Humanos: historización, debate actual y perspectivas al futuro”. La preparación de este trabajo me ha permitido revisar por una parte, el impacto que ha tenido la jurisprudencia sobre reparaciones en los Estados Partes y sus respectivos ordenamientos jurídicos y por otra parte, la evolución de la justiciabilidad de los derechos económicos sociales y culturales (DESC) en la jurisprudencia del Tribunal.

En primer lugar, hablaré acerca del sustento normativo de las medidas de reparación que ordena la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, la Corte Interamericana, la Corte, el Tribunal) en sus sentencias. En segundo lugar, abordaré el tema del impacto y el efecto expansivo de la jurisprudencia de la Corte, en especial sus reparaciones, en los ordenamientos jurídicos de los Estados. Posteriormente, analizaré el tema de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales a través de la jurisprudencia sobre la

* Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; miembro ex-officio del Instituto Interamericano de Derechos Humanos; miembro de la International Law Association; miembro de la American Society of International Law; miembro del Instituto Hispano-Luso-Americano y Filipino de Derecho Internacional; miembro honorario de la Asociación Costarricense de Derecho Internacional y reconocido por ésta con el Premio “Manuel María de Peralta”; miembro correspondiente de la Asociación Argentina de Derecho Internacional; miembro del Consejo Editorial de la Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos; miembro del Consejo Editorial del Boletín de la Sociedad Brasileña de Derecho Internacional; Presidente Honorario del Instituto Colombiano de Derechos Humanos.

materia. Finalmente, algunas conclusiones sobre los temas estudiados el día de hoy.

Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte IDH

La obligación de reparar por parte de un Estado que haya sido condenado por una sentencia de la Corte Interamericana, nace del artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que señala:

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

Además, la jurisprudencia de la Corte ha establecido que es un principio de derecho internacional que toda violación a una obligación internacional que resulte en daños y perjuicios, crea un deber de reparar adecuadamente. Al producirse un hecho ilícito imputable al Estado, surge la responsabilidad internacional de éste por violación de una norma internacional, con el consecuente deber de reparar y hacer cesar las consecuencias de la violación.

En general, las medidas de reparación tienen como objeto fundamental proporcionar a la víctima y sus familiares la *restitutio in integrum* de los daños causados. Las reparaciones se clasifican en medidas de satisfacción e indemnización. En este sentido, el Tribunal ha tenido en cuenta tres factores para determinar las medidas de reparación: la justicia, la no repetición de los hechos y el reconocimiento público de responsabilidad o satisfacción. Estos tres factores, individualmente y combinados entre sí, contribuyen a la reparación integral por parte del Estado de la violación de sus obligaciones internacionales.

En su jurisprudencia, la Corte Interamericana ha sentado los principios básicos de la valoración de los distintos daños producidos por un acto ilícito, los cuales han sido clasificados, según tengan intrínseco valor económico, en dos grandes categorías: daños de carácter material y daños de carácter inmaterial.

El daño material atiende a las consecuencias de carácter patrimonial que tienen un nexo causal directo con el hecho ilícito. Entre los daños materiales reconocidos por la Corte se encuentran el daño emergente, el lucro cesante o pérdida de ingresos y el daño al patrimonio familiar, considerado de manera independiente. La indemnización ha sido vista como el medio de reparación natural de este tipo de daños.

Por otra parte, según la jurisprudencia del Tribunal, el daño inmaterial incluye “los sufrimientos y las aflicciones causadas a las víctimas, 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”¹. Dentro de los daños inmateriales, la Corte ha reconocido, aunque no siempre explícitamente, daños de tipo moral, psicológico y físico, y de carácter colectivo. Como se verá más adelante, si bien el daño inmaterial carece *per se* de valor económico, la indemnización compensatoria continúa siendo el medio de reparación más frecuente al momento de repararlo, aunque no la única.

Además de las medidas de reparación, se requieren indemnizaciones pecuniarias por parte del Estado que ha incurrido en la violación de sus obligaciones internacionales y convencionales. El propósito principal de la indemnización es remediar los daños – tanto materiales como morales – que sufrieron las partes perjudicadas. Las indemnizaciones deberán incluir el reembolso de todos los costos y gastos que la víctima, sus familiares o sus representantes hayan tenido que realizar y que deriven de la representación en procedimientos ante cortes nacionales y en el ámbito internacional.

En términos generales podemos decir que la sentencia busca mediante la reparación, la restitución del derecho conculcado, la indemnización, la satisfacción, la rehabilitación de las víctimas y medidas de no repetición. La sentencia constituye *per se* una forma de reparación. La Corte Interamericana ha sido exhaustiva en el examen y la determinación de medidas que garanticen los derechos conculcados y la reparación de las consecuencias que las violaciones hayan producido.

¹ Corte IDH, *Caso Cantoral Huamani y García Santa Cruz vs. Perú*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 10 de julio de 2007, Serie C No. 167.

Estas medidas han incluido, generalmente, el pago de una indemnización por los daños ocasionados, pero no se reducen a éste. El régimen de reparaciones de la Corte se caracteriza por su perspectiva integral y no sólo patrimonial. La incorporación de reparaciones de carácter positivo y no pecuniario buscan asegurar, entre otros, la rehabilitación y satisfacción de la víctima, así como la no repetición de los hechos lesivos.

En este sentido, la Corte ha ordenado entre otras formas de reparación, las siguientes: realización de programas habitacionales; tratamientos médicos y psicológicos; determinación del paradero de la víctima y, en su caso, la búsqueda de sus restos y entrega a sus familiares; publicación de partes pertinentes de la sentencia; actos públicos de reconocimiento de responsabilidad y desagravio a la víctima; monumentos; medidas educativas; formación y capacitación en derechos humanos; delimitación de tierras; inversión en obras comunales; adecuación de condiciones carcelarias; tipificación de delitos; fondos de desarrollo, y medidas de derecho interno.

Al atender las situaciones que han configurado la violación de derechos humanos y buscar medidas que logren reparar los daños producidos, la Corte ha sido innovadora en su jurisprudencia, incluso, podríamos considerar que en esta materia se encuentra la jurisprudencia más innovadora y progresista que ningún tribunal internacional haya dictado. Es sin duda, el tribunal internacional que más ha desarrollado el concepto de reparación y en el sentido de ser una reparación integral. Esto implica cuando existe un caso concreto en que se ha probado un daño, reparar a la víctima en una dimensión individual y a su familia en una dimensión social; en otros casos, dar una reparación a una comunidad indígena y evitar que los hechos que originaron la violación, cuando son estructurales, no vuelvan a suceder. Este punto acerca de las reparaciones emitidas por la Corte, en casos de impunidad como en casos de graves violaciones a los derechos humanos, es clave en el impacto que ésta tiene en la Región.

Impacto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Los casos resueltos por la Corte Interamericana suelen convertirse en casos emblemáticos, y en una fuente de inspiración doctrinaria y jurisprudencial para los tribunales nacionales, ya que tratan sobre cuestiones trascendentes que requieren una solución a la luz de la CADH. En este sentido, las decisiones de la Corte tienen un impacto que va más allá de los límites específicos de cada caso en concreto, ya que la jurisprudencia que se va formando a través de sucesivas interpretaciones influye en los países de la Región a través de reformas legales o jurisprudencia local, que incorporan los estándares fijados por la Corte Interamericana al derecho interno. Esto se puede ver, por ejemplo, en el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, la Comisión Interamericana), que dispone que los casos serán sometidos a la Corte cuando – entre otras circunstancias – exista la necesidad de desarrollar o aclarar la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH, el Sistema), o los casos puedan tener un eventual efecto positivo en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

Como puede observarse, el Sistema supone que una interpretación coherente de la CADH para todos los países de la Región, es una condición indispensable para la efectiva vigencia de los derechos humanos en todo el Hemisferio americano. A continuación se repasarán algunos casos emblemáticos de la Corte, por medio de los cuales se puede observar la interacción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, mediante las reparaciones ordenadas por ésta, con el derecho interno de los Estados parte, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Posterior a ello, se procederá a comentar algunos casos relacionados con la justiciabilidad de los DESC.

El Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica² encuentra su origen en las violaciones cometidas por el Estado de Costa Rica al haber emitido, el 12 de noviembre de 1999, una sentencia penal condenatoria como

² Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C No. 107.

consecuencia de que se publicaron en el periódico “La Nación” diversos artículos escritos por el periodista Mauricio Herrera Ulloa, cuyo contenido consistía en una reproducción parcial de reportajes de la prensa escrita belga que atribuían a un diplomático costarricense la comisión de hechos ilícitos graves. Como efecto derivado de tal sentencia, el ordenamiento jurídico costarricense exigía que se anote la sentencia condenatoria dictada contra el señor Herrera Ulloa en el Registro Judicial de Delincuentes.

Además de la violación a la libertad de expresión, la Corte consideró que el recurso de casación en Costa Rica era sumamente restringido y no estaba acorde con los parámetros convencionales, que permiten una revisión amplia. Como consecuencia de lo anterior, Costa Rica debió dejar sin efecto la sentencia emitida por el tribunal penal y adecuar su ordenamiento jurídico interno a lo establecido en el artículo 8.2.h (garantías judiciales) de la CADH. Esto conllevó modificar su legislación interna en material procesal penal, con el propósito de garantizar el derecho a recurrir el fallo ante un juez superior, y reformar su recurso de casación.

En este sentido, en cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana, la Asamblea Legislativa aprobó la ley mediante la cual estableció diversas reformas al Código Procesal Penal, amplió el régimen de impugnación de sentencias con la incorporación del recurso de apelación de sentencia penal, reformó el recurso de casación y revisión, y fortaleció el principio de oralidad en los procesos penales. Además, esta ley creó el recurso de apelación de sentencia, disponiendo que son apelables todas las sentencias y los sobreseimientos dictados en la fase de juicio. El recurso de apelación permitirá el examen integral del fallo, cuando la parte interesada alegue inconformidad con la determinación de los hechos, la incorporación y la valoración de la prueba, la fundamentación jurídica o la fijación de la pena. El tribunal de alzada se pronunciará sobre los puntos que le sean expresamente cuestionados, pero declarará, aun de oficio, los defectos absolutos y quebrantos al debido proceso que se encuentren en la sentencia.

Costa Rica cumplió con la sentencia. A manera de ejemplo, resalta el hecho que, desde la emisión de la sentencia de la Corte al momento

de la reforma, fueron presentados ante la Comisión Interamericana más de mil quinientos casos similares. Sin embargo, con el hecho de que la Corte haya resuelto un problema estructural que existía en Costa Rica, se espera que con la aplicación de esta nueva ley se subsanen esas falencias.

El Caso *Claude Reyes vs. Chile*³ versa sobre el acceso a la información pública en casos de interés público. Los hechos se refieren a la petición de tres ciudadanos chilenos que requirieron información al Comité de Inversiones Extranjeras con relación a un proyecto de deforestación que se llevaría a cabo en la región sur de Chile, y que podía ser perjudicial para el medio ambiente e impedir el desarrollo sostenible del país. El Comité da cierta información y dice que la otra es de carácter reservado. Ante esta decisión administrativa, éstas personas, junto con un grupo de abogados, presentan una acción de tutela ante los tribunales argumentando que el derecho a la libertad de expresión consagra, en cuestiones de interés público, el derecho de acceso a toda la información pública, de acuerdo con los diversos tratados internacionales. La Corte Suprema ratifica la decisión administrativa y dice que hay cierta información que el Estado se puede reservar.

La Corte Interamericana establece, en primer lugar, que las cuestiones de interés público deben ser conocidas públicamente y ser accesibles a cualquier persona. Con base en esto, la Corte obligó al Estado chileno, a través de su sentencia, a: entregar la información solicitada por las víctimas, y adoptar las medidas necesarias para garantizar el derecho de acceso a la información bajo el control del Estado y a realizar la capacitación a los órganos, autoridades y agentes públicos encargados de atender las solicitudes de acceso a información, incorporando los parámetros convencionales que deben respetarse en materia de restricciones al acceso a dicha información. El Estado chileno no solo cumplió con la sentencia de la Corte, sino que además, durante el gobierno de la presidenta Bachelet, se cambió toda la cultura jurídica sobre el concepto de acceso a la información pública, se creó una ley que la regula, se creó el consejo de transparencia y se pasó

³ Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 19 de septiembre de 2006, Serie C No. 151.

toda la información de carácter reservado a carácter público, salvo las excepciones obvias.

Esto significa que con un solo caso se cambió no sólo el ordenamiento jurídico, sino la institucionalidad completa sobre acceso a la información pública en Chile, lo que permitió que cientos de casos más, similares a este, no llegaran a convertirse en violaciones a los derechos humanos. Así, se vio beneficiada la sociedad, la democracia y el Estado de Derecho. Esta sentencia ha sido también el precedente para que, recientemente, la Organización de los Estados Americanos (OEA) haya aprobado una ley modelo sobre acceso a la información pública para implementarla en los países del Continente que aún no la tienen, basándose en los criterios dados por el Tribunal. Asimismo, en Paraguay existen una serie de decisiones de la Corte Suprema en donde, amparándose en la sentencia de la Corte, se da acceso hoy en día a las y los ciudadanos a cuestiones de interés público que antes les eran reservadas. Esto demuestra como un solo caso ha ido calando poco a poco en los demás países de la Región, para ir cambiando el concepto de derecho de acceso a la información.

Por último, otro caso clave para ejemplificar el impacto de la jurisprudencia sobre reparaciones de la Corte Interamericana es el Caso Radilla Pacheco vs. México⁴. Los hechos de este caso se refieren a la desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco, que tuvo lugar desde el 25 de agosto de 1974, a manos de efectivos del Ejército en el estado de Guerrero, México. Al momento del juicio ante la Corte, el Estado mexicano no había establecido el paradero de la víctima ni encontrado sus restos. A más de 33 años de los hechos, existía total impunidad, ya que el Estado no había sancionado penalmente a los responsables, ni asegurado a los familiares una adecuada reparación.

En las disposiciones sobre reparaciones emitidas en la sentencia, la Corte dispuso que el Estado mexicano, entre otras cosas, debía: a) adoptar las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares

⁴ Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. México*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C No. 209.

internacionales en la materia y de la CADH; b) adoptar las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 215 A del Código Penal Federal con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, y c) implementar, en un plazo razonable y con la respectiva disposición presupuestaria, programas o cursos permanentes relativos al análisis de la jurisprudencia del SIDH con relación a los límites de la jurisdicción penal militar, así como un programa de formación sobre la debida investigación y juzgamiento de hechos constitutivos de desaparición forzada de personas.

A raíz de esta sentencia y otras relativas al Estado mexicano, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de los Estados Unidos Mexicanos adoptó una serie de tesis jurisprudenciales relativas a la posición de las sentencias de la Corte IDH en el ordenamiento jurídico mexicano, y el control de convencionalidad que todos los jueces nacionales deben implementar. A continuación se hace una pequeña mención a cada una de estas tesis:

- **Tesis TA 65-2011 9a.** Las sentencias emitidas por la Corte Interamericana son vinculantes en sus términos cuando el Estado mexicano ha sido parte en el litigio.
- **Tesis TA-66-2011 9a.** Los criterios emitidos por la Corte IDH cuando el Estado mexicano no ha sido parte en el litigio, son orientadores para los jueces mexicanos siempre que sean más favorables a la persona, en términos del artículo 1 de la Constitución Federal.
- **Tesis TA-67-2011 9a. Control de convencionalidad *ex officio*.** Los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior. Aunque los jueces no pueden hacer declaraciones generales sobre la invalidez de una norma contraria a los derechos humanos o expulsarla del ordenamiento jurídico, sí están obligados a dejar de aplicarla, dando preferencia a la Constitución y a los tratados sobre la materia.

- **Tesis TA-68-2011 9a. Parámetro de análisis del control de convencionalidad.** El control de convencionalidad debe ser acorde con el control de constitucionalidad. El parámetro de análisis del control de convencionalidad se integra de la siguiente manera: a) todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación; b) todos los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales en los que México sea parte; c) los criterios vinculantes de la Corte IDH derivadas de las sentencias en las que el Estado mexicano haya sido sea parte, y d) los criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado mexicano no haya sido parte.
- **Tesis TA-69-2011 9a. Pasos a seguir en el control de constitucionalidad y en el control de convencionalidad.** La posibilidad de inaplicación de leyes por los jueces del país en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, precisamente, parte de esa presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación. En ese orden de ideas, el Poder Judicial, al ejercer un control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos, deberá realizar los siguientes pasos: a) interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país – al igual que todas las demás autoridades del Estado mexicano – deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; b) interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos, y c) inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios

de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte.

- **Tesis TA-70-2011 9a. Sistema de control constitucional.** En México el sistema de control constitucional es mixto. Por un lado es concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control (acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto) y, por otro, es difuso en el resto de los jueces del país en forma incidental en los procesos ordinarios en los que son competentes.
- **Tesis TA-71-2011 9a. Restricción interpretativa del fuero militar.** En cumplimiento de lo ordenado por la Corte Interamericana en el Caso Radilla Pacheco vs. México, la Suprema Corte declaró que el artículo 57(II) del Código de Justicia Militar, que permite el juzgamiento de militares involucrados en violaciones a los derechos en el fuero militar, es incompatible con lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución Federal y los artículos 2 y 8.1 de la CADH.

Con estas tesis jurisprudenciales, dignas de aplauso, la Suprema Corte de Justicia de la Nación consolida una protección más eficaz de los derechos humanos en el territorio mexicano, y permitirá que los jueces nacionales subsanen violaciones a los derechos humanos derivadas de leyes incompatibles con el ordenamiento internacional, lo que a su vez evitará que el Estado sea denunciado en instancias internacionales como el SIDH. La posición mexicana es un ejemplo a seguir en la Región y contrasta radicalmente con la posición de otros tribunales internos, que más bien se han alejado de sus obligaciones internacionales y los compromisos adquiridos al ratificar la Convención Americana.

Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En el año 2003, la Corte resuelve el primer caso en el cual la CIDH y los representantes de las víctimas alegaron directamente una afectación al artículo 26 de la CADH. Es el Caso Cinco Pensionistas vs. Perú⁵, el cual se basaba en el hecho de que el Estado peruano, al haber reducido el monto de las pensiones de las víctimas, no cumplió con su deber de promover el desarrollo progresivo de sus DESC y, particularmente, no les garantizó el desarrollo progresivo al derecho a la pensión.

Al respecto, la Corte apuntó que los DESC tienen una dimensión tanto individual como colectiva y que su desarrollo progresivo debía ser medido en función de la creciente cobertura de los DESC en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social. Cabe recordar que el artículo 1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) – obligación de adoptar medidas –, hace referencia a la necesidad de lograr de manera progresiva y de conformidad con el derecho interno, la plena efectividad de los derechos reconocidos en dicho instrumento. Aún así, la Corte consideró que en este caso se encontraba ante un muy limitado grupo de pensionistas, no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente. En virtud de lo anterior, consideró procedente desestimar la solicitud de pronunciamiento sobre el desarrollo progresivo de los DESC en el Perú, en el marco de este caso.

No obstante lo anterior, en este caso la Corte se refirió al derecho a la seguridad social, que se encuentra regulado en el artículo 9 del Protocolo de San Salvador, el cual establece que “toda persona tiene el derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para

⁵ Corte IDH, *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C No. 98.

obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa”. Lo anterior implicó necesariamente la interpretación de algunos DESC, tales como el señalado anteriormente, el derecho al desarrollo progresivo de estos derechos y las condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo.

La Corte estimó que, si bien el derecho a la pensión nivelada es un derecho adquirido de conformidad con el artículo 21 de la CADH, los Estados pueden poner limitaciones al goce del derecho de propiedad por razones de utilidad pública o interés social. En el caso de los efectos patrimoniales de las pensiones (monto de las pensiones), los Estados pueden reducirlos únicamente por la vía legal adecuada. Sin embargo, la Corte señaló en las consideraciones del presente caso, el hecho de que por su parte, el artículo 5 del Protocolo de San Salvador sólo permite a los Estados establecer limitaciones y restricciones al goce y ejercicio de los DESC, “mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos”. En toda y cualquier circunstancia, si la restricción o limitación afecta el derecho a la propiedad, ésta debe realizarse de conformidad con los parámetros establecidos en el artículo 21 de la CADH.

Con base en lo anterior, la Corte constató que al haber cambiado arbitrariamente el monto de las pensiones que venían percibiendo las presuntas víctimas y al no haber dado cumplimiento a las sentencias judiciales emitidas con ocasión de las acciones de garantía interpuestas por éstas, el Estado violó el derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la CADH, en perjuicio de las víctimas en este caso.

Cabe mencionar que, según el Tribunal, los hechos ocurridos en este caso causaron daños a los pensionistas debido a que se les disminuyó la calidad de vida al reducirseles sustancialmente las pensiones de manera arbitraria, y a que se incumplieron las sentencias judiciales emitidas a su favor. Es de suma importancia recordar acá el concepto de calidad de vida, el cual es considerado el común denominador de los DESC. Por estas razones, la Corte estimó que el daño inmaterial ocasionado debía además ser reparado, por vía sustitutiva, mediante una indemnización compensatoria, conforme a la equidad.

Sin embargo, en el año 2009, mediante su sentencia en el Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú⁶, la Corte fue más allá y realizó algunas precisiones adicionales sobre el alcance del artículo 26 de la CADH. Este caso se refería al incumplimiento de sentencias judiciales del Tribunal Constitucional del Perú, que ordenaban que la Contraloría General de la República cumpliera con abonar a 273 integrantes de la Asociación de Cesantes y Jubilados de la Contraloría General de la República, las remuneraciones, gratificaciones y bonificaciones que perciben los servidores en actividad de la citada Contraloría que desempeñen cargos idénticos, similares o equivalentes a los que tuvieron los cesantes o jubilados. En este sentido, si bien el Estado había dado cumplimiento parcial a un extremo de la sentencia del Tribunal Constitucional al nivelar las pensiones de las víctimas, no había cumplido con restituir los montos pensionarios retenidos.

En este caso, la Corte consideró pertinente recordar la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello. Al respecto, señaló que el desarrollo progresivo de los DESC y su plena efectividad no podrá lograrse en un breve período de tiempo y que, en esa medida, requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo y las dificultades que implica para cada país el asegurarla. En el marco de dicha flexibilidad, el Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido. Así, la implementación progresiva de esas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido

⁶ Corte IDH, *Caso Acevedo Buendía y otros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”) vs. Perú, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1 de julio de 2009, Serie C No. 198.

por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos.

La Corte consideró además que, con base en lo anterior, se desprende un deber, si bien condicionado, de no-regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho. En la misma línea, la CIDH ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la CADH, se deberá determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso.

Dentro de la evolución jurisprudencial del Tribunal, es de mucha importancia resaltar dos conclusiones que realiza la Corte en torno a los DESC. La primera de ellas es que la implementación progresiva de las medidas que adopten los Estados para hacer efectivos estos derechos, podrá ser objeto de rendición de cuentas ante el SIDH. La segunda, es en el sentido de que la regresividad resulta justiciable cuando de DESC se trate.

Por último, en su sentencia del año 2010 en el Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay⁷, el cual radicaba en la responsabilidad internacional del Estado por la falta de garantía del derecho de propiedad ancestral de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek y sus miembros, ya que desde 1990 se encontraba tramitándose la solicitud de reivindicación territorial de la comunidad, sin que a la fecha de la sentencia se hubiera resuelto satisfactoriamente. Lo anterior significó no sólo la imposibilidad de la comunidad de acceder a la propiedad y posesión de su territorio, sino que, por las propias características de la misma, implicó mantenerla en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, que amenazaban en forma continua la supervivencia de los miembros de la comunidad y la integridad de la misma.

En este caso, la Corte, al analizar el derecho a la vida digna, señaló que un Estado no puede ser responsable por cualquier situación de riesgo al derecho a la vida. Teniendo en cuenta las dificultades que implica la planificación y adopción de políticas públicas y las elecciones de

⁷ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214.

carácter operativo que deben ser tomadas en función de prioridades y recursos, las obligaciones positivas del Estado deben interpretarse de forma que no se imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada. 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. Además, cabe resaltar que la Corte consideró dentro del derecho a la vida digna elementos tales como acceso y calidad del agua, alimentación, salud y educación, los cuales si bien son DESC, fueron analizados a través de un derecho civil y político, como es el derecho a la vida. En consecuencia, la Corte declaró que el Estado no brindó las prestaciones básicas para proteger el derecho a una vida digna en estas condiciones de riesgo especial, real e inmediato para un grupo determinado de personas, lo que constituyó una violación del derecho a la vida de los miembros de esa comunidad.

Conclusiones

Con unos pocos ejemplos, he puesto de relieve el impacto de las sentencias de la Corte IDH en la Región, incluyendo los más variados temas: desde reformas constitucionales, delimitación de propiedad comunitaria indígena, autoamnistías, libertad de pensamiento y expresión, desaparición forzada de personas, masacres, derechos de la mujer y hasta jurisdicción militar, entre otros.

Con el paso de los años, la influencia de la jurisprudencia de la Corte ha ido aumentando, debido a que el número de casos que se somete al Tribunal ha venido aumentando también. Las distintas y nuevas temáticas que hoy día aborda le han permitido a su jurisprudencia tener un alcance aún mayor.

Sin embargo, esta es la mitad de la historia. La otra mitad se refiere a la aplicación de la jurisprudencia del Tribunal por parte de los órganos judiciales de los países, así como de sus operadores de justicia. En este sentido, considero fundamental el control de convencionalidad por

parte de los tribunales nacionales con el fin de dar plena aplicación a la jurisprudencia de la Corte Interamericana. El control de convencionalidad consiste en el ejercicio o mecanismo de comparación entre el derecho interno y el derecho supranacional por los tribunales nacionales, o bien por la Corte Interamericana, con el propósito de darle el efecto útil a las normas de la CADH y la jurisprudencia del Tribunal en los casos concretos. De igual manera, todos y cada uno de nosotros, en nuestra función de abogados, debemos hacer ver a nuestros jueces su obligación de realizar un control de convencionalidad de las normas y medidas a aplicar en cada caso concreto.

Una de las principales conclusiones a las que podemos arribar es el vacío existente en el SIDH en cuanto a la justiciabilidad de los DESC. Lo anterior ha impedido que sean sometidos a la jurisdicción de la Corte, casos cuya violación esté directamente ligada a alguno de estos derechos y, a su vez, ésta se ha visto imposibilitada de declarar de forma directa una violación en contra de estos derechos. En su defecto, la Corte ha debido interpretar estos derechos a través de los derechos civiles y políticos o, en otros casos, interpretar estos últimos a la luz de los DESC.

A través de sus medidas de reparación integral, la Corte Interamericana ha podido ordenar a los Estados medidas tendientes a mejorar las condiciones sociales, económicas y culturales de las víctimas en diversos casos, lo que de una forma indirecta le ha permitido hacer valer estos derechos, que como se ha dicho con anterioridad, son inalienables al ser humano. Recordemos que el derecho a la vida establecido en el artículo 4 de la CADH implica no solamente una obligación negativa del Estado de no privar de la vida, sino además una acción positiva de éste, tendiente a asegurar un nivel de vida adecuado a sus habitantes, tomando en consideración su dignidad humana.

La estrecha conexión entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, basada en su indivisibilidad e interdependencia, ha permitido a la Corte establecer claras conexiones entre ambas categorías de derechos. La violación de uno de los primeros puede implicar la vulneración de alguno de los segundos, lo cual, a su vez, ha dado pie a la Corte para establecer, indirectamente, violaciones

a los DESC. El deber estatal de implementación progresiva de medidas tendientes al mejoramiento de las condiciones económicas, sociales y culturales podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos.

Por último, podemos considerar que la regresividad en materia de DESC puede resultar justiciable en virtud de la existencia para los Estados de un deber, si bien condicionado, de no-regresividad. En términos generales, esto implica que las leyes no deben empeorar la situación de regulación vigente de estos derechos. En todo caso, para evaluar si una medida regresiva es compatible con la CADH, se deberá determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso.

Si bien el marco normativo, por las razones expuestas anteriormente, no ha permitido a la Corte declarar violaciones directas a los derechos económicos, sociales y culturales, es evidente que ésta ha intentado por los medios a su alcance no desconocer estos derechos e incluirlos, en la medida de lo posible, dentro de sus consideraciones tanto de fondo como de reparación a las víctimas. Sin embargo, nos enfrentamos a la pregunta de si en un futuro, cercano o lejano, el Tribunal podrá determinar violaciones directas a estos derechos, sin necesidad de hacerlo a través de los civiles y políticos. En virtud de la evolución jurisprudencial mostrada en el presente estudio, podemos considerar que lo anterior no depende exclusivamente del Tribunal o de su voluntad para hacer justiciables tales derechos, sino que además implicaría cierto cambio en la normativa existente, así como la voluntad y gestión de los demás actores del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Cumplimiento y exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el marco del Sistema Interamericano. Avances y desafíos actuales

*Mónica Pinto**

En la inteligencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), la noción de derechos humanos comprende derechos civiles, económicos, políticos, sociales y culturales. Se trata de derechos y no de simples expectativas, por lo que el largo recorrido de los análisis sobre exigibilidad o justiciabilidad no hace sino corroborar lo que podía inferirse desde el principio, si son derechos, son exigibles.

En esta presentación, me propongo considerar el marco normativo del SIDH en materia de derechos económicos, sociales y culturales (DESC) a partir de la letra de los instrumentos y también de la práctica del Sistema. Voy a indagar en los mecanismos de protección, esto es, en el sistema de peticiones y en el de informes periódicos. En este último aspecto, me propongo presentar el criterio de los indicadores de progreso adoptado y aprobado por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA).

El SIDH en materia de DESC

Señalaba que la noción de derechos humanos comprende a los DESC. Este dato es claro en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, que enuncia los “derechos esenciales del hombre” en un orden que no refleja jerarquías ni prioridades, pero que expresa la cosmovisión heredada del período colonial. Así, en la enunciación de los derechos protegidos, encuentran su lugar: el derecho a la preservación de la salud y el bienestar (artículo XI), a la educación (artículo XII), a los beneficios de la cultura (artículo XIII), al trabajo y a una justa retribución (artículo XIV), al descanso y a su aprovechamiento (artículo

* Argentina. Abogada y Doctora en Derecho por la Universidad de Buenos Aires, UBA. Decana de la Facultad de Derecho y responsable del Programa de Derechos Humanos de la UBA. Es profesora de Derechos Humanos y Garantías y de Derecho Internacional Público. Integrante de la Asamblea General del IIDH.

XV), a la seguridad social (artículo XVI), entre otros. Con el tiempo, el contenido de la Declaración devino norma consuetudinaria vigente respecto de la totalidad del universo de Estados americanos¹.

En su informe anual a la Asamblea General en 1970, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) señala: “En el campo de los derechos económicos y sociales, considera la Comisión que es también de apremiante urgencia la aceleración de los procesos de reforma agraria inspirados en el Artículo 23 de la Declaración Americana, y el progreso de todas las medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, al vestido, la vivienda y la asistencia médica”. La CIDH formula recomendaciones claras en este sentido: “que todos los Gobiernos consideren la adopción de medidas que fortalezcan la condición económica de los pueblos” y continúa, “Abrigamos la convicción de que un vigoroso desarrollo de nuestras economías nacionales, fundado en una justa cooperación internacional y en un intercambio equitativo de nuestros productos, es la base indispensable para la sólida construcción de una comunidad americana integrada por hombres y mujeres libres de temor, de miseria y de opresión”².

La compatibilidad de distintos sistemas políticos con el esquema normativo de los DESC, queda plasmada en el peor momento de las democracias en América. En su informe anual 1979-1980 a la Asamblea General, la CIDH señala

Los esfuerzos para eliminar la extrema pobreza han tenido lugar bajo sistemas políticos, económicos y culturales radicalmente diferentes. Dichos esfuerzos han producido, a su vez, resultados espectaculares tal como ha quedado de manifiesto en los países que han ampliado los servicios de atención en salud pública al nivel más bajo de la sociedad,

¹ Corte IDH, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, opinión consultiva OC-10/89, de 14 de julio de 1989, Serie A No. 10, párrs. 43 y 45: “los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta [de la OEA] se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración [puesto que] la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta”.

² Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1970, OEA/Ser.L/V/II.25 Doc. 9 rev., 1971.

que han abordado sistemáticamente el problema del analfabetismo masivo, que han emprendido programas integrales de reforma agraria o que han extendido el beneficio de la seguridad social a todos los sectores de la población. Hasta ahora, no existe ningún sistema político o económico, ningún modelo individual de desarrollo, que haya demostrado una capacidad excluyente o claramente superior para promover los derechos económicos y sociales, pero cualquiera que sea ese sistema o modelo, deberá atender prioritariamente la realización de aquellos fundamentales derechos que permitan eliminar la extrema pobreza³.

Cuando las normas reglamentarias habilitaron el tratamiento de peticiones individuales por parte de la CIDH, le asignaron la función de “prestar particular atención a la tarea de la observancia de los derechos humanos mencionados en los Artículos I (derecho a la vida, la seguridad e integridad de la persona), II (derecho de igualdad ante la ley), III (derecho de libertad religiosa y de culto), IV (derecho de libertad de investigación, opinión, expresión y difusión), XVIII (derecho de justicia), XXV (derecho de protección contra la detención arbitraria) y XXVI (derecho a proceso regular) de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre”⁴. Esta circunstancia no fue óbice al tratamiento por parte de la CIDH de un espectro más amplio que incluyó, en su caso, los DESC.

De esta suerte, por ejemplo, la CIDH declaró que la persecución de la tribu Aché del Paraguay, el asesinato de numerosos de sus integrantes, la venta de niños y niñas, la privación de atención médica y de provisión de medicinas durante epidemias, las condiciones de trabajo inhumanas a que fueron sometidos, configuraban gravísimas violaciones al derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona (artículo I); al derecho a la constitución y a la protección de la familia (artículo VI); al derecho a la preservación de la salud y al bienestar (artículo XI); al derecho al trabajo y a una justa retribución (artículo XIV) y al derecho al descanso y a su aprovechamiento (artículo XV) de la Declaración Americana⁵.

³ Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1974, OEA/Ser.L/V/II.50 Doc. 13 rev. 1.

⁴ Estatuto de la CIDH, artículo 20(a).

⁵ Caso No.1802, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1977, OEA/Ser.L/V/II.43 Doc.21 Corr.1, págs. 34-35.

Así, la CIDH ha considerado que

con el transcurso del tiempo se ha ido reconociendo la indivisibilidad e interdependencia entre los derechos económicos, sociales y culturales, y los derechos civiles y políticos. Teniendo en cuenta esa indivisibilidad de los derechos humanos, la Comisión desea puntualizar 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 sostenerse 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 extrema⁶.

El proceso de codificación que condujo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷ (CADH) supuso priorizar los derechos civiles y políticos y acotar los DESC a una norma caracterizada como de “desarrollo progresivo”, cuya formulación responde a la inspiración del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁸ (PIDESC), adoptado pocos años antes.

En esta inteligencia, la disposición del artículo 26 de la CADH ha ligado su suerte a las de “las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la OEA, reformada por el Protocolo de Buenos Aires”, lo que permite inferir que, en principio, hay obligaciones positivas de los Estados a este respecto que se suman a las que dimanarían de la Declaración Americana. Ello conforma un conjunto normativo de carácter general que luego se verá

⁶ Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, OEA/Ser./L/VII.110 Doc. 52 (2001), párr. 4.

⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada el 22 de noviembre de 1969, en vigor desde el 18 de julio de 1978, 1144 UNTS 1213.

⁸ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado el 16 de diciembre de 1966, en vigor desde el 3 de enero de 1976, 993 UNTS 3.

enriquecido por el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”⁹.

Abramovich y Rossi sostienen que

el sentido corriente que ha de atribuirse a la norma prevista en el Artículo 26 de la CADH obliga a afirmar que los Estados signatarios se han obligado a hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales que se derivan de la Carta de la OEA. Sería contrario a la interpretación ajustada al texto [...] sostener que a través de ella, los Estados Partes sólo reconocen principios y postulados que no podrían ser catalogados como derechos, sino meras guías de conducta¹⁰.

En cuanto al preámbulo del “Protocolo de San Salvador”, la CIDH resaltó que reconoce en forma expresa

la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros¹¹.

Sin embargo, la CIDH ya había capitalizado las normas de la Declaración Americana y de la CADH en materia de DESC en momentos en que el Protocolo de San Salvador no era norma jurídica positiva en el Sistema, expresando que

El hecho de que todavía no haya entrado en vigencia este Protocolo, sin embargo en modo alguno significa que en el ámbito del sistema

9 Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, San Salvador, El Salvador, 17 de noviembre de 1988, en vigor desde el 16 de noviembre de 1999, Serie sobre Tratados OEA No. 69.

10 Rossi, Julieta, y Víctor Abramovich, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre derechos humanos”, en Martín, Claudia, Diego Rodríguez Pinzón y José Antonio Guevara (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos*. Universidad Iberoamericana, México, 2004.

11 Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay... Capítulo V, párr. 2.

interamericano se carezca de normas que tutelan de manera directa a los derechos económicos, sociales y culturales y que generan obligaciones internacionales para el Estado colombiano. El artículo 26 de la Convención Americana requiere que los Estados Partes adopten ‘providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional... para lograr progresivamente, por vía legislativa u otros medios apropiados, la plena efectividad’ de tales derechos. Como ya ha dicho anteriormente la Comisión, ‘si bien el artículo 26 no enumera medidas específicas de ejecución, dejando que el Estado determine las medidas administrativas, sociales, legislativas o de otro tipo que resulten más apropiadas, expresa la obligación jurídica por parte del Estado de encarar dicho proceso de determinación y de adoptar medidas progresivas en ese campo. El principio del desarrollo progresivo establece que tales medidas se adopten de manera que constante y consistentemente promuevan la plena efectividad de esos derechos’. Por otra parte, la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en la reforma efectuada a través del Protocolo de Buenos Aires, en diferentes artículos, entre los que se destacan el 33, 44 y 48, consagra diferentes derechos económicos, sociales y culturales. Finalmente la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en sus artículos XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI y XXII enumera mucho de estos derechos. Como ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), la Declaración Americana tiene plenos efectos jurídicos y los Estados miembros de la OEA están obligados por ella¹².

La exigibilidad de los DESC

Resulta, pues, que las obligaciones de los Estados con relación a los derechos humanos son – respecto de todos ellos – las de respetarlos y garantizarlos, así como la de adoptar las medidas necesarias a tales fines. Estas obligaciones se adecuan a la distinta naturaleza de los derechos.

En materia de DESC, los Estados deben adoptar medidas tanto de orden interno como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles, a fin de lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, la plena efectividad de los derechos reconocidos¹³.

¹² Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, OEA/Ser.L/VII.102 Doc. 9 Rev.1, 1999, Cap. III, párr. 4.

¹³ PIDESC, artículo 2; Protocolo de San Salvador, artículo 1.

Se trata de obligaciones de comportamiento y de resultado, que son frecuentemente opuestas a la tríada de obligaciones básicas que surgen de los tratados relativos a derechos civiles y políticos. Esto ha sido esgrimido como argumento para sostener la exigibilidad inmediata de éstos por oposición a la no-exigibilidad de aquellos. Pero ello no es así.

La idea de los DESC como derechos humanos ha sufrido los embates de la política bipolar entre el “Este” y el “Oeste”. Si el lenguaje del PIDESC se adecuó a la visión del denominado “bloque oriental” porque allí “los Estados reconocen” los derechos de las personas, esa adecuación benefició la visión liberal del denominado “bloque occidental” – sustancialmente de los Estados Unidos – que, desde allí, no se sintió vinculado por ese conjunto de derechos como derechos humanos.

Esa visión ha impregnado también la decisión sobre los mecanismos de supervisión. Así las cosas, el mecanismo de peticiones individuales no tuvo cabida en el PIDESC sencillamente porque los países del “Este” no lo requerían en la medida en que el Estado era el dador de trabajo, vivienda, alimentación, salud y educación. Por su parte, los países del “Oeste” no insistieron en un mecanismo que, ni los más avanzados, como los países europeos, habían consagrado en su Carta Social Europea¹⁴.

Las obligaciones de los Estados, pues, tienen en cuenta los recursos disponibles y sus fuentes, incluida la cooperación internacional. La reconocida progresividad que caracteriza a la concreción de estos derechos debe entenderse como una política de avance claro hacia su logro. De lo que se trata es de avanzar hacia el logro de los DESC, lo que no puede entenderse ubicando a estos derechos y sus correlativas obligaciones para el Estado en un limbo jurídico.

La CIDH se ocupó de resaltar que progresividad no significa postergación *sine die* sino, por el contrario, la posibilidad prevista normativamente de ir logrando la meta por etapas. Así, expresó que

el carácter progresivo del deber de realización de algunos de estos derechos, según lo reconocen las propias normas citadas, no implica

¹⁴ Council of Europe, ETS No. 163, revised, 3.V., 1996.

que Colombia pueda demorar la toma de todas aquellas medidas que sean necesarias para hacerlos efectivos. Por el contrario, Colombia tiene la obligación de iniciar inmediatamente el proceso encaminado a la completa realización de los derechos contenidos en dichas normas. Bajo ningún motivo, el carácter progresivo de los derechos significa que Colombia puede diferir indefinidamente los esfuerzos desplegados para su completa realización¹⁵.

El texto del PIDESC es claro en señalar la responsabilidad primaria del Estado en la garantía de estos derechos. Se trata de “adoptar medidas [...] inclusive en particular la adopción de medidas legislativas”¹⁶. El enfoque es coherente con la responsabilidad que cabe a todo Estado de garantizar los derechos humanos de sus habitantes. No hay dispensa por razón de pobreza, carencia o desastre. Entiéndase bien, no se trata de pedir a quien no tiene, para ello hay provisiones respecto de la asistencia y la cooperación internacionales, sino de poner en cabeza del Estado iniciativa y responsabilidad. Su plan de acción debe incluir las gestiones necesarias para completar sus carencias.

En este sentido, el Estado tiene la obligación de actuar expeditamente y con eficacia hacia la meta de la realización de los derechos de que se trata¹⁷ y a tal fin, es capital que se les asigne prioridad previendo para ello los recursos necesarios en cada ocasión y a la luz de las disponibilidades. No es realista pensar que sólo los Estados con recursos suficientes tienen obligaciones en esta materia o que sólo cuando los Estados reúnen los recursos suficientes comienzan sus obligaciones. Se trata de incluir a los DESC en las políticas nacionales, de avanzar inexorablemente y de evitar toda medida de regresión que, en caso de darse, debe ser justificada¹⁸. Ello supone constatar que los puntos de partida en este campo son forzosamente distintos y también señala la diferenciación de responsabilidades entre Estados que puedan sufrir una misma carencia: para quienes suponga un retroceso, habrá

15 Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia... párr. 6.

16 PIDESC, art. 2.

17 Cançado Trindade, A. A., “The future of the International Protection of Human Rights”, en: *Boutros Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber*. Bruylant, Bruselas, 1999, págs. 965-974.

18 CESCR, General Comment No. 3, en: *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, HRI/GEN/1/Rev. 7, 2004, párr. 2, pág. 15.

responsabilidad comprometida; para quienes no sea así, podrá eventualmente ser diferente.

En cuanto a la obligación de avanzar sostenidamente, es ilustrativo el Plan de Acción de Viena de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en cuanto expresa que

para fortalecer el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, deberían examinarse otros métodos, como un sistema de indicadores para medir los avances hacia la realización de los derechos enunciados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Debe hacerse un esfuerzo concertado para garantizar el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales a nivel nacional, regional¹⁹.

En este sentido, se ha sostenido con razón que “los medios apropiados” para cumplir con las obligaciones del Estado, a los que alude el artículo 2 del PIDESC, incluyen a las instituciones nacionales de derechos humanos. Ellas están en condiciones de promover programas educativos e informativos con el fin de aumentar la conciencia de los DESC en la población en general y en grupos específicos, de controlar la compatibilidad de la legislación vigente con los DESC, así como de proponer nuevas normas, de asesorar técnicamente al poder público, de identificar los criterios para medir los progresos, de llevar a cabo investigaciones sobre el tema, de controlar el cumplimiento de las obligaciones del Estado, de recibir y, en su caso, tramitar denuncias sobre los DESC²⁰.

En la mayoría de los casos deberán adoptarse medidas legislativas o de otro carácter, que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos. Es ésta una obligación de resultado, exigible a partir de un plazo razonable desde la entrada en vigor del tratado. Se trata de un deber que no está limitado por ninguna consideración²¹, que, además, requiere de la formalización y concreción de medidas económicas y técnicas que permitan el ejercicio efectivo de los derechos protegidos. La cuestión radica en poner en marcha programas que conduzcan a la

¹⁹ A/CONF.157/23, párr. 98.

²⁰ CESCR, General Comment No. 3... párr. 3, pág. 59.

²¹ *Ibidem*, párr. 2, pág. 15.

efectividad de los DESC. Las medidas, pues, deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el PIDESC²².

Más allá de ello, la práctica del PIDESC señala que las disposiciones relativas a la igualdad de hombres y mujeres, el derecho a salario equitativo, los derechos sindicales, la protección de los niños, niñas y adolescentes, la enseñanza primaria obligatoria, la libertad de elegir la educación de los hijos e hijas, las instituciones religiosas de enseñanza y la libertad de investigación científica y de creación, son intrínsecamente operativas²³.

Hay jurisprudencia nacional abundante, en diversos países del mundo, respecto de la exigibilidad y justiciabilidad de los DESC que, además, despeja cualquier ambigüedad respecto de los alcances de la progresividad y de su relación con el goce y ejercicio de los derechos protegidos.

Por otra parte, se han previsto sistemas de peticiones internacionales para los DESC. Así, el Protocolo Facultativo al PIDESC, adoptado el 10 de diciembre de 2008²⁴, que contaba sólo ocho Estados parte al 25 de agosto de 2012, establece un sistema de reclamos internacionales. Por su parte, el Protocolo de San Salvador contempla un sistema de peticiones internacionales para los derechos protegidos en los artículos 8 y 13. Tanto el PIDESC como el Protocolo de San Salvador tienen previsto un sistema de informes periódicos respecto de los DESC.

Lo que han dicho los órganos del SIDH

La práctica y la jurisprudencia del SIDH transitan etapas y rutas distintas pero complementarias para considerar los DESC, su violación y las consecuencias que ello trae para los Estados.

El recurso a los principios fundantes de la noción de derechos humanos, sustancialmente el de igualdad y no discriminación, ha sido una constante en los inicios del contencioso interamericano para traer

²² *Ibidem*, párrs. 3-4, págs. 15-16.

²³ *Ibidem*, párr. 5, pág. 16; PIDESC, arts. 3, 7.1. a, 8, 10.3, 13.2. a, 13.3, 13.4, 15.3.

²⁴ A/63/435.

a primer plano cuestiones tratadas en otros instrumentos. Así, por ejemplo, en los inicios de la década del noventa, la CIDH desestimó la presentación formulada por el Movimiento Vanguardia de Jubilados y Pensionados del Uruguay, sustancialmente por falta de agotamiento de los recursos internos. Empero, en atención a las “dimensiones morales” del tema, formuló algunas consideraciones que basó en el eje de la no-discriminación para facilitar el tratamiento de los DESC eventualmente involucrados:

No obstante, la Comisión no puede dejar de considerar las dimensiones morales del problema dada las circunstancias especiales del caso, v.g., la calidad, condición social y económica, y número de los afectados por una situación fáctica de desigualdad. Se trata de un considerable sector social, particularmente sensible y económicamente débil al que la sociedad le debe especial protección. Asimismo, deben atenderse las implicaciones prácticas que significaría para los recurrentes como para los tribunales, la presentación de las demandas de 100,000 o 54,000 jubilados y pensionistas, según se está a las cifras de los reclamantes o del Gobierno, respectivamente. Por tanto, la Comisión no puede dejar de ponderar estas especiales circunstancias en este informe. [...] La Comisión entiende que el Gobierno uruguayo admite que aún se puede arribar a una satisfacción completa de la reclamación, cuando afirma que “la solución de esta cuestión se está tratando a nivel de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, constituyendo una cuestión abierta y aún pendiente de solución, la que dependerá en todo caso de los recursos disponibles, siendo en último análisis, el desarrollo progresivo de la economía y la mejora sustancial de ésta la que podrá poner término en forma satisfactoria el tema en debate”. Siendo así y atendiendo a lo preceptuado en el Artículo 42 de la Convención, como así también en el Artículo 62 de su Reglamento se encuentra oportuno requerir al Gobierno del Uruguay incorpore, en el informe anual a que ellos aluden, un capítulo especial perteneciente a la materia objeto de este caso²⁵.

Hacia fines de los noventa, la práctica de la CIDH y algunas piezas de jurisprudencia de la Corte Interamericana muestran vínculos claros entre el goce de los DESC y la noción de vida digna. Así, al considerar

²⁵ Informe 90/90, Caso 9893, Uruguay, 3 de octubre de 1990, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1990-1991, OEA/Ser.L/V/II.79 rev. 1 doc. 12 (1992), #23 y 27.

la situación de los niños de la calle en Guatemala, la Corte IDH sostuvo que

el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieren para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él²⁶.

Por su parte, dos jueces de la Corte IDH entendieron que

La privación arbitraria de la vida no se limita, pues, al ilícito del homicidio; se extiende igualmente a la privación del derecho de vivir con dignidad. Esta visión conceptualiza el derecho a la vida como perteneciente, al mismo tiempo, al dominio de los derechos civiles y políticos, así como al de los derechos económicos, sociales y culturales, ilustrando así la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos²⁷.

La CIDH ha hecho una lectura de la CADH a la luz de los objetivos planteados en su preámbulo, donde se lee que

sólo puede realizarse el ideal del ser humano 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.

En este contexto, la doctrina pacífica de la CIDH consiste en sostener que

los requerimientos del derecho humano a una vida digna trascienden los contenidos igualmente fundamentales del derecho a la vida (entendido en su sentido más estricto), 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 políticos²⁸.

26 Corte IDH, *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, fondo, sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63, párr. 144.

27 Corte IDH, *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala...* voto concurrente de los jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli, párr. 4.

28 Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay... Cap. V, párr. 1.

En su opinión consultiva sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño, la Corte IDH sostuvo que

En suma, la educación y el cuidado de la salud de los niños suponen diversas medidas de protección y constituyen los pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna por parte de los niños, que en virtud de su inmadurez y vulnerabilidad se hallan a menudo desprovistos de los medios adecuados para la defensa eficaz de sus derechos²⁹.

La tutela de los DESC de grupos vulnerables, como son los niños y niñas, en circunstancias en las que éstos se encuentran particularmente expuestos al control de los agentes estatales, se puede comprobar en el Caso Panchito López³⁰. En este asunto se planteó una demanda relativa a una institución de detención para menores en Paraguay en la que éstos se encontraban malnutridos, hacinados y en la que no existían condiciones higiénicas básicas, atención médica, servicios educativos ni personal de seguridad suficientemente entrenado.

Retomando su jurisprudencia relativa al “proyecto de vida”, la Corte IDH señaló que los derechos a la educación y al cuidado médico constituían atributos esenciales del derecho a la vida, por lo que el Estado estaba obligado a adoptar las acciones positivas que fuesen necesarias para garantizar condiciones dignas de vida a los internos. En este caso, el tribunal precisó que el deber de proveer educación derivaba para el Estado paraguayo tanto del artículo 13 del Protocolo de San Salvador como del propio derecho a la vida recogido en el artículo 4 de la CADH³¹.

Análogamente, en casos relacionados con la situación de diversas comunidades indígenas que viven en situación de pobreza extrema, el SIDH ha vuelto a la relación DESC-vida digna. En el Caso Yakye Axsá vs. Paraguay, relativo a una comunidad en situación de grave desnutrición y empobrecimiento tras haber sido desalojados de su

29 Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, opinión consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, Serie A No. 17, párr. 86.

30 Corte IDH, *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C No. 112, párr. 164.

31 *Ibidem*, párr. 174.

territorio ancestral, la CIDH incidió en su demanda en el hecho de que la vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria derivaba de la privación del acceso de los miembros de la comunidad a su territorio. La Corte IDH compartió dicho argumento y señaló que el Estado estaba violando el derecho de los miembros de la comunidad a la vida, bajo el artículo 4 de la CADH, “por no adoptar medidas frente a las condiciones que afectaron sus posibilidades de tener una vida digna”³².

En el Caso del Penal Miguel Castro Castro contra Perú, la CIDH enriqueció sus alegatos sobre el derecho a la integridad con una lectura del derecho a la salud:

en situaciones de heridas de gravedad, resultantes del uso de la fuerza por parte de autoridades estatales, la norma que consagra el derecho a la integridad personal exige que el Estado adopte medidas inmediatas para salvaguardar la integridad física de la persona que se encuentra bajo custodia de la policía, autoridades judiciales o autoridades penitenciarias. El Estado tiene el deber positivo específico de proteger la integridad física de toda persona privada de libertad, el cual abarca la adopción de las acciones necesarias para mantener un estándar adecuado de salud. La falta de un adecuado tratamiento médico en tal situación debe ser calificada de tratamiento inhumano³³.

Por su parte, la Corte IDH decidió que

en el contexto de los hechos del presente caso, esas condiciones de detención y tratamiento significaron una afectación del derecho de los internos a vivir en un régimen de detención compatible con su dignidad personal, e incluyeron modalidades de castigo adicionales a la privación de la libertad en sí misma, que conllevaron graves lesiones, sufrimientos y daños a la salud de los internos. El Estado aprovechó el poder de control que tenía sobre quienes se encontraban en centros de detención para causarles un grave deterioro a su integridad física, psíquica y moral, a través de tales condiciones y tratamientos³⁴.

La consideración lisa y llana del artículo 26 de la CADH fue objeto de una interesante evolución en el SIDH. En este orden de ideas, el 11

³² Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia 17 de junio de 2005, Serie C No. 125, párr. 176.

³³ Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C No. 160, párr. 259.

³⁴ *Ibidem*, párr. 321.

de octubre 2001, la CIDH emitió su informe en el Caso 11.381, en la cual se denunciaba el error judicial contenido en la Sentencia No. 44 sobre el recurso de amparo interpuesto ante la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, ya que como consecuencia de actos administrativos y judiciales, habían quedado desempleados 142 trabajadores de Aduanas³⁵, de quienes dependían económicamente más de 600 familiares, de los cuales más de la mitad eran niños y niñas. En este caso y por aplicación del criterio *iuria novit curia*, la CIDH invoca los DESC:

La Comisión considera que los derechos económicos de los trabajadores aduaneros entran en el marco de la protección de los derechos económicos, sociales y culturales tutelados por la Convención Americana en su artículo 26. Las violaciones de los derechos de los trabajadores son claras cuando se habla de los principios de legalidad y retroactividad, así como de la protección de las garantías judiciales. Las violaciones por parte del Estado de Nicaragua determinan los perjuicios económicos y postergan los derechos sociales de los peticionarios³⁶.

En este orden de ideas, la CIDH recuperó los derechos al trabajo, al descanso y a la seguridad social protegidos en los artículos XIV a XVI de la Declaración Americana, y señaló que Nicaragua había firmado en 1988 el Protocolo de San Salvador, por lo que le corrían las obligaciones de no frustrar el objeto y el fin del tratado con su conducta. Específicamente sostuvo que “estima que en el presente caso el Estado nicaragüense, en vez de adoptar medidas de desarrollo progresivo en beneficio de los trabajadores aduaneros, buscó reducir sus derechos, ocasionándoles perjuicios graves en sus derechos económicos y sociales”, y declaró la violación de los derechos enunciados en la petición y el artículo 26 de la CADH³⁷.

En el Caso Cinco Pensionistas, la CIDH alegó que el retroceso no justificado respecto al grado de desarrollo del derecho a la seguridad social constituía una violación de la norma genérica sobre DESC de la CADH, el artículo 26. La Corte IDH declaró violado el derecho a la

35 Informe No. 100/01, Caso 11.381, Milton García Fajardo y otros, Nicaragua, 11 de octubre de 2001, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2001, OEA/Ser./L/V/II.114 Doc. 5 Rev., 2002.

36 *Ibidem*, párr. 95.

37 *Ibidem*, párrs. 98-101.

propiedad, protegido en el artículo 21 de la CADH, pero no el derecho a la seguridad social, considerando que “el desarrollo progresivo” de los derechos sociales se debe medir

en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente, [razón por la cual desestimó] la solicitud de pronunciamiento sobre el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales en Perú, en el marco de [dicho] caso³⁸.

Esta interpretación de la Corte IDH difiere de la realizada por el Comité DESC, que entendió que la obligación de progresividad incluye la prohibición de adoptar medidas que restrinjan el nivel de goce y ejercicio de un derecho tanto en supuestos de afectación individual y colectiva, como en supuestos de afectación de toda la población³⁹.

En países como la mayoría de los Estados latinoamericanos, en los que ambos instrumentos se encuentran en vigor, por aplicación del principio *pro homine*, es la interpretación más favorable a la vigencia amplia de los derechos la que debe predominar⁴⁰.

En 2009, en ocasión de fallar en el Caso Acevedo Buendía vs. Perú, la Corte IDH precisó que el artículo 26 consagra DESC exigibles, a los cuales son aplicables las obligaciones de respeto y garantía (prevención, protección y cumplimiento). En el caso,

el representante alegó que “la falta de pago de las pensiones devengadas desde abril de 1993 hasta octubre de 2002 [...] configura también una violación del derecho a la seguridad social protegido por el artículo 26

38 Corte IDH, *Caso cinco pensionistas vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C No. 98, párrs. 147-148.

39 Rossi, Julieta, “La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en: Courtis, Christian (comp.), *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

40 Pinto, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en: Abregú, Martín, y Christian Courtis (eds.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)/ Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, págs. 163-171.

de la Convención, que contiene una cláusula de remisión a las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA”. Así, para el representante, “las obligaciones generales de respeto y garantía, así como la de adecuación del derecho interno, que se aplican respecto de todos los derechos civiles y políticos [...], también se aplican respecto de los derechos económicos, sociales y culturales”⁴¹.

La CIDH no alegó la violación del artículo 26 y el Perú consideró que la Corte IDH carecía de competencia para pronunciarse sobre ese artículo. El tribunal resolvió esta primera cuestión subrayando que “es plenamente competente para analizar violaciones de todos los derechos reconocidos en la Convención Americana”⁴². En términos generales, sostuvo

la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello⁴³.

En una argumentación razonada y razonable, el tribunal afirmó que la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos. Como correlato de lo anterior, se desprende un deber – si bien condicionado – de no-regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho.

Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha señalado que

las medidas de carácter deliberadamente re[gresivo] en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que [el Estado] disponga.

41 Corte IDH, *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 1 de julio de 2009, Serie C No. 198, párr. 92.

42 *Ibidem*, párr. 97.

43 *Ibidem*, párr. 101.

En la misma línea, la CIDH ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la CADH, se deberá “determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso”. La Corte IDH afirma que “la regresividad resulta justiciable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate”⁴⁴. En todo caso, el tribunal no declaró el incumplimiento del artículo 26 en el caso de especie porque no se trataba de una providencia adoptada por el Estado sino más bien del incumplimiento estatal de pago ordenado por sus órganos judiciales.

Ese mismo año, en lo que se catalogó como “un trascendental pronunciamiento”, la CIDH, en el Caso de la Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y Otras vs. Perú⁴⁵, analizó el cambio, a través de una reforma constitucional y legal, en la manera como las presuntas víctimas venían ejerciendo su derecho a la pensión de jubilación. Si bien no se declaró violación de ningún derecho humano, sí se estableció una metodología para el análisis de estos casos.

La CIDH sostuvo que no existía regresividad porque la medida restrictiva tenía una finalidad compatible con la CADH, ya que buscaba garantizar la viabilidad de un sistema pensionario a futuro y eliminar sus inequidades; porque afectó un número reducido de pensionistas con la finalidad de mejorar el ejercicio del derecho a la pensión de los demás beneficiarios; porque no se probó que una medida de reajuste de pensión no fuera idónea para mantener el valor adquisitivo de la misma, y porque el tribunal constitucional interno determinó que revisaría si un criterio de sostenibilidad financiera para efectuar reajustes de pensiones de adultos mayores podía llegar a impedir que dicho reajuste se realice. Esto último llevó a la CIDH a subrayar su actuación subsidiaria.

Esta jurisprudencia permite sostener que, como mínimo, desde sus inicios el SIDH ha tenido en cuenta los principios generales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos para no frustrar la vigencia de los DESC, que ha encontrado contextos como el de la vida digna para insertar un número de DESC que seguramente integran el orden público y que, al menos desde 2009, tiene un esquema de análisis de la regresividad de las medidas adoptadas por los Estados.

44 *Ibidem*, párrs. 102-103.

45 Informe No. 38/09.

Empero, sostener que los DESC son exigibles judicialmente no soluciona la cuestión de su efectivo goce y ejercicio, toda vez que el Poder Judicial no es el órgano apropiado para diseñar política pública. Además, el contexto de un caso judicial – necesariamente acotado – no es el mejor para la discusión de medidas o normas de carácter general y, en todo caso, objetivamente, la solución judicial crea situaciones inequitativas desde la óptica de la vigencia de los derechos.

Se trata, pues, de la necesidad de una política pública, de una política de Estado activa en el tema y de una política de actores privados que pueda adecuarse en consecuencia⁴⁶.

Los DESC y el orden público internacional

En el plano nacional, todos los Estados deben asegurar la satisfacción de, por lo menos, niveles esenciales de cada uno de los derechos protegidos. Así, en este contexto, se exige que las limitaciones fomenten el bienestar general, esto es, que reflejen un incremento del bienestar del pueblo en su conjunto⁴⁷. De alguna manera, se preserva un mínimo de derechos básicos cuya restricción no se considera compatible con la promoción del bienestar general en una sociedad democrática: el derecho a la alimentación, la atención primaria de la salud, el derecho a tener un alojamiento precario y la educación básica. El mismo criterio del bienestar general en una sociedad democrática impone la protección a los grupos más vulnerables en situaciones de restricción, como por ejemplo, los períodos de ajuste.

En tiempos de crisis esta vigencia debe reforzarse asumiendo que estos derechos integran la expresión mínima de dignidad, junto con los derechos civiles y políticos no suspendibles a tenor del artículo 4.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)⁴⁸ – que

46 Véase, “Ejercicio de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: la cuestión de las empresas transnacionales”, documento de trabajo relativo a los efectos de las actividades de las empresas transnacionales sobre el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, preparado por el Sr. El Hadji Guissé, en virtud de la Resolución 1997/11 de la Subcomisión, E/CN. 4/Sub. 2/1998/6.

47 Principios de Limburgo sobre la Aplicación del Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, UN GAOR, 43 período de sesiones, Anexo, E/CN. 4/1987/17, No. 52.

48 999 UNTS 171.

tomo aquí como norma de alcance prácticamente universal, en razón de encontrarse en vigor para 167 Estados al 26 de agosto de 2012. Ello es inferible de la práctica del SIDH sustancialmente con relación al concepto de “vida digna”. La primera inferencia de lo anterior hace a la noción de democracia. El PIDCP asume que existen varios modelos de democracia. En todo caso, lo que debe quedar claro es que en todos ellos se exige un determinado respeto por los derechos humanos.

No hay norma sobre suspensión de DESC durante los estados de excepción. La garantía de este conjunto mínimo de derechos así como la vigencia del principio de no discriminación, debe darse respecto de todas las personas que residen en lugares sujetos a la jurisdicción de los Estados. No caben aquí las reservas respecto de extranjeros, eventualmente válidas con relación a otros derechos. En efecto, el PIDESC es particularmente claro cuando contempla una eventual dispensa respecto de los extranjeros pero sólo en favor de los Estados en desarrollo y respecto de los derechos económicos⁴⁹.

Los informes periódicos en el Protocolo de San Salvador

El Protocolo de San Salvador dispone en su artículo 19, párrafo 1, que:

Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a presentar, de conformidad con lo dispuesto por este artículo y por las correspondientes normas que al efecto deberá elaborar la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, informes periódicos respecto de las medidas progresivas que hayan adoptado para asegurar el debido respeto de los derechos consagrados en el mismo Protocolo.

Este mecanismo de informes periódicos no está reglamentado en el Protocolo, por lo que ello se logró a partir de una iniciativa de la Argentina y de la tarea de la Asamblea General de la OEA (AG-OEA). Así, en la AG-OEA celebrada en Quito, la Resolución AG 2030⁵⁰ sobre fortalecimiento de los sistemas de derechos humanos en seguimiento del Plan de Acción de la Tercera Cumbre de las Américas, en su párrafo 4.g) dispone

⁴⁹ Principios de Limburgo sobre la Aplicación del Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales... No. 55.

⁵⁰ XXXIV-O/04.

Encomendar al Consejo Permanente que a fin de complementar [...] Proponga las normas para la confección de los informes periódicos de las medidas progresivas que hayan adoptado los Estados parte del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, conforme a lo previsto en el artículo 19 de dicho instrumento jurídico, en consulta con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y teniendo en cuenta los aportes del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Luego de un año de reuniones periódicas a instancias de la República Argentina, todos los Estados parte en el Protocolo de San Salvador presentaron un proyecto de resolución adoptado bajo el número AG/RES2074⁵¹, relativo a las normas para la confección de los informes periódicos previstos en el Protocolo. En esa ocasión, los Estados dieron un paso de dimensiones considerables ya que adoptaron la hermenéutica oficial – interpretación auténtica – de las disposiciones del Protocolo a la luz de la medición de progresos, con miras a la evaluación del cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados.

Luego, la AG/RES2262⁵² determinó la composición y funcionamiento del grupo de trabajo para el análisis de los informes nacionales previstos en el Protocolo de San Salvador, esto es, tres expertos gubernamentales y un experto independiente, además de un miembro de la CIDH, bajo la Secretaría de la Oficina de Derecho Internacional del Departamento de Asuntos Jurídicos Internacionales.

Más tarde, la AG/RES2430⁵³ reiteró la solicitud a la CIDH para que continúe su trabajo con miras a proponer al Consejo Permanente, a más tardar en agosto de 2008, los indicadores de progreso a ser empleados para cada grupo de derechos protegidos sobre los que deba presentarse un informe, teniendo en cuenta, entre otros, los aportes del IIDH y de los Estados miembros. Seguidamente, la AG/RES2582⁵⁴ integró el Grupo de Trabajo para la Elaboración de los Indicadores de Progreso con los expertos Flavia Piovesan de Brasil, Paola Buendía García de Colombia,

51 XXXV-O/05.

52 XXVII-O/07.

53 XXVIII-O/08.

54 XL-O/10.

Ramiro Ávila Santamaría de Ecuador y como experta independiente Laura Pautassi de Argentina. Por la CIDH integraron la comisionada Luz Patricia Mejía de Venezuela y María Silvia Guillén.

Finalmente, los indicadores fueron presentados en 2011 y aprobados el 4 de junio de 2012 por AG/RES2713⁵⁵ con relación a los derechos protegidos en los artículos 9 (seguridad social), 10 (salud) y 13 (educación).

Se trata de pautas y criterios para la confección de los informes previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador, de acuerdo con el sistema de indicadores de progreso.

a. Los indicadores de progreso

Un enfoque de progreso pretende determinar en qué medida los esfuerzos de la sociedad civil, del Estado y de la comunidad internacional están consiguiendo el objetivo común de lograr el imperio de la democracia y del estado de derecho. Este objetivo común debe ser entendido como un punto de equilibrio entre los estándares recogidos en los instrumentos internacionales, las normas adoptadas por los Estados y sus prácticas políticas e institucionales, y las aspiraciones de la gente expresadas por el movimiento civil a favor de los derechos humanos y la democracia⁵⁶.

Ya la Conferencia Mundial de Derechos Humanos había propuesto el uso de indicadores “para medir los avances hacia la realización de los derechos enunciados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como parte esencial de los esfuerzos encaminados a fortalecer el goce de esos derechos”⁵⁷.

Entre la realidad normativa formal y la práctica efectiva de Estados e individuos, suelen darse distancias variables. Un sistema de indicadores – o indicios mensurables – permite establecer, con un grado razonable de objetividad, las distancias entre la situación en la realidad y el estándar o meta deseada. Para averiguar si estas distancias se están o no acortando,

⁵⁵ XLII-O/12.

⁵⁶ Cuéllar M., Roberto, “La medición de progresividad de los derechos humanos”, en: *Rumbos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Estudios en Homenaje al Profesor Antonio Augusto Cançado Trindade*, vol. I. Sergio Antonio Fabris Editor, Sao Paulo, Brasil, 2005, págs. 469-491.

⁵⁷ Declaración y Plan de Acción de Viena, 1993, A/CONF.157/23, párr. 98.

se aplica el sistema a momentos distintos bajo condiciones equivalentes. El resultado será una medida del progreso que se está logrando y una evidencia de las tendencias que están presentes en ese proceso⁵⁸. Con base en esta óptica, se pensó que los informes previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador podrían responder a lo que se denomina “indicadores de progreso”, técnica en la que el IIDH ha sido pionero.

Los indicadores de progreso dicen relación con el principio de progresividad de los DESC, entendiendo por ello la adopción de una política pública que los considere como derechos humanos cuya realización completa, en general, no puede darse rápidamente y que por ello, requieren de un proceso durante el cual cada país avanza con distintos tiempos hacia el logro de la meta. Este principio invalida las medidas regresivas, salvo casos extremos justificables, y descalifica la inacción. Estas nociones quedan definidas por los Estados en la AG/RES2074⁵⁹, en lo que se considera una interpretación auténtica del Protocolo.

En definitiva, las normas buscan ser una herramienta útil para los propios Estados parte, que les permitan una mejor evaluación de sus propias acciones y estrategias tendientes a asegurar los DESC. En tal sentido, posibilitan emitir conclusiones que valoren la asignación de prioridades, la gestación de políticas y el diseño de estrategias en el propio Estado informante, sin buscar comparaciones entre diversos Estados. No contabilizan denuncias sino avances o progresos, lo que da una proyección de futuro a través de una política de prevención, de una política de planificación estratégica. Esto, obviamente, evita una repetición del sistema previsto en el contexto del PIDESC.

Este enfoque de progreso no reemplaza la vigilancia, denuncia y defensa frente a las violaciones, ni pretende ocultar los rezagos en el logro de las metas deseables. Su novedad reside en el potencial que tiene para comprender las temáticas de los derechos humanos como procesos y no únicamente como situaciones; para identificar las carencias y las oportunidades a modo de superarlas en el mediano y largo plazos;

⁵⁸ Cuéllar M., Roberto, “La medición de progresividad de los derechos humanos”... pág. 478.

⁵⁹ XXXV-O/05.

y para establecer prioridades y estrategias de trabajo compartidas y complementarias entre los diversos actores en el escenario⁶⁰.

Ahora bien, el progreso en derechos humanos se puede medir a partir de considerar que los instrumentos internacionales, adoptados en el complejo equilibrio del orden global, expresan el desarrollo progresivo de los estándares de la justicia y la democracia. Frente a este parámetro se pueden comparar, de una parte, la recepción constitucional, el desarrollo legal e institucional y las prácticas de gobierno de los Estados; y de otra parte, el nivel de satisfacción de las aspiraciones de la gente, convertidas en objetivos políticos y expresadas en las plataformas de sus movimientos y organizaciones⁶¹.

b. La prueba piloto: los informes interamericanos sobre educación en derechos humanos

El IIDH generó esta herramienta de medición en los años 2000-2001, con financiación de la Fundación Ford, la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo y la Agencia Sueca para el Desarrollo. Hubo una prueba piloto en seis países de la región: Guatemala, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela. Los índices temáticos generales cubrieron los campos del acceso a la justicia, la participación política y la educación en derechos humanos en el período 1990-2000.

Esta estrategia tiene en cuenta tres perspectivas transversales: equidad de género, reconocimiento de la diversidad étnica e interacción sociedad civil-Estado, mediante la coordinación de acciones a nivel de país, que informan la totalidad del trabajo del Instituto en los últimos años y que, ellas mismas, permiten acercar la realidad en cada uno de los temas.

La construcción del sistema estuvo sujeta a un proceso de ampliación y selección sucesiva de los campos, las variables y los indicadores, en la búsqueda de un conjunto de elementos que den cuenta, mediante indicios, de los cambios más significativos en cada temática.

En diciembre de 2002, el IIDH publicó su primer informe sobre Educación en Derechos Humanos (EDH) empleando el sistema de

⁶⁰ Cuéllar M., Roberto, "La medición de progresividad de los derechos humanos"... págs. 479-480.

⁶¹ *Ibidem*, pág. 480.

indicadores de progreso. Ese informe examinó el marco legal que establece y caracteriza a la EDH dentro de la normativa interna de esos países⁶². En 2003, el segundo informe analizó desde la perspectiva de la EDH, las variaciones en el diseño y los contenidos del currículo oficial, modificaciones en los planes y programas y los contenidos de los textos escolares para algunos niveles educativos seleccionados.

En 2004, el tercer informe se centró en los principios, contenidos y orientaciones pedagógicas de los docentes, tanto en su formación inicial como en la capacitación en servicio. En 2005, el cuarto informe indaga sobre los progresos que han alcanzado los países de la Región en el establecimiento de la EDH como una política de Estado, medidos en el grado de avance alcanzado en la elaboración de los planes nacionales de EDH (PLANEDH), propuestos como un objetivo central del Plan de Acción del Decenio, o en instrumentos equivalentes que presupongan la toma de decisiones políticas, técnicas y económicas de largo plazo y sostenibles, capaces de movilizar el conjunto de la acción pública y de involucrar a la comunidad nacional.

El Quinto Informe, presentado en 2006, trabaja la selección de contenidos para el curriculum de educación en y para los derechos humanos y la vida en democracia, y el establecimiento de los espacios adecuados para el desarrollo eficaz de esos contenidos. El Sexto examina el marco legal que establece y caracteriza a la EDH dentro de la normativa interna de los diecinueve países, incorporando de forma transversal una temática que acompañará todo el segundo ciclo: la de la participación democrática del alumnado en la gestión educativa.

El Séptimo Informe, de 2008, se ocupó del desarrollo de conocimientos específicos de derechos humanos en los programas de estudio para niños de 10 a 14 años. El Octavo se abocó a los textos escolares, en tanto que el Noveno trabajó el desarrollo de la metodología de EDH en los libros de texto para niños de 10 a 14 años. El Décimo, presentado en 2011, indagó sobre el desarrollo en las políticas de convivencia y seguridad escolar, con enfoque de derechos.

⁶² Los informes están disponibles en la página web del IIDH, <<http://www.iidh.ed.cr/>>.

c. La elaboración de los indicadores de progreso

Desde el 2005, el SIDH está trabajando en la elaboración de los indicadores. Se trata de una tarea sustancialmente técnica pero que requiere de una visión de contexto importante, confiada a la CIDH – que, inicialmente, iba a tener un papel más protagónico en el sistema de informes y que, finalmente, quedó con uno sólo de sus integrantes en el grupo de trabajo encargado de evaluar los informes, cuya Secretaría fue otorgada a la Oficina de Derecho Internacional del Departamento de Asuntos Jurídicos Internacionales.

En octubre de 2005, la CIDH organizó una reunión de expertos en su sede y en agosto de 2006, se celebró una segunda en San José en la que participaron integrantes y expertos *ad hoc* de la Comisión y del IIDH.

El documento Lineamientos para la Elaboración de Indicadores de Progreso en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶³ de la CIDH se encuentra en consulta de gobiernos y sociedad civil. Fue elaborado por el comisionado Víctor Abramovich, con la colaboración de dos integrantes de la Secretaría Ejecutiva, Marisol Blanchard y Óscar Parra Vera, y la participación como consultora de la Doctora Laura Pautassi, de la Universidad de Buenos Aires.

Tal como lo planteara el Comisionado Abramovich,

La CIDH pensó en un modelo de indicadores que pudiera ser utilizado en un doble sentido. Por un lado, como una herramienta para la supervisión internacional del cumplimiento del Protocolo, por otro lado, como una herramienta para que cada Estado realice un diagnóstico de la situación de los derechos sociales del Protocolo, determine los temas y las agendas pendientes y formule estrategias para satisfacer progresivamente el programa de derechos del Protocolo⁶⁴.

Se plantea una diferencia interesante y útil entre los indicadores de progreso en el cumplimiento de las obligaciones previstas en el Protocolo de San Salvador, y los avances y retrocesos en términos de desarrollo económico y social. Así, se señala que

⁶³ OEA/Ser.L/V/II.129 Doc.5, 5 de octubre de 2007.

⁶⁴ Abramovich, Víctor, Presentación ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP) de la OEA del documento “Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso sobre derechos económicos, sociales y culturales”, elaborado por la CIDH (mimeografiado).

Los indicadores de derechos usados por la CIDH tienen cierta similitud con los indicadores de desarrollo. Sin embargo, creo que puede también mostrarse algunos aspectos que los diferencian. Por ejemplo, los indicadores de derechos, ponen un mayor énfasis en asuntos que tienen que ver con las capacidades institucionales de los sistemas de justicia, el grado de reconocimiento normativo y efectivo de los derechos en los sistemas jurídicos nacionales, los problemas estructurales que obstaculizan el ejercicio de ciertos derechos, así como ventajas estructurales que favorecen o pueden favorecer la realización de ciertos derechos por grupos o sectores sociales particulares⁶⁵.

En lo que es signo de una buena política institucional, la CIDH toma como punto de partida el Informe sobre Indicadores para Vigilar el Cumplimiento de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos⁶⁶, elaborado por la Secretaría de la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos a pedido de la 17a. Reunión de los Presidentes de los Órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos.

Sobre esta base, el documento regional trata de indicadores cuantitativos y de señales de progreso cualitativas; los primeros son los datos sobre la situación económica y social que funcionan como referentes para el análisis de las obligaciones contraídas por los Estados, para el análisis del cumplimiento de la realización progresiva de los derechos protegidos; en tanto que las segundas no parten de categorías predefinidas, sino que su definición es obra de cada actor social. Utilizando el modelo onusiano, la CIDH propone tres tipos de indicadores y señales de progreso cualitativas: i) estructurales, ii) de proceso y iii) de resultado. Los indicadores estructurales apuntan a la medición de las medidas que el Estado adopta para implementar los derechos; los indicadores de proceso miden la calidad y magnitud de los esfuerzos del Estado para implementar, y los indicadores de resultado miden el impacto real de las intervenciones del Estado.

El documento propone considerar información sobre la recepción del derecho que se evalúa en el sistema jurídico del Estado en cuestión, las capacidades estatales para considerar o tratar el derecho en cuestión,

65 *Ibidem*.

66 HRI/MC/2006/7 de 11 de mayo de 2006.

el contexto financiero básico del Estado (esto es, la disponibilidad efectiva de recursos para implementar los derechos) y los compromisos presupuestarios tomados.

En las cuestiones transversales, el documento de la CIDH alude a la igualdad, el acceso a la justicia y el acceso a la información y la participación. En estos enfoques hay matices entre los documentos de la Asamblea General de la OEA, que se refiere a equidad de género y no solamente a igualdad. En todo caso, el documento de la Comisión toma en cuenta la desigualdad estructural, la igualdad material y la autonomía y el empoderamiento. Cabe pensar si el enfoque de género y el de diversidad cultural y étnica no deberían permanecer por tener una entidad ya ganada en el campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y porque implican superar conceptos aptos como el de igualdad, pero cuyo bagaje clásico a veces ha impedido su realización concreta.

En el ámbito del acceso a la justicia, la CIDH propone el acceso a los recursos legales, a las garantías y recursos administrativos, a las garantías y recursos judiciales. Sobre este punto, elaboró el informe *El Acceso a la Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, relativo a los estándares fijados por el SIDH⁶⁷. El acceso a la información y la participación toman en cuenta la posibilidad efectiva de contar con la información necesaria en tiempo oportuno y la incidencia posible de la sociedad civil.

El 27 de octubre de 2011, el documento *Indicadores de Progreso para la Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo de San Salvador*⁶⁸ fue presentado a una reunión técnica convocada por la Comisión de Asuntos Jurídicos; allí se sostuvo que “un avance sobre el tratamiento de indicadores, [es] pionero en el diseño de una metodología que prioriza indicadores regionales y complementa esfuerzos ya realizados en otros foros”⁶⁹. En el documento se expresa que

los objetivos principales de los indicadores que se desarrollan a continuación buscan contribuir a que los Estados Parte cuenten con herramientas útiles para realizar un diagnóstico de la situación de los

⁶⁷ OEA/Ser.L/V/II.129 Doc.4, 7 de septiembre de 2007.

⁶⁸ OEA/Ser.L/XXV.2.1, 16 de diciembre de 2011.

⁶⁹ *Ibidem*, párr. 7.

derechos contenidos en el Protocolo, establecer los temas y las agendas pendientes a partir de un diálogo participativo con la sociedad civil, y formular estrategias para satisfacer progresivamente el programa de derechos contenido en el protocolo⁷⁰.

A la luz de estos propósitos,

para cada derecho establecido en el agrupamiento presentado, se ordenará la información requerida al Estado, sobre la base de un modelo compuesto por indicadores cuantitativos y señales de progreso cualitativas, organizado en función de tres tipos de indicadores: estructurales, de proceso y de resultados; organizados bajo tres categorías conceptuales : i) recepción del derecho; ii) contexto financiero y compromiso presupuestario, y iii) capacidades estatales; y tres principios transversales: a) igualdad y no discriminación; b) acceso a la justicia, y c) acceso a la información y participación⁷¹.

Los indicadores estructurales reflejan la ratificación o aprobación de instrumentos jurídicos internacionales básicos para facilitar la realización de un derecho humano fundamental. Los de proceso buscan medir la calidad y magnitud de los esfuerzos del Estado para implementar derechos, a través de la medición del alcance, la cobertura y el contenido de las estrategias, planes, programas o políticas, u otras actividades o intervenciones específicas encaminadas al logro de metas que corresponden a la realización de un determinado derecho. Los de resultado reflejan los logros, individuales y colectivos, que indican el estado de realización de un derecho humano en un determinado contexto⁷².

Así, con relación al derecho a la seguridad social protegido en el artículo 9 del Protocolo, el concepto rector

es el de la contingencia, que refiere a un acontecimiento futuro que, en caso de producirse, acarrea consecuencias para el individuo. La protección de la seguridad social comienza a actuar una vez configurada la contingencia que produce como efecto que una persona o los miembros de su familia, o uno y otros, resulten afectados⁷³.

70 *Ibidem*, párr. 9.

71 *Ibidem*, párr. 15.

72 *Ibidem*, párrs. 33-35.

73 *Ibidem*, párr. 62.

Respecto del derecho a la salud protegido en el artículo 10 del Protocolo, se entiende que su satisfacción debe darse en un contexto de desarrollo de un sistema de salud que, por básico que sea, debe garantizar el acceso al sistema de atención primaria de la salud y el desarrollo progresivo y continuo de cobertura para toda la población del país⁷⁴. El derecho a la salud debe caracterizarse por su disponibilidad y accesibilidad, comprendida en esto último la no discriminación, la accesibilidad física, económica, el acceso a la información, la aceptabilidad y la calidad⁷⁵.

El derecho a la educación protegido en el artículo 13 del Protocolo, presenta, según el documento, tres dimensiones; una dimensión propia del derecho a la educación, la dimensión relativa a la realización de todos los derechos humanos en la educación y la dimensión que obedece al papel de la educación como multiplicador de derechos. Para ello, se prevé un sistema de clasificación de obligaciones e indicadores conocido como el “sistema de las cuatro A”, lo que permite estructurar los componentes individuales de los derechos a la educación, que debe estar disponible y ser accesible; de los derechos en la educación, que deben ser aceptables y adaptables, y de derechos por la educación, que deben ser adaptables; con sus respectivas obligaciones gubernamentales: asequibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad⁷⁶.

La tarea está por delante para el resto de los derechos protegidos en el Protocolo de San Salvador, respecto de los cuales los Estados deben informar a tenor del artículo 19.

A modo de conclusión

El SIDH es en este punto, al igual que en todos los demás, “la idea y la experiencia de América”, como señalara Gómez Robledo. Presenta la paradoja de un contexto que se empeña en ser poco colaborador pero que, no obstante, brinda espacios para una protección de los derechos humanos con grandes chances de eficacia.

⁷⁴ Ibidem, párr. 66.

⁷⁵ Ibidem, párrs. 67-68.

⁷⁶ Ibidem, párrs. 70-71.

Con relación a los DESC, la tarea de la CIDH ha permitido confirmar el valor jurídico de toda la Declaración Americana, dar una interpretación importante y dinámica a las normas sociales y económicas de la Carta de la OEA, y poner en ejercicio los derechos protegidos en el Protocolo de San Salvador, además de consagrar el carácter de orden público que revisten algunos de ellos.

El criterio adoptado para la confección de los informes previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador, tiene el potencial de exigir del Estado un hacer creciente y progresivo que, al mismo tiempo, debe ser constatado o comprobado por el individuo titular del derecho. Se trata de ir haciendo, a la luz de prioridades definidas en función de cada contexto nacional.

El camino está abierto, es cuestión de seguirlo.

La Comisión Interamericana de Mujeres y la Convención de Belém do Pará. Impacto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

*Luz Patricia Mejía Guerrero**

“...las mujeres no necesitamos desde una perspectiva de género, una pensión alimenticia, casas cuna o asistencia económica, necesitamos que los hombres asuman su paternidad responsable, necesitamos acceso al mercado de trabajo, necesitamos tener el poder político para hacer las reformas del Estado y que no recaiga sólo en nosotras el trabajo no remunerado, necesitamos que las políticas educativas no sean diseñadas por unos pocos hombres que tienen la necesidad de mano de obra barata y obediente y una clase media educada en los valores del patriarcado...”.

Alda Facio

1. La Comisión Interamericana de Mujeres

Los primeros antecedentes que encontramos de la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) datan de 1923, cuando durante la V Conferencia Internacional Americana de la Unión Panamericana de Naciones, celebrada en Santiago de Chile, se resuelve:

Recomendar al Consejo Directivo de la Unión Panamericana que incluya en el programa de futuras conferencias, el estudio de los medios de abolir las incapacidades constitucionales y legales en razón del sexo, a fin de que en su oportunidad, y mediante el desarrollo de las capacidades necesarias para asumir las responsabilidades del caso, se obtenga para la mujer los mismos derechos civiles y políticos de que hoy disfrutaban los hombres¹.

En la misma resolución se recomienda “a cada una de las Repúblicas Americanas la preparación de una Memoria sobre la situación de la mujer ante la Constitución y las leyes, y sobre el desarrollo de la educación y cultura femenina en sus respectivos países”².

* Comisionada de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Relatora para los derechos de las mujeres, 2008-2011. Presidenta de la CIDH, 2009.

1 Resolución de la V Conferencia Internacional Americana, Santiago de Chile, del 5 marzo al 3 de mayo de 1923, octava sesión de fecha 26 de abril de 1923.

2 *Ibidem*.

En 1928, durante la VI Conferencia Internacional Americana y con la participación de un nutrido grupo de activistas de derechos de las mujeres, se aprobó la resolución que constituiría la CIM, el primer organismo de su naturaleza a nivel mundial. La CIM fue encargada de preparar la información jurídica y de cualquier otra naturaleza que se considerara conveniente para abordar de ahí en adelante, el estudio de la igualdad civil y política de la mujer en el Continente³.

Así nace el primer organismo intergubernamental dirigido a velar de manera específica por los derechos de las mujeres de la Región, con el propósito particular de facilitar el reconocimiento pleno de los derechos civiles y políticos de las mujeres. Para ello, la CIM se planteó como primer desafío presentar para su aprobación durante la VI Conferencia, un Proyecto de Tratado sobre Igualdad de Derechos entre Mujeres y Varones, cuyo artículo 1 señalaba: “Las Partes contratantes convienen que desde la ratificación de este Tratado, los hombres y mujeres tengan iguales derechos en el territorio sujeto a sus respectivas jurisdicciones”⁴.

Ese mismo año, Doris Steven, primera Presidenta de la CIM, reivindicaba por primera vez el carácter de derechos humanos de los derechos de las mujeres, señalando en su discurso inaugural de manera expresa que las mujeres “no queremos más leyes escritas para nuestro bien y sin nuestro consentimiento. Debemos tener derecho de regir nuestros propios destinos junto a ustedes [...] Pedimos que se nos devuelvan nuestros derechos que nos han sido usurpados. Son nuestros derechos humanos”⁵.

El posterior reconocimiento internacional de los derechos de las mujeres como derechos humanos ha estado marcado por una larga e importante lucha de avances y logros, pero también de importantes brechas entre los reconocimientos formales y su vigencia plena. Si bien ya la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU (1948)

³ Resolución de la VI Conferencia Internacional Americana, La Habana, Cuba, 18 de febrero de 1928.

⁴ CIM, *Historia de la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) 1928-1927*, pág. 4.

⁵ Discurso de Doris Stevens, Presidenta de la CIM, durante la Sesión Plenaria Especial, Sexta Conferencia Internacional Americana. Ver en: CIM, *Historia de la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) 1928-1927*, pág. 211.

reconocía la igualdad en derechos entre hombres y mujeres, de hecho, desde el discurso de Steven de 1928 no vuelve a haber un reconocimiento expreso internacional sobre el carácter de derechos humanos que tienen los derechos específicos de las mujeres hasta 1993, cuando tiene lugar la Conferencia Mundial de Viena sobre Derechos Humanos⁶.

Durante esta larga trayectoria, la CIM ha participado de manera activa en la consecución de estos logros a nivel regional, activando a través de su Asamblea de Delegadas múltiples caminos y estrategias orientadas a erradicar las desigualdades jurídicas y *de facto* en la región.

Actualmente, la CIM está constituida por 34 Delegadas Titulares que son elegidas por cada Estado miembro de la OEA. La Asamblea Delegada es la máxima autoridad de la CIM y tiene la función de definir sus políticas y plan de acción. Así mismo, elige al Comité Directivo, constituido por siete personas que se reúnen de una a dos veces al año con el fin de ejecutar las decisiones tomadas por la Asamblea. Frente a la OEA, la CIM tiene las funciones de actuar como organismo consultivo en aquellas materias relacionadas con la mujer en el ámbito regional, que le sean consultadas.

2. Logros de la CIM, 1928-1990

En 1928, además del Tratado sobre Igualdad de Derechos, la CIM propuso que se creara un Tratado sobre Nacionalidad de la Mujer y que se elaborara un Primer Informe sobre Derechos Políticos y Civiles de las Mujeres. Si bien este segundo tratado no fue aprobado en un primer momento, sí fue aprobada la necesidad de levantar un informe sobre la situación jurídica de las mujeres de la Unión Panamericana de Naciones, a los fines de evidenciar la situación, tanto legal como constitucional, de sus derechos, y de éstos frente a los derechos de los hombres.

⁶ La Declaración de Viena establece en su artículo 18: “Los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales. La plena participación, en condiciones de igualdad, de la mujer en la vida política, civil, económica, social y cultural en los planos nacional, regional e internacional y la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo son objetivos prioritarios de la comunidad internacional”. Ver, Declaración de Viena. Disponible en: <[http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.Sp?OpenDocument](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.Sp?OpenDocument)>, a septiembre de 2012.

En 1933, la CIM propone de nuevo, y es finalmente aprobada, la Convención sobre Nacionalidad de la Mujer, que garantizaba que no hubiere distinción alguna por motivos de sexo en materia de nacionalidad. En 1938, la CIM aprueba la Declaración de Lima a Favor de los Derechos de las Mujeres, que señala que la mujer tiene derecho a: igual tratamiento que el hombre; gozar de igualdad en el orden civil; las más amplias oportunidades y protección en el trabajo, y el más amplio amparo como madre.

Igualmente, durante ese año cuatro Estados suscriben el Tratado de Igualdad de Derechos entre Hombre y Mujeres⁷, sembrando el germen de la igualdad jurídica en la Región. A su vez, se encarga a la CIM la preparación de informes permanentes sobre todos los problemas que atañen a las mujeres en los 21 países que conformaban la Unión Panamericana.

En 1948, la CIM logra que se suscriba la Convención Interamericana sobre la Concesión de Derechos Políticos para la Mujer, la cual establece que el derecho al voto y a ser elegido no deberá ser restringido por razones de sexo. De manera paralela, se suscribe la Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles para la Mujer⁸, mediante la cual los Estados americanos convienen en otorgar a las mujeres los mismos derechos civiles de los que goza el hombre⁹.

En 1979, la CIM logra la aprobación de la Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado, la cual garantiza que la mujer separada de su marido pueda gozar de un domicilio independiente¹⁰.

3. Belén do Pará, primeros pasos

La década de los ochenta marca para la CIM una nueva etapa en su labor de lucha por la dignidad de las mujeres. A través de sus informes, va evidenciando que uno de los problemas más graves y que afectaba de manera directa la vida de las mujeres, era el problema de la violencia

7 Uruguay, Paraguay, Ecuador y Cuba.

8 Ver art. 1.

9 Ibidem.

10 Ver art. 4.

y sus múltiples manifestaciones – un problema de escala mundial, que en la Región americana presenta, al día de hoy, amplios ejemplos. De allí que en 1990, la CIM redacte y apruebe la Declaración sobre la Erradicación de la Violencia contra la Mujer. En 1991 se aprueba, durante la Asamblea General de la OEA, la resolución sobre protección de la mujer contra la violencia¹¹, que da paso en 1992, al Anteproyecto de Convención Interamericana para Luchar contra la Violencia de Género. En el mismo año se convoca en Caracas, Venezuela, una reunión de expertas para evaluar la viabilidad de una convención interamericana sobre violencia¹².

En 1994, la CIM aprueba el Proyecto de Convención sobre Violencia y Mujer, y lo eleva a la Asamblea General de la OEA, reunida en Belém do Pará, Brasil. Allí, se adopta la así denominada Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer, conocida también como Convención de Belém do Pará. En la actualidad, es la Convención Interamericana que cuenta con mayor número de ratificaciones en la Región, contando con 32 Estados parte¹³.

De acuerdo a la Convención de Belém do Pará, la CIM es el órgano encargado de recibir los informes presentados por los Estados sobre el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Convención, así como sobre los obstáculos que se observen en la aplicación de las mismas y los factores que contribuyen a la violencia contra la mujer¹⁴. Igualmente, se establece la posibilidad de que los Estados partes y la CIM soliciten a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) su opinión consultiva sobre la interpretación de la Convención de Belém do Pará¹⁵.

4. Convención de Belém do Pará. De lo privado a lo público

La Convención de Belém do Pará rompe con un importante paradigma de derechos humanos, que ya había sido puesto en cuestión en el

11 Asamblea General, Vigésimo Primer Período Ordinario de Sesiones, Santiago de Chile, AG/RES.1128 (XX1-0/91), junio de 1991.

12 CIM, *Historia de la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) 1928-1927*, pág. 50.

13 Sólo Canadá y EEUU no son parte de la Convención.

14 Ver, Convención de Belém do Pará, art. 10.

15 *Ibidem*, art. 11.

ámbito de la ONU por la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), y que reposaba en el criterio según el cual la garantía y respeto de los derechos humanos recaía principalmente en el Estado y en razón de ello, sólo el Estado era responsable por su violación. En consecuencia, afirmaba la doctrina hegemónica, se estaba frente a una violación de derechos humanos si y sólo si el Estado, sus agentes o particulares bajo su aquiescencia, eran los responsables directos de esta violación. En efecto, la Corte IDH había sostenido que: “de acuerdo con el artículo 1.1 de la Convención, los Estados están obligados a respetar y garantizar los derechos humanos reconocidos en ella. La responsabilidad internacional del Estado se funda en actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana”¹⁶. En cuanto al deber de respeto, la Corte sostuvo de manera reiterada que: “la primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo, es la de ‘respetar los derechos y libertades’ reconocidos en la Convención. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal”¹⁷.

A partir de esta doctrina, durante años los derechos humanos de niñas, adolescentes y mujeres en ámbitos diferentes a sus relaciones con el Estado, no fueron reconocidos como derechos humanos, toda vez que todo aquello que ocurriese en el espacio privado era considerado como competencia de otras ramas del derecho, y que le competía al derecho de familia o al derecho civil regularlo en tanto y en cuanto eran relaciones entre particulares. Así, la Convención de Belém do Pará pone bajo la lupa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos la realidad que enfrentan las mujeres a diario en la Región, adoptando como nuevo paradigma de los derechos humanos – y en especial de los derechos

¹⁶ Corte IDH, *Caso Cantoral Huamani y García Santa Cruz vs. Perú*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 10 de julio de 2007, Serie C No. 167, párr. 79, y *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*, excepciones, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 3 de abril de 2009, Serie C No. 196, párrs. 72 y 73.

¹⁷ Corte IDH, *La expresión «leyes» en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, opinión consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, Serie A No. 6, párr. 21.

humanos de las mujeres – que lo privado es público y, en consecuencia, le corresponde a los Estados asumir el deber indelegable de prevenir, erradicar y sancionar los hechos de violencia en la vida de las mujeres, tanto en las esferas públicas como en las esferas privadas.

Como señala la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la Convención de Belém do Pará es reflejo de una preocupación uniforme a lo largo del Hemisferio sobre la seriedad y gravedad del problema de la discriminación histórica contra las mujeres y su vínculo con la violencia contra las mujeres, de donde se deriva la acuciante necesidad de adoptar estrategias públicas y comprensivas para prevenirla, sancionarla y erradicarla¹⁸. Como parte de estas estrategias, la Convención desarrolla un nuevo marco teórico de protección de las mujeres en la Región. Por ello, la Convención de Belém do Pará recoge el criterio sostenido por el Comité contra Todas las Formas de Discriminación de la Mujer (CEDAW), el cual desde 1992 estableció que “los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas”¹⁹.

En efecto, parte del diagnóstico del que surge la Convención de Belém do Pará evidenciaba que era en la vida privada donde la gran parte de las mujeres sufría los mayores ataques a su dignidad, a través de distintas manifestaciones de violencia. De esta manera, gracias a la Convención, se trasciende el viejo concepto según el cual sólo el Estado o sus agentes violan derechos humanos y se cataloga la violencia contra las mujeres como una clara violación de derechos humanos.

La Convención de Belém do Pará define la violencia como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”²⁰. Igualmente, reconoce expresamente la

18 CIDH, *Informe sobre los derechos de las mujeres en Chile: la igualdad en la familia, el trabajo y la política*. OEA/Ser.L/V/II.134, Doc. 63, 27 de marzo de 2009.

19 CEDAW, Recomendación General 19, La violencia contra la mujer, 11o. período de sesiones, 1992, U.N. Doc. HR\GÉN\1\Rev.1 at 84 (1994), párr. 9.

20 Ver, Convención de Belém do Pará, art. 2.

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 hombres²¹, y que el derecho de la mujer a una vida libre de violencia incluye el derecho a ser libre de toda forma de discriminación y a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados²².

Por otro lado, la Convención también reconoce que la violencia afecta a las mujeres por múltiples vías, impidiéndoles el ejercicio de otros derechos fundamentales, civiles y políticos, así como derechos económicos, sociales y culturales²³, y dispone que los Estados parte actúen con debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer, en caso de que ocurra dentro del hogar o la comunidad y perpetrada por personas individuales, o en la esfera pública y perpetrada por agentes estatales²⁴.

5. Logros de la Convención de Belén do Pará

La Convención tuvo un impacto inmediato en la Región. Si bien antes de su aprobación existía una preocupación regional por la grave situación de violencia de que eran víctimas las mujeres, esta preocupación no tenía un reflejo legal en la mayoría de los Estados americanos. En efecto, en 1994, año de su adopción, de los 34 Estados miembros de la OEA sólo nueve tenían algún tipo de legislación que protegía a las mujeres de la violencia o que reconocía y abordaba de alguna manera la violencia de la que son víctimas las mujeres en el marco de la familia²⁵. No obstante, luego de adoptado el tratado, de

21 *Ibidem*, preámbulo.

22 *Ibidem*, art. 6.

23 *Ibidem*, art. 5.

24 *Ibidem*, art. 3.

25 San Vicente y las Granadinas: (1984) Ley sobre Violencia Doméstica y Procedimientos Matrimoniales. Jamaica: (1989) Ley sobre Violencia Doméstica. Puerto Rico: (1989) Ley 54 de Prevención e Intervención en Violencia Doméstica. Costa Rica: (1990) Ley 7142 de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer, Capítulo 4, violencia intrafamiliar. Bahamas: (1991) Ley contra Ofensas Sexuales y Violencia Doméstica. Trinidad y Tobago: (1991) Ley sobre Violencia Doméstica. Barbados: (1992) Ley Contra la Violencia Doméstica. Belice: (1992) sancionó la Ley de Violencia Doméstica. Perú: (1993) Ley 26260, modificada por Ley 26763 (marzo de 1997).

manera casi inmediata la mayoría de los Estados que no tenían ningún texto legislativo de esta naturaleza sancionaron leyes de protección donde el bien tutelado era la familia y la mujer²⁶.

Sin embargo, esta buena acogida de la Convención al poco tiempo se fue evidenciando insuficiente, en la medida en que los Estados tendieron a proteger más a la familia como institución que a las mujeres como sujetas del derecho a vivir en un mundo libre de violencia. En efecto, la mayoría de las legislaciones aprobadas bajo el impulso de la nueva norma interamericana de derechos humanos protegían un bien jurídico distinto al propuesto y desarrollado por la propia Convención. Tal como lo señala la CIM en su informe del 2001:

En muchos de los países examinados, la ratificación de la Convención de Belém do Pará representó un momento culminante en los esfuerzos de sus mujeres para exigir que sus gobiernos reconocieran su responsabilidad en cuanto al derecho de la mujer a una vida sin violencia. En algunos casos, el esfuerzo desplegado para lograr ese reconocimiento oficial pareció haber agotado la energía de los grupos que actuaron. En otros, ofreció un nuevo ímpetu para tomar acciones concretas²⁷.

²⁶ Santa Lucía: (1994) Ley sobre Violencia Doméstica. Chile: (27 de agosto de 1994) Ley 19.325 «Establece Normas de Procedimiento y Sanciones Relativas a los Actos de Violencia Intrafamiliar». USA: (septiembre 1994) Ley 103-322, Título IV, Violencia contra la Mujer. Argentina: (7 de diciembre de 1994) Ley 24.417 «Protección contra la Violencia Familiar». Panamá: (16 de junio de 1995) Ley No. 27. Uruguay: (julio de 1995) Ley No. 16707 «Ley de Seguridad Ciudadana» incorpora al Código Penal el art. 321 (bis), tipificando a la violencia doméstica e imponiendo sanciones a la misma. Ecuador: (noviembre de 1995) Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia. Bolivia: (15 de diciembre de 1995) Ley 1674 «Ley Contra la Violencia en la Familia o Doméstica». Costa Rica: (marzo de 1996) Ley Contra la Violencia Doméstica. Guyana: (1996) Ley sobre Violencia Doméstica. México: (26 de abril de 1996) Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Intrafamiliar. Colombia: (16 de julio de 1996) Ley sobre Violencia Doméstica. El Salvador: (setiembre de 1996) Decreto No. 902, Ley contra la Violencia Intrafamiliar. Guatemala: (1996) Ley 97-96 para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar. Nicaragua: Ley de reformas y agregados al Código Penal de 1996. Rep. Dominicana: (1997) Ley 24-97, tipifica los delitos de violencia doméstica, acoso sexual e incesto. Honduras: (1997) Decreto 132-97, Ley Contra la Violencia Doméstica. Venezuela: (septiembre de 1998) Ley sobre la violencia contra la mujer y la familia.

²⁷ CIM, *Violencia en la Américas. Un análisis regional*, pág. 91. Disponible en: <http://www.oas.org/es/CIM/docs/Violence_in_the_Americas-SP.pdf>, a septiembre de 2012.

En este sentido, los distintos diagnósticos no se hicieron esperar y se empezó a evidenciar que una de las consecuencias poco alentadoras de la entrada en vigencia de la Convención fue que la misma se trató “como una “meta” y no como un “punto de partida”. En efecto, “en varias ocasiones, tras la ratificación de la Convención los gobiernos no tomaron medidas concretas y sostenidas a fin de asegurar su total cumplimiento”²⁸. De allí que se empezara a revisar esta primera generación de leyes que protegían el bien jurídico de la familia, buscando que trascendiera a reformas, planes y proyectos de políticas públicas dirigidos a la protección efectiva del derecho de las mujeres a vivir en un mundo libre de violencia.

Esta nueva ola de reformas legislativas, llamadas leyes de segunda generación, se caracterizan por eliminar o dejar en segundo plano el concepto de violencia intrafamiliar y despenalizar las agresiones donde el sujeto pasivo fuese distinto a las mujeres, adolescentes y niñas, mientras que se habla de violencia contra las mujeres no sólo en el ámbito familiar, sino en cualquier privado o público – tal como lo establece la Convención. Otro elemento que las caracteriza es que definen tipos penales directamente relacionados con otros tipos de violencia – tales como la violencia física, sexual, psicológica/emocional y patrimonial o económica – y para ello, definen qué se entiende por cada una de estas violencias.

Así, a finales de los noventa, en la mayoría de los Estados de la Región se inició un nuevo proceso de revisión profunda de leyes, normas y planes de protección de las mujeres víctimas de violencia. De la misma manera, el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (SIDH) inició un proceso más amplio de adecuación de sus estándares de protección, dando paso a la interpretación de la Convención de Belém do Pará.

6. Estándares interamericanos de protección

Durante los años de vigencia de la Convención de Belém Do Pará, el SIDH ha ido desarrollando progresivamente los contenidos doctrinales y

²⁸ Ibidem.

estándares jurídicos para la interpretación de las obligaciones derivadas de ella, como se puede constatar en sus informes de país, en los informes temáticos, en los casos ante la CIDH y en las sentencias de la Corte IDH.

Este proceso de avances en los estándares interamericanos aún está en pleno desarrollo, pero podemos afirmar que se han ido consolidando cada vez más y de manera muy clara los estándares de protección derivados de la Convención de Belém do Pará. Mencionamos en lo que sigue, algunas de las decisiones más relevantes del SIDH en esta materia.

a. El Caso Maria Da Penha vs. Brasil²⁹

La existencia de un vínculo estrecho entre los problemas de discriminación y violencia contra las mujeres, y la perpetuación de las raíces que mantienen la violencia

El caso Maria Da Penha será el primero ante la CIDH donde se aborda la violencia doméstica como una violación a los derechos humanos de las mujeres. En el mismo, la CIDH establece de manera clara el vínculo estrecho entre la discriminación y la violencia contra las mujeres, señalando además, que la situación de la víctima no era parte de un hecho aislado sino que formaba parte de un patrón de discriminación de las que eran víctimas las mujeres, a no ser atendidas por el Estado en los casos de violencia. Así, estableció la existencia de un patrón general de tolerancia estatal e ineficacia judicial en casos de violencia doméstica, determinando que, dentro de las obligaciones derivadas de la Convención de Belén do Pará, los Estados deben actuar con la debida diligencia y que ésta va más allá del hecho de juzgar y condenar, pues también incluye la obligación de “prevenir estas prácticas degradantes”³⁰. La Comisión agregó además que:

La falta de juzgamiento y condena del responsable en estas circunstancias constituye un acto de tolerancia por parte del Estado de la violencia que Maria da Penha sufrió, y esa omisión de los tribunales de justicia brasileños agrava las consecuencias directas de las agresiones por su ex-marido sufridas por la señora Maria da Penha Maia

²⁹ Maria Da Penha había denunciado en múltiples oportunidades la violencia de la que estaba siendo víctima por parte de su marido. Ver, CIDH, Informe de Fondo, No. 54/01, Maria Da Penha Fernandes (Brasil), 16 de abril de 2001.

³⁰ *Ibidem*, párr. 56.

Fernandes. Es más, como ha sido demostrado previamente, esa tolerancia por los órganos del Estado no es exclusiva de este caso, sino una pauta sistemática. Es una tolerancia de todo el sistema, que no hace sino perpetuar las raíces y factores psicológicos, sociales e históricos que mantienen y alimentan la violencia contra la mujer³¹.

De esta manera, la Comisión dejó claramente establecido los efectos perversos de la tolerancia del Estado a estos hechos, y el impacto que dicha tolerancia causa en la vida de las mujeres y en su derecho a vivir en un mundo libre de violencia.

b. El caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México³²

La obligación inmediata de los Estados de actuar con la debida diligencia

La obligación de actuar con debida diligencia como estándar en materia de acceso a la justicia de las mujeres, de acuerdo a los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 7b de la Convención de Belén do Pará, ha sido una constante en las decisiones tanto de la CIDH como de la Corte IDH. Elementos esenciales, como el acceso a la justicia de las víctimas y sus familiares, el tiempo razonable en el procesamiento de los casos, el acceso a medios probatorios y a que se realicen todas las acciones para obtener justicia, así como la existencia de mecanismos judiciales efectivos, adecuados e imparciales de verdad y reparación, se han convertido en el hilo conductor de la defensa de los derechos humanos de las mujeres a nivel regional, haciendo del desarrollo de los contenidos del derecho a la justicia y la debida diligencia uno de sus principales desafíos³³.

³¹ *Ibidem*, párr. 55.

³² 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 N. 25, párr. 258.

³³ El artículo 7 de la Convención de Belén do Pará: "Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; c. incluir en su

Así, la obligación de debida diligencia establecida en los artículos 2 y 7 de la Convención, es requerida para prevenir, investigar y sancionar con celeridad y sin dilación todos los actos de violencia contra las mujeres, cometidos tanto por actores estatales como no estatales, dentro del hogar o de la comunidad.

En este caso, la Corte IDH señaló que la obligación de debida diligencia derivada de la Convención supone que los Estados

deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia³⁴.

En ese sentido, distingue que aunque el deber de prevención sea un deber de medio y no de resultado, los Estados deben demostrar que las medidas adoptadas deben ser suficientes y efectivas para prevenir las graves manifestaciones de la violencia contra la mujer³⁵. Al mismo tiempo, la Corte reconoce que, si bien los Estados no pueden ser responsables por

legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso; d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad; e. 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 la mujer; f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.

34 Corte IDH, *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México...* párr. 258.

35 *Ibidem*, párr. 279.

cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción³⁶, dado el contexto de violencia contra las mujeres que existía en la Región y el conocimiento de estos hechos que tenía el Estado de México, éste tenía una responsabilidad reforzada con respecto a la protección de las mujeres en Ciudad Juárez, quienes se encontraban en una situación de vulnerabilidad – especialmente las mujeres jóvenes y humildes – y la ausencia de estas medidas supone una falta del Estado en el cumplimiento general de su obligación de prevención³⁷.

En cuanto al deber de garantía, la Corte IDH señaló que el Estado no actuó con la debida diligencia requerida para prevenir adecuadamente las muertes y agresiones sufridas por las víctimas y que no actuó como razonablemente era de esperarse, de acuerdo a las circunstancias del caso, para poner fin a su privación de libertad. Este incumplimiento del deber de garantía es particularmente serio, al producirse en un contexto conocido por el Estado – que ponía a las mujeres en una situación especial de vulnerabilidad – y a las obligaciones impuestas en casos de violencia contra la mujer, que se ven reforzadas por el artículo 7.b de la Convención Belém do Pará³⁸.

Por último, en cuanto a la adopción de medidas, la Corte señaló que el Estado no demostró haber adoptado normas o implementado las medidas necesarias, conforme al artículo 2 de la Convención Americana y al artículo 7.c de la Convención Belém do Pará, que permitieran a las autoridades ofrecer una respuesta inmediata y eficaz ante las denuncias de desaparición y prevenir adecuadamente la violencia contra la mujer. Tampoco demostró haber adoptado normas o tomado medidas para que los funcionarios responsables de recibir las denuncias tuvieran la capacidad y la sensibilidad para entender la gravedad del fenómeno de la violencia contra la mujer y la voluntad para actuar de inmediato³⁹.

36 *Ibidem*, párr. 279.

37 *Ibidem*, párr. 282.

38 *Ibidem*, párr. 284.

39 *Ibidem*, párr. 285.

b.1 La obligación de garantizar la disponibilidad de mecanismos judiciales efectivos, adecuados e imparciales para víctimas de violencia contra las mujeres

Respecto del deber de investigación del caso y la disponibilidad de mecanismos judiciales efectivos, la Corte IDH señaló que parte de las obligaciones derivadas de la Convención de Belém do Pará supone el deber de los Estados de garantizar, a través de una investigación seria y adecuada, los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal de las tres víctimas. Al respecto, señaló que el Estado no demostró haber adoptado normas o implementado las medidas necesarias, conforme al artículo 2 de la Convención Americana y al artículo 7.c de la Convención Belém do Pará, que permitieran a las autoridades asegurar una investigación con la debida diligencia. Además, la decisión destaca que esta ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general, y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada “como parte del diario vivir”⁴⁰.

b.2 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

Por otra parte, el Tribunal también abordó en este caso la necesidad de adoptar medidas orientadas a enfrentar las causas culturales que derivan en la ocurrencia frecuente de violencia contra la mujer, considerando que

el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente [...] es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el

40 *Ibidem*, párr. 388.

presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer⁴¹.

En razón de ello, la Corte determinó que es una obligación de los Estados implementar acciones para erradicar la discriminación contra las mujeres y los patrones estereotipados de comportamiento que promueven su tratamiento inferior en sociedad.

c. Casos Penal Miguel de Castro Castro vs. Perú⁴² y Valentina Rosendo Cantú e Inés Fernández Ortega vs. México⁴³

La calificación jurídica de la violencia sexual como tortura cuando es cometida por agentes estatales

La calificación jurídica de la violencia sexual como tortura cuando es cometida por agentes estatales ya había sido determinada en la sentencia del Penal Castro Castro vs. Perú, la cual determinó que la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento. En dicha sentencia, la Corte IDH también asimiló la violencia sexual a la tortura⁴⁴.

A su vez, la Corte se refirió a algunos alcances del artículo 5 de la Convención Americana en cuanto a los aspectos específicos de violencia contra la mujer, considerando como referencia de interpretación las disposiciones pertinentes de la Convención de Belém do Pará y la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, ya que estos instrumentos complementan el *corpus juris* internacional en materia de protección de la integridad personal de las mujeres, del cual forma parte la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴⁵.

41 Ibidem, párr. 410.

42 Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C No. 160.

43 Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C No. 215, y *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C No. 216.

44 Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú...* párrs. 311, 313 y 404.

45 Ibidem, párr. 276.

Al respecto, la Corte señaló que las mujeres detenidas o arrestadas “no deben sufrir discriminación, y deben ser protegidas de todas las formas de violencia o explotación”; que “deben ser supervisadas y revisadas por oficiales femeninas”, y que las mujeres embarazadas y en lactancia “deben ser proveídas con condiciones especiales”. La discriminación a la que se refiere la decisión 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”⁴⁶.

Por su parte, en los casos de Inés Fernández Ortega y Valentina Rosendo Cantú, la CIDH y las organizaciones representantes de las víctimas, siguiendo el precedente de la sentencia del Penal Miguel de Castro Castro, denunciaron que en los actos en los que habían sido víctimas ambas mujeres, concurrieron los elementos fundamentales que determinan un acto como tortura – a pesar de que éstos hechos no hayan operado en una institución oficial, como si sucedió en el caso del Penal Miguel de Castro Castro. En efecto, en estos casos se denunció la concurrencia de los siguientes elementos:

- Intencionalidad de producir los maltratos, los cuales fueron causados deliberadamente.
- Sufrimiento físico o mental severo, toda vez que la violencia sexual es una experiencia sumamente traumática, que tiene severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico.
- Finalidad. La violencia sexual, al igual que la tortura, persigue entre otros, los fines de intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que sufre, además de haber sido realizada por funcionarios públicos.

Adicionalmente a estos elementos, tanto la CIDH como las organizaciones representantes de las víctimas, señalaron que en ambos casos, además de ser una afectación a la integridad física, psíquica y moral de la víctima, la violación sexual suponía el quebrantamiento de su dignidad y la invasión de una de las esferas más íntimas de su vida

⁴⁶ *Ibidem*, párr. 303.

– la de su espacio físico y sexual –, lo cual despoja a la víctima de su capacidad para tomar decisiones respecto de su cuerpo y conforme a su autonomía⁴⁷.

La Corte analizó las pruebas en su conjunto y determinó que de ellas podían inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos⁴⁸, dando un especial énfasis probatorio al contexto, y dando por probado que en ambos casos no sólo se estaba frente a un acto deplorable de violencia sexual⁴⁹, sino que se estaba en presencia de un acto de tortura, ya que la violación sexual puede constituir tortura cuando ocurre fuera de instalaciones estatales, si existe intencionalidad, sufrimiento severo y un fin⁵⁰. A partir de estas reflexiones, concluye que se produjo la violación a la integridad personal tanto de Inés Fernández Ortega como de Valentina Rosendo Cantú y, en este último caso, la Corte además establece la violación del artículo 19⁵¹ de la Convención Americana, en la medida en que Valentina era menor de edad en el momento de los hechos.

c.1. La violación de la intimidad como violación de los derechos sexuales de las mujeres

En estas decisiones, la Corte IDH, siguiendo la doctrina de la Corte Europea de Derechos Humanos⁵², amplía el concepto del artículo 11 de la Convención Americana, usualmente restringido a la honra, reputación y vida privada, y establece que dicho artículo comprende además la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos, entre otros ámbitos protegidos. Con ello, se da un paso hacia lo que señalamos como una doctrina jurisprudencial sobre derechos sexuales de las mujeres que incluye de manera esencial el derecho a decidir sobre nuestro cuerpo.

47 Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otros vs. México...* párr 81.

48 *Ibidem*, párr. 102.

49 *Ibidem*, párr. 106.

50 *Ibidem*, párrs. 117 y 118.

51 El artículo 19 de la Convención Americana establece: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

52 CEDH, *Case of X and Y v. the Netherlands*, sentencia de 26 marzo de 1985, App. No. 8978/80, párr. 22, y *Case of Dudgeon v. the United Kingdom*, sentencia de 22 de octubre de 1981, App. No. 7525/76. Citado por la Corte IDH en *ibidem*, párr. 117.

En efecto, la Corte reconoce que “la violación sexual vulnera valores y aspectos esenciales de la vida privada de una persona, supone la intromisión en su vida sexual, anulando su derecho a tomar decisión libremente respecto con quien tener relaciones sexuales, la cual es una de las decisiones más íntimas y personales, sobre las funciones corporales básicas”⁵³. Con ello, el organismo interamericano incursiona en temas que aún están por desarrollarse, como los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en el ámbito interamericano, sembrando una base sólida para su posterior desarrollo.

d. El deber de los órganos legislativos, ejecutivos y judiciales de analizar rigurosamente todas las leyes, normas, prácticas y políticas públicas que establecen diferencias de trato basadas en el sexo, o que puedan tener un impacto discriminatorio en las mujeres, en su aplicación

La CIDH ha desarrollado de manera amplia esta obligación derivada de la Convención de Belém do Pará y del derecho a la no discriminación por razones de sexo previsto en la Convención Americana. En su informe sobre acceso a la justicia de mujeres víctimas de la violencia en las Américas, la Comisión explicó extensivamente la manera cómo los Estados deben interpretar esta obligación. En ese sentido, resaltó que los Estados deben analizar de forma concienzuda y pormenorizada la restricción fundada en alguna de las categorías del artículo 1.1 de la Convención Americana. Así, los Estados están en la obligación de

demostrar que dicha restricción está basada en un objetivo estatal imperioso o urgente, que es técnicamente adecuada para lograr ese fin y que éste 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 asiente exclusivamente en el prejuicio⁵⁴.

⁵³ *Ibidem*, párr. 119, citando a ECHR, *Case of M.C. v. Bulgaria*, sentencia de 4 de diciembre de 2003, App. No. 39272/98, párr. 150.

⁵⁴ CIDH, *Informe sobre acceso a la justicia de las mujeres víctimas de la violencia en las Américas*, párr. 84. Disponible en: <<http://www.cidh.org/women/ Acceso07/cap1.htm>>, a septiembre de 2012.

La Comisión sostiene que la discriminación se comprueba a partir de establecer la existencia de trato entre personas que se encuentran en situaciones análogas, no obstante recuerda que “no toda diferencia en el trato en circunstancias similares es necesariamente discriminatoria”. Al respecto, indica que una distinción basada en “criterios razonables y objetivos” puede servir un interés legítimo del Estado de conformidad con los términos del artículo 24. Puede, de hecho, “ser necesaria para que se haga justicia o para proteger a las personas que requieren la aplicación de medidas especiales [...] Una distinción basada en criterios razonables y objetivos: (1) tiene un objetivo legítimo y (2) emplea medios que son proporcionales al fin que se persigue”⁵⁵. En concreto, señala: “Cuando se utiliza un criterio como el sexo para distinguir, una distinción en el tratamiento entre hombres y mujeres puede estar justificada sólo si el motivo aducido para dicho trato desigual es imperioso o de gran importancia o peso”⁵⁶.

La CIDH reitera la doctrina utilizada en el caso de María Eugenia Morales de Sierra, donde se aplicó la doctrina de no discriminación ante la utilización por parte del legislador del sexo como criterio diferenciador. En este caso, indicó que el artículo 24 de la Convención Americana establece como regla que ciertas formas de diferencia en el trato, por ejemplo las que se basan en el sexo, resultan fuertemente sospechosas de ilegalidad y que el Estado tiene que brindar razones de mucho peso para su justificación. Así, siempre que la distinción obedezca a algunos de los factores o categorías sospechosas, la norma o la política que lo utiliza será observada con un criterio de escrutinio intenso o estricto⁵⁷. En conclusión, la CIDH estableció que

el deber de revisar las normas, prácticas y políticas públicas que establecen diferencias de trato basadas en el sexo debe ser asumido por las diversas instancias del Estado, el Poder Judicial, el gobierno y los parlamentos y órganos legislativos, a fin de adecuar el orden jurídico interno y el funcionamiento del Estado al cumplimiento de los tratados de derechos humanos vigentes. Al mismo tiempo, corresponde a los Estados habilitar recursos judiciales idóneos y efectivos para que

55 Ibidem.

56 Ibidem, párr. 85.

57 Ibidem, párr. 86.

las y los ciudadanos individualmente, las instituciones nacionales de protección de los derechos humanos, como las oficinas de Defensorías del Pueblo y Procuradores Generales de Derechos Humanos, y las organizaciones no gubernamentales y otros actores sociales, puedan demandar ante las instancias políticas y en especial ante la justicia, el control de legalidad de estas normas, prácticas y políticas. Tanto la adopción de normas discriminatorias como el incumplimiento de obligaciones positivas impuestas por una norma son manifestaciones directas de discriminación⁵⁸.

7. El MESECVI, su relación con otros organismos intergubernamentales de protección de los derechos humanos de las mujeres y los desafíos actuales

Establecidos los principales estándares que el SIDH ha desarrollado luego de la adopción de la Convención de Belém do Pará, conviene detenerse en el estudio del mecanismo especializado encargado de la supervisión de las medidas adoptadas por los Estados parte para asegurar la progresiva eliminación de la violencia contra la mujer.

En principio, el tratado encomendaba la tarea de supervisión a la CIM. No obstante, el Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belén do Pará (MESECVI) surge como respuesta a la necesidad expresada por los Estados parte de la Convención de tener un mecanismo más eficiente que el establecido convencionalmente, para dar seguimiento a la situación de las mujeres y al cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Convención.

La creación del MESECVI ha supuesto la expresión institucional de la voluntad política de contar con un sistema consensuado e independiente para la evaluación de los avances realizados por los Estados en el cumplimiento de la Convención de Belén do Pará, con el objetivo de implementar las recomendaciones que emanen del mecanismo⁵⁹. El MESECVI es así una herramienta de seguimiento y

⁵⁸ Ibidem, párr. 88.

⁵⁹ Informe de la Secretaría Técnica sobre la puesta en marcha del 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”, a la XXXIII Asamblea de Delegadas de la CIM, OEA/Ser.L/II.2.33, CIM/doc.10/06, 23 de octubre de 2006. Disponible en: <<http://www>

estructuración de las medidas derivadas de la Convención, que amplía el propósito del artículo 10, según el cual los Estados darán cuenta del cumplimiento de las obligaciones derivadas del tratado.

El mecanismo tiene dos componentes fundamentales, la Conferencia de Estados Parte y el Comité de Expertas (CEVI):

- La Conferencia de Estados Parte se reúne cada dos años y está compuesta por los 32 Estados Miembros de la OEA que firmaron, ratificaron o accedieron a la Convención. Sus funciones principales incluyen: i) formular directrices para el trabajo del CEVI; ii) recibir, analizar y evaluar los informes y las recomendaciones del CEVI, y iii) publicar y difundir el Informe Hemisférico del MESECVI.
- El Comité de Expertas (CEVI) está compuesto por expertas/os nacionales, designadas/os por sus respectivos Estados parte para servir al MESECVI a título personal. Sus funciones principales incluyen: i) formular una metodología de evaluación y establecer un cronograma de trabajo; ii) recibir y evaluar los informes de los Estados parte y preparar recomendaciones, y iii) presentar sus informes a la Conferencia de Estados Parte.

El MESECVI funciona por Rondas de Evaluación Multilateral (REM), que incluyen dos fases distintas:

- Evaluación. Durante la cual el CEVI analiza la implementación de la Convención de Belém do Pará sobre la base de cuestionarios completados por los Estados parte, y les prepara recomendaciones.
- Seguimiento. Durante el cual el CEVI circula un cuestionario adicional a los Estados parte para indagar sobre la implementación de sus recomendaciones específicas y preparar un Informe Hemisférico.

Toda vez que los Estados han reconocido que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales, y limita total o parcialmente a la mujer el

reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades⁶⁰, y que el MESECVI ha sido fruto del consenso interamericano para hacer frente a esta problemática, le corresponde a este organismo:

- Evaluar las múltiples formas de violencias que impiden el pleno goce y disfrute de los derechos humanos de las mujeres, el derecho de las mujeres a vivir una vida digna y libre de violencia, y el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.
- Dar seguimiento a las acciones implementadas por los Estados parte en el cumplimiento de las obligaciones indelegables de los Estados de garantizar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, las políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia⁶¹.

Por otro lado, dada la importancia que reviste el monitoreo, articulación y participación de iniciativas organizadas de mujeres, a través de la academia, las ONG y los grupos y movimientos sociales, para lograr el pleno disfrute de los derechos humanos, también le corresponde al MESECVI activar los mecanismos necesarios para que este instrumento sea un referente institucional para la defensa de los derechos humanos de las mujeres en la Región.

La implementación efectiva y sostenible de la Convención de Belém Do Pará requiere un proceso de monitoreo continuo e independiente que esté respaldado tanto por los Estados parte de la Convención, como por las mujeres sujetas de derechos y los movimientos sociales y de mujeres que requieren interactuar con la comunidad internacional para exigir y avanzar en la conquista de sus derechos humanos. Para ello, creemos que la articulación eficiente y sostenida de las labores del SIDH, la CIM y el MESECVI es fundamental. En concreto, un trabajo conjunto entre la Relatoría sobre los Derechos de las Mujeres de la CIDH y del MESECVI fortalecerá los mecanismos de protección de las mujeres, tanto a nivel nacional como a través de los diferentes medios interamericanos previstos para su protección.

60 Preámbulo de la Convención Belém Do Pará.

61 Art. 7 de la Convención de Belém Do Pará.

Conclusiones: mirando los desafíos

La discriminación y la violencia siguen siendo una constante en la vida de las mujeres y las niñas, de la misma manera en que los mecanismos de justicia nacionales e internacionales siguen siendo herramientas que benefician a pequeños grupos, no necesariamente representativos de todas las necesidades de las mujeres de la Región. Adicionalmente a ello, se suman los escasos conocimientos que poseen las y los operadores de justicia y de los sistemas penales sobre los estándares interamericanos de protección, desarrollados conforme a los derechos y las obligaciones establecidos en la Convención de Belén do Pará.

Estos obstáculos, así como la ausencia de campañas masivas de promoción, prevención y erradicación de la violencia, y la persistencia de roles estereotipados en los medios masivos de comunicación que perpetúan la violencia contra la mujer, ponen de manifiesto la necesidad de una intervención conjunta y urgente de todos los órganos de protección y promoción de derechos humanos en el SIDH.

En este contexto, creemos que la labor del MESECVI resulta fundamental para conjugar los esfuerzos de estos organismos y apuntalar los distintos procesos de transición en que se encuentran los Estados de la Región respecto de la adecuación normativa, a partir de las obligaciones derivadas de la Convención y los estándares establecidos. Así, por ejemplo, cabe señalar la necesidad de asegurar el aporte técnico para la transición necesaria de los Estados que se encuentran aún trabajando con una primera generación de leyes, para avanzar hacia leyes inclusivas e incluyentes que se adapten a las múltiples manifestaciones de violencia contra las mujeres establecidos en la Convención de Belén do Pará, desde el derecho a vivir en un mundo libre de violencia.

Igualmente, el MESECVI podrá aportar o fortalecer el enfoque necesario para profundizar sobre la situación de las mujeres y niñas afrodescendientes, indígenas, campesinas, lesbianas, transexuales e intersexuales, lo que incluya además las otras formas de violencia que afectan a las mujeres, y en especial a aquellas víctimas de múltiples

factores de discriminación. Este debe ser un punto fundamental en la agenda de los procesos de fortalecimiento de garantías y marcos de actuación que se viven en la actualidad. Igualmente, el mecanismo puede ser instrumental para relevar de manera especial el trabajo sobre protección de mujeres en el marco de conflictos armados o desastres naturales.

Adicional a ello, y como mayor desafío, el trabajo conjunto de los órganos interamericanos de protección de las mujeres en la región – CIDH, Corte IDH, CIM y MESECVI –, debe apuntar a profundizar en los estándares de construcción de sociedades más justas y equitativas. Para ello, será necesario además profundizar en el cambio cultural que deben acometer las sociedades americanas para avanzar en los propósitos de la Convención de Belén do Pará, que no son otros que asegurar la eliminación de la violencia contra la mujer en todos los ámbitos – uno de los principales problemas de derechos humanos que enfrentan nuestras sociedades.

El trabajo conjunto de los organismos interamericanos, junto con autoridades nacionales cada vez más concienciadas de la necesidad de asegurar mejores garantías y el conjunto de actores sociales que luchan y promueven los derechos de la mujer, resultará fundamental en la tarea de erradicación de estereotipos que profundizan la violencia contra las mujeres y, en concreto, en la transformación del contenido de los medios de comunicación y del papel que juegan en el cambio cultural, para asegurar la efectiva erradicación de estos estereotipos.

Para concluir, creemos que todos los organismos interamericanos deben conjugar y potenciar sus esfuerzos trabajando de manera conjunta hacia los mismos objetivos. Este trabajo no es sencillo, pero esperamos que se concrete a través de los medios que sean necesarios en esta nueva fase de revisión y fortalecimiento de los mecanismos interamericanos de protección de derechos de las mujeres.

Acerca del “control de convencionalidad” por parte de los operadores de justicia (nacionales e internacionales) en situaciones de justicia transicional*

*Olger Ignacio González Espinosa***

Introducción

En el marco de una transición, ante demandas de las víctimas o sus familiares y defensas jurídicas de perpetradores o beneficiarios de graves violaciones a los derechos humanos, las y los operadores de justicia¹, nacionales e internacionales, se ven enfrentados al dilema de afectar con su decisión (positiva o negativamente) determinados modelos (o antimodelos) de justicia transicional, pactados o impuestos en una sociedad determinada. Surge entonces la pregunta: ¿el rol que una democracia funcional asigna a los tribunales encargados del control constitucional (o de obligaciones internacionales del Estado) cambia o debe cambiar en épocas de transición o ante situaciones de “justicia transicional”?

* Las opiniones del autor son un ejercicio académico y de reflexión personal; no comprometen ni representan necesariamente la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

** Costarricense. Abogado senior (Coordinador) en la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OEA), donde ha desempeñado varias funciones en el área legal desde el año 2000. Máster en Derechos Humanos y Democratización (en Venecia, Italia, y Estrasburgo, Francia); Diplomado en Derechos Humanos y Democratización (Universidad de Chile); y Licenciado en Derecho y Notario Público (Universidad de Costa Rica). Conferencista y consultor en temas de derechos humanos, justicia transicional y Sistema Interamericano en varias instituciones, organizaciones y universidades de la región. Colaborador del IIDH. Profesor Invitado en la Maestría de Derecho Internacional y Derechos Humanos de la Universidad para la Paz de Naciones Unidas (Costa Rica). También está involucrado en proyectos de cine y gestión cultural.

¹ En general, en este artículo me refiero indistintamente a “tribunales”, “jueces” u “operadores de justicia” para indicar cualquier autoridad administrativa o judicial con poder de decisión sobre diferentes aspectos relacionados con derechos humanos. Por ende, según el país de que se trate y su respectivo ordenamiento jurídico, las autoridades que a niveles nacionales tengan tales atribuciones pueden ser muy variadas.

Así formulada, esta pregunta se ubica más en un plano político y axiológico de la legitimidad o razón del sí, por qué, cuándo y cómo juzgar². Otras preguntas surgen con relación a la anterior:

- ¿Hasta dónde es legítima, bajo una concepción democrática que se pretenda como marco de referencia transicional, la intervención de los tribunales?
- ¿Hasta dónde le toca al tribunal “reenviar” la decisión a las instancias de participación democrática?
- ¿A partir de qué momento la “prudencia judicial” pasa a ser irresponsabilidad o “complicidad judicial” ante las violaciones de derechos humanos del pasado?
- ¿Qué rol corresponde a los tribunales internacionales? ¿Son la última esperanza de las víctimas o el último “puerto seguro” de los perpetradores?

Propongo repasar brevemente diversas concepciones acerca del rol asignado a los tribunales (principalmente constitucionales) en una democracia, y cómo se expresa la tensión Constitución-democracia en la interacción de los sistemas nacionales e internacionales de protección de derechos humanos. Luego, para aproximarme a algunas respuestas, destacaré algunos condicionamientos usuales de las transiciones políticas a que se enfrentan los tribunales. Finalmente, plantearé algunas ideas al respecto con relación a tres temas abordados en casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

1. El rol de los tribunales en democracia

Las sociedades en transición se ven en la necesidad de enfrentar violaciones de derechos humanos ocurridas durante un conflicto armado o régimen autoritario anterior. A pesar de su pretensión de imparcialidad ideológica, la opción ideológica implícita del discurso de los derechos humanos es la sociedad democrática. Partiendo de que esta idea es el sistema político al cual se aspira “volver” o “llegar” en una transición,

² En un sentido similar al que plantea L. Ferrajoli como “razón del derecho” penal, siendo uno de los tres órdenes de fundamentos del mismo (los otros dos: racionalidad y validez). Cfr. Ferrajoli, L., *Derecho y razón*. Editorial Trotta, Madrid, 2001, págs. 21-26.

la pregunta inmediata es ¿cuál democracia? Luego, ¿quién la controla y cómo?

Para los efectos de este ensayo, baste señalar que muchos teóricos han estudiado la tensión entre la democracia, como régimen de mayorías, y la protección de los derechos individuales. Para esos “problemas mayoritarios”, en particular la posible vulneración de aquellos derechos, se han ideado “soluciones antimayoritarias” o “contramayoritarias”, como el constitucionalismo, la justicia constitucional, la separación de poderes y el sistema de frenos y contrapesos³. Dentro de estas “soluciones” actúan los tribunales nacionales, en principio, y, a partir de la segunda mitad del siglo XX, también los tribunales internacionales.

¿Qué rol se asigna a los tribunales en una democracia?

En una hipersimplificación de un tema muy amplio, baste señalar que las posiciones más escépticas dirían que no existe de manera evidente ningún modelo de referencia acerca de la función del juez. Otras posiciones pueden ofrecer argumentos axiomáticos en favor de uno u otro modelo, con determinadas características⁴.

Los más liberales consideran que “la institución central de la democracia liberal no es la corte constitucional sino el parlamento”. Para Holmes es crucial que esas cortes no intenten agrandarse miopemente a sí mismas, disminuyendo el estatus del parlamento ante la mirada del público, pues la autoinflación de aquéllas implica que la voz del pueblo no surge adecuadamente a través del proceso representativo⁵.

³ Ver, e.g., Elster, J., “Régimen de mayorías y derechos individuales”, en: Shute y Hurley (eds.), *De los derechos humanos*. Editorial Trotta, Madrid, 1998, págs. 165 a 190.

⁴ Gargarella identifica varias tradiciones de pensamiento que justifican (o no) la función judicial de control de las leyes: una “conservadora” señala la supuesta dificultad de “las mayorías para tomar decisiones razonables”. Una “radical populista” es hostil a esa idea y favorable al apoyo popular como único indicio adecuado de validez de la decisión; en ella, la función del juez queda sumamente restringida. La que él adhiere es la que llama “genuinamente radical”. Cfr. Gargarella, R., *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*. Editorial Ariel, 1996.

⁵ Holmes, S., “El constitucionalismo, la democracia y la desintegración del Estado”, en: Koh y Slye (comps.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Gedisa, 1999, págs.157-163.

Posiciones más pragmáticas afirman que la legitimidad de la actuación judicial no puede responderse en abstracto, considerando unas variables normativas, como el lugar de los tribunales en una “teoría pura” de la democracia o el origen no electivo de los jueces. Courtis señala que ese análisis de legitimidad requiere información empírica sobre el funcionamiento del sistema político, el conocimiento concreto del contexto histórico en el cual se desempeñan las y los jueces, y la necesaria comparación con la legitimidad de los demás poderes⁶.

Abramovich coincide con esa posición y propone articular la labor de los jueces con los procesos políticos y sociales. Observa que la debilidad de las instituciones democráticas de representación y el deterioro de los espacios tradicionales de mediación social y política, han contribuido a que conflictos colectivos anteriormente restringidos a los demás poderes del Estado se trasladen a la esfera judicial, lo que redefine su rol frente a las instancias políticas. Promueve la necesidad de un activismo judicial (creativo con los instrumentos y estrategias procesales), a partir de la definición de los tipos de obligaciones que permiten la exigencia de derechos por esa vía. Otro rol del juez se explica sólo sobre la base de una visión sesgada y “naturalista” del aparato estatal, coincidente con la posición decimonónica del Estado mínimo, garante exclusivamente de la justicia, seguridad y defensa. En definitiva, dado que “el Poder Judicial es el menos adecuado para realizar planificaciones de política pública”, su rol sería más bien confrontar el diseño de esas políticas con los estándares jurídicos aplicables y reenviar la cuestión a los poderes pertinentes cuando sea necesario. El Poder Judicial participa, así, en un “diálogo” entre los distintos poderes del Estado para la concreción del programa jurídico-político establecido por la Constitución o por los pactos de derechos humanos⁷.

6 Courtis, Christian, “Reyes desnudos. Algunos ejes de caracterización de la actividad política de los tribunales”, en: Bergalli, Roberto, y Claudio Martiniuk (comps.), *Filosofía, política, derecho. Homenaje a Enrique Marí*. Universidad Nacional de Quilmes, 2003.

7 Abramovich, Víctor, “Líneas de trabajo en DESC: herramientas y aliados”. En similar sentido, Ferrajoli, L., *Derecho y razón...* pág. 863. Al respecto, Habermas señala que la discusión acerca del activismo o del *self-restraint* del tribunal constitucional no puede efectuarse en abstracto, pero que una jurisprudencia constitucional “ofensiva” es normativamente exigida cuando se trata de hacer valer el procedimiento democrático y la forma deliberativa de formación de la

Cabe destacar también el rol asignado a las y los jueces por las concepciones de “democracia deliberativa”. Revisando teorías de Ackerman y Ely, entre otros, e influenciado por Nino⁸, Gargarella considera que se debe procurar que el proceso de toma de decisiones, en materias que trasciendan el ámbito de la moral privada, asegure la mayor imparcialidad posible (que reflejen los puntos de vista de todos los posibles afectados por la decisión). Luego de analizar múltiples problemas presentados por el llamado “carácter contramayoritario” del Poder Judicial, intuye que no resulta obvio que aquél control deba recaer en manos de la justicia o que deba ejercerse del modo como hoy es ejercido (con jueces que tienen “la última palabra” en todo tipo de decisiones). Por ende, Gargarella sugiere un sistema de control de las leyes enfocado en asegurar las condiciones del debate democrático (intervención del juez justificada en supuestos de discriminación irracional, protección de libertad de expresión, distorsiones del proceso decisorio, etc.) y que el control de constitucionalidad se oriente a asegurar una esfera de inviolable autonomía a los individuos⁹.

Al repasar brevemente (y seguramente en forma insuficiente) estas concepciones sobre el rol del operador de justicia en democracia, y al compartir algunas de las preocupaciones expuestas, particularmente por Abramovich y Curtis, corresponde observar cómo podrían aplicarse ante los dilemas de justicia transicional, en el marco de la tensión democracia-Constitución.

2. Los tribunales frente a las restricciones de la transición

Dada la multiplicidad de víctimas, perpetradores y beneficiarios de las violaciones de derechos humanos ocurridas en un conflicto o régimen anterior, y los diferentes alcances y formas que éstas tomaron, las relaciones de poder subyacentes en esa sociedad, particularmente de desigualdad, se han profundizado o producido durante esa época y las resultantes determinan las características de la transición.

opinión y de la voluntad política. Habermas, J., “Justicia y legislación: sobre el papel y legitimidad de la jurisprudencia constitucional”, citado por Abramovich.

⁸ Ver, entre otros, Nino, C., *La constitución de la democracia deliberativa*. Gedisa, 1997, capítulo 7.

⁹ Gargarella, R., *La justicia frente al gobierno...*

La experiencia de muchas transiciones indica que no hay fórmulas o recetas mágicas para determinar la mejor ecuación posible, en un momento político determinado, entre los imperativos mínimos que deben reconocerse a las víctimas que, entre otros, son justicia, verdad y reparación. Además, las transiciones no suelen ser momentos o acontecimientos históricos definidos y estables, sino, por el contrario, dinámicos y tan inestables cuanto mayor injusticia hayan propiciado.

Si entendemos las transiciones a la democracia como tiempos refundacionales y procesos potencialmente inestables, tratar con el legado de represión o autoritarismo es un asunto de exigencia moral pero también de viabilidad política; es decir, concurren allí objetivos éticos y restricciones o condicionantes políticas específicas¹⁰. Sin embargo, parto de que

los procesos de reconstrucción postconflicto no podrían ser sostenibles si las injusticias estructurales – políticas, legales y económicas – se mantienen. En este sentido un proceso de reconciliación debe ser afirmado por la distribución del poder, el cumplimiento de los compromisos políticos y un clima favorable a la protección de los derechos humanos y de la justicia económica¹¹.

Por lo anterior, y por ejemplo, es sumamente interesante que Mamdani¹² y Malamud Goti¹³ llamen la atención acerca de la impunidad de los beneficiarios del régimen de *apartheid* sudafricano¹⁴ y de la

¹⁰ Zalaquett, J., “La reconstrucción de la unidad nacional y el legado de violaciones de los derechos humanos”, págs.1-12.

¹¹ Beristain, C. M., “Reconciliación luego de conflictos violentos: un marco teórico”, en: *Verdad, justicia y reparación. Desafíos para la democracia y la convivencia social*, primera edición. IDEA-IIDH, julio de 2005, pág. 18.

¹² Mamdani, M., “The TRC and justice”, en: *Truth and reconciliation in South Africa and the Netherlands*. SIM special No.23, Utrecht, 1999, pág. 34 y ss.

¹³ Malamud Goti, J.E., *Terror y justicia en la Argentina*. Editorial de la Flor, Argentina, págs.169-209.

¹⁴ Mamdani distingue entre nociones de verdad: una individualista (opuesta al poder) y otra institucional (ligada al poder); con base en esta segunda, que relaciona con análisis de Marx y Foucault, se pregunta cuándo una verdad se convierte en parcial por enmascarar ciertas relaciones de poder o privilegio. De ahí, critica la función que, en su criterio, la CVR sudafricana dejó de cumplir por reforzar el compromiso político con una verdad comprometida, sin haberse pensado en medidas de justicia social.

“guerra sucia” argentina¹⁵, respectivamente. Ambos coinciden en que la discriminación en el proceso de inculpar, implícita en función del compromiso político, dejó de considerar las más amplias dimensiones institucionales y sociales subyacentes, en particular respecto de los beneficiarios del régimen anterior, y dejó de promover suficientemente el respeto a la dignidad como aspecto indispensable de una democracia establecida sobre derechos.

Sobre esto último, dada la amplia gama de derechos vulnerados en la época que se pretende superar, tanto de carácter civil y político, como los llamados económicos, sociales y culturales, considero indispensable superar falsas distinciones entre esos derechos y enfocarse en un esquema de justicia y responsabilidad social que deleve las relaciones de poder, privilegio y desigualdad¹⁶ entre víctimas, perpetradores y beneficiarios. Por ende, una concepción de derechos centrada en las correlativas obligaciones del Estado y de particulares, y no en las “naturalezas” de esos derechos, resulta más apropiada para afrontar los problemas de la transición (y, pensaría, en general en la interpretación y aplicación de los derechos humanos).

Cruda y ciertamente puede sostenerse que un mal cálculo de justicia por verdad puede ser moralmente inaceptable pero políticamente sostenible¹⁷. Estimo que develar esas relaciones de poder, privilegio y desigualdad entre víctimas, perpetradores y beneficiarios es un

15 Malamud critica el hecho de emplazar a los tribunales penales en el centro del proceso de transición política, pues ello significa circunscribir conflictos sociales muy comprehensivos a las limitadas dimensiones del juicio y el castigo penal, y puede conducir a “politizar” a los jueces en lugar de “judicializar” la política.

16 Si bien no se refiere a la época de transición, con base en ideas “igualitarias” de Rawls, Nagel, Dworkin y otros, Alegre otorga una especial relevancia a la necesidad de satisfacción de necesidades básicas, para alcanzar en forma urgente un mínimo de protección en el plano social y económico, como base misma de la legitimidad democrática, para lo cual otorga un papel importante a los jueces. Alegre, M., “Igualitarismo, democracia y activismo judicial”, en: *Los derechos fundamentales*. SELA, 2001, págs. 95-101.

17 Con base en los ejemplos de Chile y Argentina, Orentlicher cree haber constatado que las sociedades incapaces de abrir o sostener juicios penales en sus años iniciales de transición pueden tener mayor espacio político para hacerlo con el paso del tiempo, ayudados por las normas de derecho internacional que han evolucionado. Orentlicher, D., “‘Settling Accounts’ Revisited: Reconciling Global Norms with Local Agency”, *International Journal of Transitional Justice* 1, 2007, pág. 22.

imperativo de la transición. Por ende, suscribo dos nociones relevantes en temas de justicia transicional que el profesor Zalaquett desarrolla en torno a la idea weberiana de “ética de responsabilidad”:

- a) si una autoridad estatal no puede cumplir con una norma ética imperativa, debido a restricciones heredadas del pasado, debe, por lo menos, abstenerse de validar tal situación; y
- b) las medidas que adopten las nuevas autoridades deben ser compatibles con la sustentabilidad del nuevo régimen y, en lo posible, abrir también posibilidades para luego avanzar en mayor medida hacia los objetivos de ética política¹⁸.

Insertos los tribunales en esas lógicas, considero que éstos tienen, efectivamente, un rol en la transición. Un rol activo y responsable: les corresponde “chequear” que los actos u omisiones cuestionadas en el proceso contengan una base suficientemente democrática, participativa y deliberativa. En defecto de ello, deben intentar revelar, resguardando aquel “piso ético”, las (complejas) relaciones de poder subyacentes de desigualdad, sin cerrar las puertas a futuras acciones a través del sistema judicial cuando las restricciones del contexto sean determinantes. El nivel de intervención legítimamente justificado del tribunal depende del tipo de obligaciones en juego y es inversamente proporcional a las posibilidades reales de participación democrática del interesado o afectado (su mayor o menor ventaja o situación de inclusión-exclusión en el contexto específico).

El rol de los tribunales en la transición no tiene que ser, en definitiva, realmente tan diferente al que le correspondería en una democracia funcional, en tiempos de “normalidad”. Sin embargo, propongo que, ante la complejidad e inestabilidad de las transiciones, corresponde a las y los operadores de justicia un “deber de debida diligencia”, que implica en muchos casos activismo judicial, prudente y multidimensional, teniendo en cuenta al menos los siguientes postulados:

- a) ***In dubio pro vulnerable***: en la situación límite o ponderación última de los intereses en juego debe observar y proteger a quien se encuentre en situación de mayor vulnerabilidad relativa.

¹⁸ Zalaquett, J., “La reconstrucción de la unidad nacional y el legado de violaciones de los derechos humanos”... pág.12.

- b) **Principio pro libertatis:** considero que la interpretación y aplicación de las normas de derechos humanos en una sociedad democrática debe estar regida por el principio de favorecer la libertad personal del individuo o colectividad de que se trate, entendiendo libertad en el más amplio de los sentidos, como “la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia”¹⁹.
- c) **Efecto útil de sus decisiones:** los tribunales deben pensar en las posibilidades y condicionamientos reales para que su decisión sea efectivamente ejecutada, antes de tomarla.
- d) **Intertemporalidad:** puesto que sus decisiones pueden ser determinantes para muchas personas cuyos derechos han sido, son y continuarán siendo violados, y dado que los efectos de las mismas son sólo calculables hasta cierto punto, corresponde a las y los operadores de justicia hacer un esfuerzo máximo para adoptar tales decisiones en función de su impacto actual pero también a futuro, al menos para no cerrar posteriores puertas de avance hacia los objetivos de ética política.

¹⁹ Estas son las palabras de la Corte IDH en el Caso Gelman vs. Uruguay, al calificar la supresión o sustitución de identidad de la niña Macarena Gelman como una forma de desaparición forzada, que había violado el artículo 7 (derecho a la libertad personal) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ver párrs. 117 a 132 de la sentencia de 24 de febrero de 2011). “La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana”, es decir, que “cada uno de los derechos humanos protege un aspecto de la libertad del individuo” (Corte IDH, *Caso Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 21 de noviembre de 2007, Serie C Nio. 179, párr. 52). Es posible, también, encontrar el fundamento de este principio fundamental en el Preámbulo de la Convención Americana (así como de otros instrumentos interamericanos) y en el artículo 29 de la misma, que define las normas de interpretación. Ver también *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de febrero de 2012, Serie C No. 239, párr. 136. Además, a modo de referencia, se ha afirmado que “el principio *pro libertate*, el cual, junto con el principio *pro homine*, constituyen el meollo de la doctrina de los derechos humanos; según el primero, debe interpretarse extensivamente todo lo que favorezca y restrictivamente todo lo que limite la libertad; según el segundo, el derecho debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca al ser humano” (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto 3173-93). Pido disculpas por no desarrollar más esta idea, pero considero que esta comprensión más amplia del derecho a la libertad personal en su sentido positivo abre interesantes puertas de interpretación de la Convención, aún poco exploradas en la jurisprudencia del Sistema Interamericano. Escribiré en un futuro al respecto (*inshalah*).

Sólo si el juez nacional no ha hecho “lo que le corresponde”, el juez internacional puede y debe entrar en acción, en los mismos términos. Sólo así, en complementariedad, tiene sentido considerar a la justicia internacional en interacción con la dialéctica democracia-Constitución nacional: como eventual “muro de contención”, como garantía colectiva; como “contralor complementario de convencionalidad”.

3. La aparente tensión democracia-Constitución extrapolada al ámbito internacional: “control de convencionalidad”

Las normas y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y otras disposiciones de Derecho Internacional constituyen actualmente un marco normativo explícito e imperativo para los Estados, que puede orientar o restringir (en positivo y negativo) la formulación y ejecución de la agenda política en una sociedad democrática (e inclusive en sociedades agredidas por formas autoritarias de gobierno). Si bien es fuente de ética política, comparto la idea de que la finalidad de la doctrina de los derechos humanos es establecer un “piso ético”²⁰ ante el caos normal de la vida en sociedad.

En el marco conceptual en que Holmes se refiere al dilema contramayoritario²¹, propongo plantear, a modo de ejercicio para diluir un aparente problema, dos analogías:

- a) entre el concepto de “precompromiso constitucional” (una Constitución) y lo que podría llamarse un “precompromiso interestatal”

²⁰ Zalaquett, J. (ed), *Agenda de derechos humanos para América Latina*. IDL-CDH, 2002, pág. 4.

²¹ Dice Holmes que “Laurence Tribe comienza su influyente tratado sobre derecho constitucional con una formulación concreta del dilema contramayoritario: la discordia entre la política mayoritaria y los frenos anclados en la Constitución: “En su forma más básica, la pregunta [...] es por qué una nación que fundamenta la legalidad sobre el consentimiento de los gobernados decidiría constituir su vida política mediante un compromiso con un acuerdo original [...] estructurado deliberadamente para dificultar el cambio. De diversas maneras se ha planteado ya el problema subyacente. ¿Cómo se puede reconciliar ‘el consentimiento de los gobernados’ con la garantía de un consentimiento ulterior mediante una convención constitucional? ¿Por qué un marco constitucional, ratificado hace dos siglos, debe ejercer tan enorme poder sobre nuestras vidas actuales? [...] ¿La revisión judicial, cuando está basada en una lealtad supersticiosa a la intención de sus creadores, es compatible con la soberanía popular?”. Cfr. Holmes, Stephen, *El precompromiso y la paradoja de la democracia*.

(un acuerdo entre Estados plasmado por ejemplo en un tratado internacional);

- b) entre “poder popular” (o democracia) y el concepto de soberanía estatal en las relaciones internacionales.

Propongo que la llamada “paradoja de la democracia constitucional”²² puede ser extrapolada al ámbito internacional de la siguiente manera: se presenta una aparente “tensión”, *prima facie* irreconciliable, entre el poder de los Estados soberanos y el poder e interés de la comunidad internacional, que mediante instrumentos internacionales también reconoce derechos humanos y a la persona como sujeto de derecho internacional, en formas si bien similares, no necesariamente coincidentes.

En tal sentido, este orden normativo, que podríamos llamar “precompromiso internacional”, ha adquirido una función legítimamente complementaria al “precompromiso constitucional”. Este orden se expresa a través de diferentes normas, instituciones, órganos y esquemas jurídicos y políticos de control, entre ellos las comisiones y tribunales internacionales. En este sentido, la justicia internacional calzaría en ese esquema multidimensional (de relaciones interindividuales,

22 Continuando la cita anterior, Holmes refiere a ideas de Martin Shapiro y Friederich A. Hayek como ejemplos del punto y el contrapunto de un debate o desacuerdo que “representa claramente la pugna – si puedo decirlo así – entre los demócratas, para quienes la Constitución es un fastidio, y los constitucionalistas, para quienes la democracia es una amenaza. Algunos teóricos se preocupan de que la democracia quede paralizada por la camisa de fuerza constitucional. Otros temen que se rompa el dique constitucional arrastrado por el torrente democrático. Pese a sus diferencias, ambos bandos convienen en que existe una tensión profunda, casi irreconciliable, entre constitucionalismo y democracia. En realidad, poco les falta para sugerir que la ‘democracia constitucional’ es un matrimonio de opuestos, un oxímoron”. No obstante, continúa Holmes observando que “la existencia de una ‘tensión’ irreconciliable entre constitucionalismo y democracia es uno de los mitos centrales del pensamiento político moderno”, el cual pone en entredicho al dudar de tal suposición, ampliamente compartida, y al atender “a la sugerencia de que constitucionalismo y democracia se apoyan mutuamente”. Considera el autor que, “de manera sorprendente para gran número de pensadores serios, la democracia constitucional sigue siendo una paradoja o, si no, una contradicción de términos. Según se revela, todas las democracias que funcionan actúan dentro de los límites fijados por unas limitaciones estabilizadoras. Por tanto, el concepto de [John Hart] Ely, de que las constituciones pueden reforzar la democracia, resulta manifiestamente superior a la idea opuesta de que constituciones y democracias son fundamentalmente antagónicas. Y sin embargo, subsiste el mito de una ‘tensión’ latente”.

individuos-Estado y relaciones interestatales) como un mecanismo de garantía colectiva de esos derechos, que hace parte, en definitiva, de los ordenamientos jurídicos de los Estados (los que, soberanamente, han aceptado la jurisdicción internacional). Su rol, no obstante, se complica en aquella concepción democrática por el dilema adicional que enfrentan los órganos de justicia internacionales: sus decisiones pueden convertirse en estándar internacional y, como tales, inciden en otros países y otros modelos transicionales que no tuvieron participación alguna en esa decisión.

En el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, siendo uno de sus pilares el principio democrático²³, el funcionamiento de su sistema de protección internacional se asienta en el principio de complementariedad (subsidiariedad)²⁴. De tal manera, considero que la aparente tensión señalada se puede “resolver”, no mediante concepciones centradas en la soberanía estatal, sino en el concepto de “control de convencionalidad”.

23 La Carta de la OEA contiene varias referencias directas e indirectas a este principio. Igualmente la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos hacen constante referencia al sistema democrático, entre numerosos tratados y resoluciones en el marco de aquélla.

24 El preámbulo de la Convención Americana establece que la protección internacional de los derechos humanos es “coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. Así, “el sistema [de la Convención Americana] consta de un nivel nacional que consiste en la obligación de cada Estado de garantizar los derechos y libertades previstos en la Convención y de sancionar las infracciones que se cometieren. Ahora bien, si un caso concreto no es solucionado en la etapa interna o nacional, la Convención prevé un nivel internacional en la que los órganos principales son la Comisión y esta Corte. Pero como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, la protección internacional es ‘coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos’” (Corte IDH, *Caso Las Palmeras vs. Colombia*, fondo, sentencia de 6 de diciembre de 2001, Serie C No. 90, párr. 33). De tal manera, “el Estado es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y reparar antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos. Los tribunales internos y órganos estatales tienen el deber de asegurar la implementación de la Convención Americana a nivel nacional” (Corte IDH, *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*, interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C No. 157, párr. 66).

La idea de “control de convencionalidad” ha sido expresada por la Corte IDH en los siguientes términos:

[L]as autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico²⁵. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana²⁶.

Si bien este es un término acuñado por la Corte IDH desde su sentencia en el Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, dictada en el año 2006, control de convencionalidad es, en realidad, la función que ha venido desarrollando (o debido desarrollar en algunas ocasiones) la Corte desde que fue establecido el mecanismo interamericano de derechos humanos.

Es así que, dadas las limitadas posibilidades reales de acceso a la justicia internacional,

[...] la única posibilidad tutelar razonable implica que una vez fijado el “criterio de interpretación y aplicación”, éste sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico: a través de políticas, leyes, sentencias que den trascendencia, universalidad y eficacia a

25 Cfr. Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154, párr. 124; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C No. 216, párr. 219, y *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1 de septiembre de 2010, Serie C No. 217, párr. 202.

26 Cfr. Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile...* párr. 124; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México...* párr. 219, y *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia...* párr. 202.

los pronunciamientos de la Corte constituida merced a la voluntad soberana de los Estados y para servir a decisiones fundamentales de éstos, explícitas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales²⁷.

Lo anterior significa que se ha instaurado un control dinámico y complementario de los actos y omisiones de los Estados, respecto de sus obligaciones de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria). Es ese el sentido de la última frase del párrafo transcrito *supra*: las autoridades nacionales deben “tomar en cuenta” (dar aplicación, seguir los lineamientos, conformar los criterios, adecuar los razonamientos) a la jurisprudencia de la Corte IDH (o, en su caso, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), que se autodefine como intérprete “última” de la Convención. Esto no quiere decir, necesariamente, que sea la máxima y suprema instancia de interpretación de los tratados de derechos humanos. La Corte IDH no es un tribunal internacional de casación. La frase “última” refuerza, a mi criterio, la idea de complementariedad, pues en un caso que ha llegado a jurisdicción de la Corte las autoridades internas y otros órganos han tenido ya la oportunidad de dar su propia interpretación, lo que no afecta la obligación de estas autoridades de aplicar consistentemente el derecho de los derechos humanos. Es un proceso dinámico, de retroalimentación, de “referencia cruzada” o “fertilización jurisprudencial cruzada”²⁸, en que también las instancias internacionales observan y se alimentan de los criterios de los tribunales internos, lo que permite trabajar en un *corpus juris* sobre derechos humanos consistente y reproducible en los ordenamientos jurídicos.

Es así que en los últimos años se ha establecido un indispensable y productivo “diálogo jurisprudencial” entre la Corte IDH y los tribunales nacionales y todo tipo de órganos de administración de justicia²⁹.

27 Corte IDH, *Caso trabajadores cesados del Congreso vs. Perú*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C No. 158, voto razonado del juez Sergio García Ramírez.

28 Sobre la “fertilización cruzada” jurisprudencial entre tribunales internacionales, ver Cançado Trindade, Antônio A., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001, pág. 30.

29 “En ese proceso de interacción la Corte no se sitúa por encima de los Estados, sino que cumple su función de actuar, en el terreno de lo contencioso, cuando

Este “diálogo” se expresa en varios escenarios posibles, entre los que interesa destacar:

- a) el “choque” o ruptura entre la decisión del órgano del sistema internacional y la decisión del órgano interno³⁰;
- b) ciertos casos en que la Corte IDH ha entrado a “dirimir”³¹ conflictos de criterios entre tribunales internos³²;

se le somete un caso después de haberse agotado la jurisdicción interna. El carácter vinculante de las sentencias de la Corte no está hoy en discusión y en lo esencial ellas son acatadas por los Estados. Especialmente notable es que los tribunales nacionales vienen inspirándose de manera creciente en los criterios jurisprudenciales de la Corte, espacio internacional que hoy sirve a los tribunales más relevantes de América Latina como inspiración de razonamiento jurisdiccional. Se multiplica, así, en centenares y, acaso, en miles de espacios judiciales nacionales, la jurisprudencia de la Corte. El tribunal interamericano, por su lado, se nutre también de la importante jurisprudencia de instancias nacionales. El Tribunal no puede situarse al margen o por encima de esa dinámica institucional ni pretender corregir decisiones internas salvo cuando se trate de decisiones contrarias o que confronten los parámetros internacionales a la luz de la Convención Americana. [...] El carácter subsidiario de los órganos de protección del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos supone que las instancias internas cuentan con márgenes para establecer y aplicar criterios para reparar la violación. Ello permite que los órganos e instituciones nacionales refuercen sus capacidades para utilizar procedimientos y criterios que estén en concordancia con los parámetros internacionales en materia de derechos humanos”. Voto concurrente del juez Diego García-Sayán a la sentencia dictada en el Caso Cepeda Vargas (Corte IDH, *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de mayo de 2010, Serie C No. 213).

30 Cuando el Estado desconoce abiertamente lo que la Corte IDH dispone, e.g. el pretendido “retiro” del Perú de la competencia de aquélla. Cfr. Resoluciones sobre “competencia” en: *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, competencia, sentencia de 24 de septiembre de 1999, Serie C No. 55; *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, competencia, sentencia de 24 de septiembre de 1999, Serie C No. 54.

31 Entre comillas, pues aquélla no es tribunal superior ni de apelaciones respecto de los tribunales internos.

32 Por ejemplo, cuando ha dispuesto que la jurisdicción militar no era competente para conocer determinados hechos violatorios de derechos humanos (*Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 5 de julio de 2004, Serie C No. 109) o ha reafirmado la decisión de un tribunal constitucional que así lo dispuso (*Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134). En un interesante y reciente ejemplo, ya en fase de supervisión de la sentencia dictada en el Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, se informó que, como consecuencia de la orden emitida por la Corte Suprema de Justicia de Guatemala de reabrir la investigación por los hechos de tortura y desaparición de la víctima, un excoronel del Ejército imputado en el caso presentó un recurso de amparo ante la Corte de Constitucionalidad alegando que existía un sobreseimiento a su favor y que al reabrir el proceso se desconocerían sus derechos de defensa, los principios del debido proceso, entre otros. La Corte de Constitucionalidad

- c) retoma decisiones de tribunales internos que han adoptado “criterios correctos”, pero igualmente declara la violación de la Convención³³;

declaró con lugar el amparo al considerar que la Corte Suprema debió fundamentar la reapertura de la investigación. La Corte Suprema en efecto cerró la investigación y la Comisión Interamericana y los representantes de las víctimas alegaron que ello contravenía lo dispuesto en la sentencia de la Corte IDH en cuanto a la obligación del Estado de investigar. Por esta razón, la Corte IDH analizó si la orden emitida por la Corte de Constitucionalidad era compatible con las obligaciones internacionales del Estado. Si bien la Corte IDH realizó, innecesariamente a mi criterio (por razones que no explicaré en este artículo), un juicio de ponderación entre la garantía de *ne bis in idem* del imputado y los derechos de las víctimas en el caso, también decidió – acertadamente – que “las Sentencias y Resoluciones emitidas por la Corte en el presente caso eran suficientes para reiniciar o impulsar todo tipo de proceso penal relacionado con la investigación de los hechos, a través de las medidas de derecho interno – incluyendo órdenes judiciales – necesarias para superar cualquier obstáculo que impida la investigación o que no la haga idónea o efectiva. En consecuencia, con base en la obligación de investigar derivada de las Sentencias emitidas por la Corte, no puede tener efecto el sobreseimiento ocurrido con anterioridad a las Sentencias y Resoluciones emitidas por la Corte, las cuales constituyen la fuente para que el Poder Judicial ejerza un “control de convencionalidad” respectivo entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana”. Continuó la Corte considerando que “no sólo su jurisprudencia constante, sino también diversas prácticas en la región, relacionadas con la implementación judicial de sus órdenes, permiten inferir que no son necesarias órdenes específicas y desagregadas para que las autoridades internas implementen efectivamente investigaciones judiciales y adopten las medidas necesarias para superar los obstáculos que generan impunidad. [...] Las decisiones que generaron el cierre del caso han frenado los avances iniciales en el cumplimiento del deber de investigar y traen como consecuencia la impunidad en un caso de grave violación de derechos humanos como éste, incumpliendo lo dispuesto por la Corte Interamericana. En este tipo de casos, la prevalencia de un sobreseimiento por encima de los derechos de las víctimas genera que el proceso continúe con manifiestas violaciones del acceso a la justicia, proyectando la impunidad en el tiempo y haciendo ilusorio lo ordenado por esta Corte. En consecuencia, el Tribunal decide que el Estado debe realizar todas las gestiones concretas y pertinentes para cumplir con dichas Sentencias y Resoluciones y adecuar las decisiones judiciales pertinentes, de tal forma que el Estado continúe con la investigación y que no puedan oponerse excluyentes de responsabilidad que impidan dicha investigación y la eventual sanción de los responsables” (Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de la Corte de 18 de noviembre de 2010).

- 33 En el Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, al desarrollar el derecho a no ser forzosamente desplazado, bajo los artículos 4, 5 y 22 de la Convención, la Corte IDH se basó extensamente en la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T/025-04. En esta sentencia, la Corte Constitucional analiza ampliamente el fenómeno del desplazamiento interno que, consciente de la existencia de más de 3 millones de desplazados, consideró en una sola sentencia las acciones de tutela interpuestas por 1.150 núcleos familiares de población desplazada. Además, en el proceso fueron recibidas intervenciones de diversos organismos internacionales y de la sociedad civil. En esta sentencia, esa Corte Constitucional declaró un “estado de cosas inconstitucional” y una violación masiva y sistemática de derechos, con base en su situación de vulnerabilidad y a

- d) reconoce que, en forma concordante con las obligaciones estatales internacionales, órganos, instancias o tribunales internos, han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso³⁴, han resuelto la violación alegada³⁵ o han dispuesto reparaciones razonables³⁶; y

la amplia gama de derechos CP y ESC que les afecta, e identificó obstáculos que enfrentan para retornar en condiciones de seguridad humana. Por último, dispuso un sistema de supervisión periódico de los alcances de su propia sentencia, en el marco del cual se han dado numerosas resoluciones de seguimiento.

- 34 En el Caso *La Cantuta vs. Perú* se discutió si las leyes de amnistía, declaradas incompatibles con la Convención en un caso anterior (*Barrios Altos*), continuaban surtiendo efectos a nivel interno. Luego de observar que los actos de varios órganos estatales y decisiones del Tribunal Constitucional peruano eran conformes a lo dispuesto anteriormente, la Corte IDH estimó que el Estado no había continuado incumpliendo el artículo 2 de la Convención. El análisis realizado fue muy amplio. Ver, además, muy recientemente la resolución dictada por la Corte en el caso *Barrios Altos*, en relación con una decisión de la Sala Penal de la Corte Suprema peruana que afectaba los alcances y cumplimiento de la Sentencia. Cfr. Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de la Corte de 7 de septiembre de 2012.
- 35 En el Caso *Cepeda Vargas vs. Colombia*, la Comisión solicitó a la Corte que declare al Estado responsable por la violación del derecho a la protección de la honra y dignidad de los familiares, en cuanto declaraciones realizadas por altos funcionarios del Estado en su contra constituyeron “actos de estigmatización” que les afectaron, a ellos “y a la memoria del Senador”. Los representantes estimaron que tales declaraciones “fueron particularmente graves, ya que además de fomentar el odio, el desprecio público, y la persecución, tuvieron y tienen el efecto de incitar la violencia contra la víctima y sus familiares”. El Tribunal estimó “razonable considerar que la desprotección ocasionada al Senador Cepeda Vargas, en el contexto en que fue vinculado con las FARC, ha repercutido también en sus familiares, afectando su honra, dado que el estigma social y las acusaciones públicas contra aquél se extendieron también a la familia, especialmente después de su ejecución. Por otro lado, la Corte IDH observó que la alegada violación al artículo 11 se basaba también en un hecho específico en perjuicio del hijo del Senador: un mensaje publicitario emitido como parte de la publicidad electoral de la campaña de reelección del entonces candidato a Presidente de la República Álvaro Uribe Vélez, desde mediados del mes de abril de 2006. La Corte IDH observó que la propia Corte Constitucional de Colombia había dictado la Sentencia T-959 de 20 de noviembre de 2006, en la que reconoció que la difusión de ciertos mensajes a través de medios masivos de comunicación menoscabó el buen nombre y la honra del señor Iván Cepeda Castro, en cuanto hijo de una de las víctimas de la violencia política del país y que los mencionados derechos también se han violado a sus familiares. La Corte IDH declaró que “había analizado la referida sentencia de la Corte Constitucional, en el sentido que declaró la [referida] violación [...] por el mencionado mensaje publicitario, y que además dispuso reparaciones pertinentes a nivel interno”, por lo que – correctamente, en mi opinión – el Tribunal no prosiguió con análisis alguno respecto de la violación alegada en cuanto a ese hecho (ver párrs. 203 a 210 de la sentencia de 26 de mayo de 2010).
- 36 En el mismo Caso *Cepeda Vargas vs. Colombia*, en lo relativo a las reparaciones, los representantes solicitaron que se ordenara al Estado el pago de indemnizaciones por los daños materiales y morales a favor de los familiares, adicionales a las

- e) controla la convencionalidad de los actos internos si las autoridades nacionales no lo han hecho suficiente o correctamente.

Este supuesto será analizado en la siguiente sección de este ensayo, en relación con decisiones de la Corte IDH en varios casos colombianos y en el Caso Gelman vs. Uruguay.

4. Interesantes casos de control de convencionalidad en la jurisprudencia interamericana

a. La obligación de investigar y la “Ley de Justicia y Paz” en varios casos colombianos

Sin entrar a definir si Colombia se encuentra actualmente (y desde cuándo) en proceso de transición, se podrían examinar algunas

otorgadas en la vía contencioso-administrativa interna. Los representantes alegaron que “las indemnizaciones que se ordenan en los fallos [internos] no encuentran correspondencia con el verdadero alcance de la responsabilidad estatal y por tanto sustancialmente son insuficientes y parciales”, así como que los criterios utilizados en dichos procesos no se ajustan a los estándares del Sistema Interamericano. Respecto del lucro cesante otorgado, los representantes sostuvieron que el Estado recurrió a criterios y métodos de cálculo disímiles a los utilizados por la Corte. El Estado consideró, entre otros, improcedente el requerimiento de un pago por concepto de pérdida de ingresos a favor de los hijos del Senador Manuel Cepeda Vargas; que su hijo y la hija no solicitaron ninguna indemnización por daño material para ellos mismos dentro del proceso contencioso y estuvieron de acuerdo con la distribución de las indemnizaciones por lucro cesante realizada por el Tribunal Administrativo. A su vez, el Estado solicitó a la Corte que tome en cuenta las reparaciones económicas ya otorgadas y que no ordene montos adicionales de indemnización a los familiares que ya fueron indemnizados. La Corte consideró que “de existir mecanismos nacionales para determinar formas de reparación, esos procedimientos y resultados pueden ser valorados (*supra* párr. 139). Si esos mecanismos no satisfacen criterios de objetividad, razonabilidad y efectividad para reparar adecuadamente las violaciones de derechos reconocidos en la Convención declaradas por este Tribunal, corresponde a éste, en ejercicio de su competencia subsidiaria y complementaria, disponer las reparaciones pertinentes. En este sentido, ha sido establecido que los familiares del Senador Cepeda Vargas tuvieron acceso a los tribunales contencioso-administrativos, los que determinaron una indemnización por pérdida de ingresos con criterios objetivos y razonables. En consecuencia, la Corte valora positivamente lo actuado por los tribunales internos en este caso y estima que lo fijado en esas instancias es razonable en los términos de su jurisprudencia”. No obstante, esta decisión es ciertamente discutible, no por el razonamiento y fundamento que dio la Corte, que es consecuente con la idea de complementariedad, sino porque la Corte no estableció los criterios específicos que en el caso concreto le permitieron determinar que lo actuado en la jurisdicción contenciosa fuera “razonable”. De hecho, la decisión en este punto no fue unánime a lo interno de la Corte, lo cual se evidencia en los votos de los jueces García-Sayán, Ventura Robles, Pérez Pérez y Vío Grossi (ver párrs. 243 a 247 de la sentencia, y los votos concordantes y disidentes).

decisiones judiciales alrededor de la Ley 975 de 2005, llamada “Ley de Justicia y Paz”³⁷. Esta ley ha sido promovida como uno de los ejes de políticas de justicia penal en el marco del conflicto armado. Aclaro que no pretendo hacer un análisis estructurado y exhaustivo de la ley.

En un primer momento, esta ley fue cuestionada ante la Corte IDH en el Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia³⁸. La discusión fue introducida al proceso en forma tardía por los representantes de los familiares de las víctimas, que alegaban que tal ley se constituía en un obstáculo para que el Estado cumpliera con su obligación de investigar los hechos. En el capítulo de reparaciones, la Corte tomó nota de la entrada en vigor de la ley y se limitó a señalar, conforme a sus precedentes, que ninguna ley ni disposición de derecho interno puede impedir a un Estado cumplir con aquella obligación, en particular las disposiciones de amnistía, las reglas de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad. Además, reiteró que esa obligación debe cumplirse diligentemente para evitar la impunidad y la repetición de los hechos.

Posteriormente, en la exhaustiva sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006, la Corte Constitucional colombiana calificó a la ley como una “de justicia transicional”; en términos generales, la “avaló” pero buscó adecuarla al “bloque de constitucionalidad” (normas constitucionales y tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado), pues declaró la inconstitucionalidad total o parcial de algunos artículos, la “constitucionalidad condicionada” de otros y se inhibió para pronunciarse sobre muchos otros artículos.

Destaco de esta sentencia que declarara la inconstitucionalidad de la restricción del patrimonio para reparar los daños por los delitos cometidos a los bienes ilícitamente obtenidos por los paramilitares y de las restricciones presupuestales del Estado para reparar a las víctimas. Asimismo, la constitucionalidad de la aplicabilidad del sistema penal

37 “Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”.

38 Corte IDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia...* párrs. 301-304.

acusatorio condicionada a que la víctima o perjudicado pueda participar en el proceso para ejercer sus derechos y pueda conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del delito que le afectó. A su vez, la integración del fondo de reparaciones queda condicionada a que cada uno de los miembros de grupos armados respondan con su propio patrimonio para indemnizar a las víctimas, incluso solidariamente respecto de otros hechos cometidos por el grupo.

De tal manera, es posible apreciar que muchos de los fundamentos de la sentencia de la Corte Constitucional destacados, responden a ciertos aspectos de la función de los tribunales en transición: en particular, la constatación y revelación de relaciones de poder entre víctimas y perpetradores, así como de vínculos de éstos con otros beneficiarios, *e.g.* al resolver que los miembros de grupos ilegales tendrán que responder solidariamente con su patrimonio y que las restricciones presupuestales del Estado son inoponibles para efectos de reparación.

Es interesante además que, considerando “fuente de Derecho Internacional vinculante para Colombia, por tratarse de decisiones que expresan la interpretación auténtica de los derechos protegidos por la Convención Americana”, la Corte Constitucional transcribió apartes de sentencias de la Corte IDH. De éstas derivó “estándares sobre justicia, no repetición, verdad y reparación de las víctimas” que consideró “de relevancia jurídica para la interpretación de derechos y deberes en el orden interno”. Es decir, es posible afirmar que el tribunal interno realizó también, en este sentido, un “control de convencionalidad”, en conjunto con una amplia gama de disposiciones internacionales.

Asimismo, transversalmente se puede apreciar en la sentencia una constatación del origen deliberado de la ley en el parlamento y, al decidir la constitucionalidad condicionada de determinados aspectos, la Corte Constitucional dialoga con los otros poderes y les reenvía la adecuación de la ley para su aplicación conforme a lo interpretado.

Sin embargo, uno de los aspectos más relevantes y transversales de la sentencia de la Corte Constitucional es que ésta hizo un ejercicio de ponderación entre los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, por un lado, y un “derecho colectivo a la paz” de la sociedad colombiana y de superar definitivamente las condiciones

que propician la violencia, por el otro. Así, señaló que cierto tipo de limitaciones de los derechos de las víctimas son admisibles sólo si son correlativamente proporcionales a que la sociedad puede alcanzar la paz y a la desarticulación de los factores de la violencia³⁹.

Con posterioridad a esta decisión, la llamada Ley de Justicia y Paz fue nuevamente cuestionada ante la Corte IDH.

En el Caso de las Masacres de Ituango⁴⁰, también hubo discusión entre las partes respecto de esta ley, pero en esta oportunidad la Corte IDH no hizo pronunciamiento alguno. Sin embargo, en el capítulo de la sentencia dictada en el Caso de la Masacre de La Rochela⁴¹ relativo a la violación de los artículos 8 y 25 de la Convención, la Corte IDH entró a considerar mucho más ampliamente diversos aspectos de la Ley de Justicia y Paz. La Corte tomó en cuenta la sentencia de la Corte Constitucional referida; destacó algunos puntos de ésta; observó, además, que el tribunal interno decidió “no concede[r] efectos retroactivos a estas decisiones” y que, con posterioridad a esa sentencia, el Gobierno ha expedido decretos que reglamentan la ley.

La Corte IDH consideró los amplios alegatos de las partes y, con base en la información aportada, observó que la aplicación de esta ley se encuentra en una primera etapa de actos procesales relacionados con la recepción de versiones libres de algunas personas desmovilizadas; que en una segunda etapa futura se determinaría si los desmovilizados que se han postulado cumplen o no los requisitos de elegibilidad para acceder a los beneficios respectivos, y expresó que “no escapa a la Corte

³⁹ Respecto de esto último, si bien no es un tema de este artículo, me parece que no queda claro en la sentencia de la Corte Constitucional la pretendida ponderación que hace entre derechos de las víctimas y un difuso “derecho a la paz”. Considero que, por su diversa naturaleza y por las correlativas obligaciones estatales respecto de los derechos de las víctimas, éstos no son ponderables con un derecho abstracto a la paz. Más allá del hecho de que el “derecho a la paz” fue reconocido en la Constitución colombiana de 1991, lo que técnicamente permitiría la referida ponderación, ese pretendido balance democrático podría ir en contravía, en este sentido, de la necesidad de proteger al más vulnerable. Ese derecho colectivo, difuso e inasible “a la paz” no parece algo concreto para ponderar con derechos específicos de víctimas concretas.

⁴⁰ Corte IDH, *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, sentencia de 1 de julio de 2006, Serie C No. 148.

⁴¹ Corte IDH, *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 11 de mayo de 2007, Serie C No. 163.

que la aplicación de este procedimiento especial se suma a los 18 años de procesos judiciales adelantados en relación con este caso”. Asimismo, el Tribunal señaló:

Dado que existe incertidumbre sobre el contenido y alcance preciso de la Ley 975, que se encuentran en desarrollo los primeros actos del procedimiento penal especial que podría permitir la concesión de beneficios penales para personas que han sido señaladas de tener alguna vinculación con los hechos de la masacre de La Rochela, que aún no existen decisiones judiciales al respecto, y dadas las solicitudes de las partes [...], la Corte estima oportuno indicar a continuación, con base en su jurisprudencia, algunos aspectos sobre principios, garantías y deberes que debe observar la aplicación del referido marco jurídico de desmovilización. Asimismo, es necesario indicar que los funcionarios y autoridades públicas tienen el deber de garantizar que la normativa interna y su aplicación se adecuen a la Convención Americana⁴².

Con base en sus precedentes, la Corte enfatizó en varias obligaciones del Estado, todas relacionadas con el deber de garantizar el derecho de acceso a la justicia y el conocimiento y acceso a la verdad, a través de su deber de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar, así como reparar las graves violaciones a los derechos humanos⁴³. Destaca, al respecto, el *obiter* de la Corte:

En casos de graves violaciones a los derechos humanos, las obligaciones positivas inherentes al derecho a la verdad exigen la adopción de los diseños institucionales que permitan que este derecho se realice en la forma más idónea, participativa y completa posible [...]. La Corte resalta que 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.

Así, en la parte de reparaciones de la sentencia, la Corte observó dos posibles obstáculos a nivel interno respecto de la obligación de investigar: la prescripción de la acción penal por concierto para delinquir en casos de violaciones cometidas por miembros de grupos paramilitares

⁴² *Ibidem*, párr. 192.

⁴³ *Ibidem*, párrs. 193-198.

y la concesión de beneficios legales para miembros de organizaciones armadas al margen de la ley. Respecto de esto último, afirmó que si esas personas son señaladas de involucrar una compleja estructura de ejecución de graves violaciones a los derechos humanos, pero que alegan no haber participado en tales violaciones, se exige la mayor debida diligencia de las autoridades competentes para determinar si realmente el beneficiario participó en la compleja estructura de ejecución de tales violaciones.

**b. La obligación de investigar vista como sistema.
Caso Cepeda Vargas vs. Colombia**

Lo anterior fue, en otro sentido, un tema relevante en el caso Manuel Cepeda Vargas y otros vs. Colombia⁴⁴. El señor Manuel Cepeda Vargas fue un líder político y miembro de los partidos políticos Unión Patriótica (UP) y Partido Comunista de Colombia (PCC), y un comunicador social con una orientación de oposición crítica. Fue miembro de la dirigencia de dichos partidos, y elegido como Senador de la República para el período 1994-1998. El 9 de agosto de 1994 fue asesinado cuando se desplazaba desde su vivienda hacia el Congreso de la República. El móvil del crimen fue su militancia política de oposición, que ejercía como dirigente de la UP y del PCC, en sus actividades parlamentarias como Senador de la República y en sus publicaciones. Los hechos del caso ocurrieron en un contexto de violencia sistemática contra los miembros de la UP y se alegó la existencia de un plan específico para eliminar a sus líderes. Fueron expresas y numerosas las solicitudes de protección que se realizaron a favor del Senador Cepeda Vargas ante diversas autoridades estatales, inclusive ante altos funcionarios del Poder Ejecutivo. Fue evidente para el Tribunal que las autoridades internas se abstuvieron injustificadamente de protegerlo, o que las pocas medidas adoptadas fueron claramente insuficientes, en el contexto referido, lo que imponía al Estado una obligación especial de prevención y protección.

En este caso, la Corte IDH observó lo actuado por las autoridades internas, a niveles administrativos y judiciales, que debieron haber prevenido la ejecución y protegido al señor Cepeda Vargas, así como investigado efectivamente los hechos, antes y después de la ejecución.

⁴⁴ Corte IDH, *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia...*

En cuanto al deber de prevención, la Corte consideró que

existió una estructura organizada que determinó, planificó y llevó a cabo la ejecución del Senador Cepeda Vargas. El propio Estado reconoció que la dilación en las investigaciones “ha impedido establecer a los determinadores del homicidio y cuáles eran las estructuras criminales subyacentes y que lo impulsaron”. El deber de diligencia estatal implicaba que la investigación sobre las amenazas dirigidas al Senador Cepeda y otros miembros de la UP debió dirigirse también a determinar la existencia de planes para eliminarlo, dado el contexto en que se denunciaban las amenazas, precisamente como un medio de prevención para conjurarlas y, de esa forma, haber contribuido a impedir la ejecución del Senador Cepeda o al menos a tratar de impedirlo. No consta que el Estado condujera tal investigación en el momento oportuno. En efecto, ante el contexto de violencia que enfrentaba la UP y el PCC en Colombia al momento de los hechos, el deber de debida diligencia frente a las denuncias de amenazas de muerte adquirió un carácter especial y más estricto, en tanto exigía del Estado prevenir la vulneración de los derechos del Senador Cepeda Vargas [...] la actuación pronta e inmediata de las autoridades policiales, fiscales y judiciales ordenando medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación de los responsables de las amenazas y de los crímenes acontecidos en el mismo contexto⁴⁵. Por ende, en ese referido contexto, la ejecución del Senador Cepeda Vargas fue propiciada, o al menos permitida, por el conjunto de abstenciones de varias instituciones y autoridades públicas de adoptar las medidas necesarias para proteger su vida, entre las cuales destaca la falta de investigación adecuada de las amenazas en el marco de un alegado plan de exterminio de dirigentes de la UP.

La Corte IDH observó que autoridades estatales acreditaron la actitud omisiva del Estado frente a las solicitudes de protección⁴⁶.

45 Cfr. Corte IDH, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C No. 140, párr. 126. Ver también, *mutatis mutandi*, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C No. 205, párr. 283; *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia...* párr. 123, y *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C No. 192, párr. 76.

46 Por ejemplo, el Tribunal Contencioso Administrativo, al resolver sobre el incumplimiento de la “obligación de vigilancia”, encontró “comprometida la responsabilidad de la administración, a través del Ministerio de Defensa y el [DAS], en la medida en que dichas instituciones no atendieron en forma suficiente los deberes constitucionales y legales de protección que les eran propios, pues

Además, estimó que en el conjunto de la prueba ofrecida, y del contexto en que ocurrieron los hechos, “se puede constatar que en la planeación y ejecución del homicidio participaron otros miembros del Ejército y miembros de uno o varios grupos paramilitares, lo que surge incluso de las propias constataciones de las investigaciones internas”. En este sentido, estimó el Tribunal que el crimen requirió una compleja organización, que debió ser abordado como tal por las autoridades encargadas de las investigaciones, las que en el caso no habían logrado establecer todos los vínculos entre los distintos perpetradores ni determinar a los autores intelectuales⁴⁷. De tal manera, la Corte reiteró su jurisprudencia en cuanto a que, en casos de graves violaciones a los derechos humanos, la realización de una investigación *ex officio*, sin dilación, seria, imparcial y efectiva, es un elemento fundamental y condicionante para la garantía y protección de ciertos derechos afectados por esas situaciones⁴⁸.

No obstante, más allá de una visión centrada en el proceso penal y que, creo, busca la expansión del debido control de convencionalidad

no se tomaron las medidas idóneas de seguridad para proteger la vida del extinto Senador”. El propio Consejo de Estado señaló que ante las solicitudes de protección a su vida formulada por el Senador, “de manera directa, pública, oficial y por intermedio de la Comisión Interamericana, la respuesta del Estado fue prácticamente nula”, aún cuando el grave riesgo que corrían él y demás miembros del PCC y la UP era públicamente notorio. Por su parte, al realizar un amplio análisis de los hechos y circunstancias relevantes del homicidio en su informe evaluativo de julio de 1997, la Procuraduría Segunda Distrital tuvo en cuenta que se había denunciado el alegado “plan golpe de gracia” y observó la conducta omisiva de otros funcionarios, inclusive de “la Administración Distrital y de altas instancias del Ejecutivo Nacional”.

47 El Tribunal observó que, en casos como éste, es precisamente la división de tareas entre perpetradores intelectuales y materiales lo que dificulta el esclarecimiento de los vínculos entre ellos y, asimismo, las características de la planeación y ejecución del crimen tienden a dificultar la conexión entre los dos niveles de perpetradores. Citó al respecto a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, que sostiene que: “The presumption behind system crimes is that they are generally of such a scale that they require a degree of organization to perpetrate. [...] Most often, this organization will be the apparatus of the State”. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Rule-of-law Tools for Post-Conflict State, Prosecution Initiatives*, (HR/PUB/06/4), United Nations, Nueva York y Ginebra, 2006, pág. 11.

48 Cfr. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia...* párr. 145; *Caso Radilla Pacheco vs. México...* párr. 143, y *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 22 de septiembre de 2009, Serie C No. 202, párr. 65.

hacia el conjunto del sistema jurídico, la Corte hizo interesantes reflexiones acerca de la concreción de las obligaciones de protección e investigación ante crímenes complejos que recaen en las autoridades administrativas y judiciales. Señaló:

En casos complejos, la obligación de investigar conlleva el deber de dirigir los esfuerzos del aparato estatal para desentrañar las estructuras que permitieron esas violaciones, sus causas, sus beneficiarios y sus consecuencias, y no sólo descubrir, enjuiciar y en su caso sancionar a los perpetradores inmediatos. Es decir, la protección de derechos humanos debe ser uno de los fines centrales que determine el actuar estatal en cualquier tipo de investigación. De tal forma, la determinación sobre los perpetradores de la ejecución extrajudicial del Senador Cepeda sólo puede resultar efectiva si se realiza a partir de una visión comprehensiva de los hechos, que tenga en cuenta los antecedentes y el contexto en que ocurrieron y que busque develar las estructuras de participación.

Como parte de la obligación de investigar ejecuciones extrajudiciales como la del presente caso, las autoridades estatales deben determinar procesalmente los patrones de actuación conjunta y todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades. No basta el conocimiento de la escena y circunstancias materiales del crimen, sino que resulta imprescindible analizar el conocimiento de las estructuras de poder que lo permitieron, diseñaron y ejecutaron intelectualmente y materialmente, así como de las personas o grupos que estaban interesados o se beneficiarían del crimen (beneficiarios). Esto puede permitir, a su vez, la generación de hipótesis y líneas de investigación; el análisis de documentos clasificados o reservados, y un análisis de la escena del crimen, testigos, y demás elementos probatorios, pero sin confiar totalmente en la eficacia de mecanismos técnicos como éstos para desarticular la complejidad del crimen, en tanto los mismos pueden resultar insuficientes. En consecuencia, no se trata sólo del análisis de un crimen de manera aislada, sino inserto en un contexto que proporcione los elementos necesarios para comprender su estructura de operación.

Para garantizar el derecho de acceso a la justicia, en un caso de ejecución extrajudicial en que la vía penal tiene un rol principal, otros mecanismos, procedimientos o modalidades utilizadas en el derecho interno pueden resultar útiles o eficaces como complemento para establecer la verdad, determinar los alcances y dimensiones de la

responsabilidad estatal y reparar integralmente las violaciones. Así, se procura evitar que se generen condiciones de impunidad, que puede producirse de múltiples formas, por lo cual el Estado debe remover todos los obstáculos, *de facto* y *de jure*, que la propicien o mantengan.

Consecuentemente, la Corte analizó los procesos tramitados en las jurisdicciones disciplinaria, contencioso-administrativa y penal ordinaria, a fin de determinar si los mismos habían constituido un recurso efectivo para asegurar los derechos de acceso a la justicia, a conocer la verdad y a la reparación de los familiares. Es decir, para determinar si en el marco de sus competencias habían realizado efectivos controles de convencionalidad.

En cuanto al procedimiento disciplinario, llevado a cabo por varios órganos de la Procuraduría General de la Nación, la Corte consideró que la existencia misma de tal procedimiento, que pueda atender, al menos indirectamente, casos de violaciones de derechos humanos, reviste un importante objetivo de protección. De esta forma, observó que la Procuraduría determinó las faltas de los dos militares identificados como autores materiales del hecho y del ex Secretario de Gobierno de la Alcaldía de Bogotá. No obstante, la Corte destacó que la determinación de responsabilidades por parte de la Procuraduría no abarcó a otros posibles funcionarios públicos implicados, como otros miembros de las fuerzas armadas, a pesar de que el informe evaluativo que dio inicio a la investigación había observado la gravedad, complejidad y magnitud de los hechos⁴⁹.

⁴⁹ Este informe evaluativo del órgano de la Procuraduría concluyó con la recomendación de apertura de la investigación disciplinaria contra los suboficiales del Ejército condenados penalmente por los hechos y un Coronel del Ejército, a quien se identificó como “determinador” de los hechos; contra el entonces Secretario de Gobierno de Santafé de Bogotá, y dos coordinadores de su despacho, al observar la “conducta omisiva” de “la Administración Distrital”, por no haber atendido oportunamente solicitudes de protección para el señor Cepeda Vargas. Además, observó posibles conductas omisivas de “altas instancias del Ejecutivo Nacional”, por lo que indicó que correspondía al Procurador General de la Nación tomar la decisión pertinente respecto de los exministros de Defensa y de Relaciones Exteriores y del ex Director del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), órgano que entre otras funciones tiene a cargo servicios de inteligencia. La Corte observó que, no obstante, no constaba alguna acción en este sentido.

Por otro lado, para evaluar la efectividad de los recursos incoados en la jurisdicción contencioso-administrativa nacional, la Corte consideró que debía observar “si las decisiones tomadas en aquélla han contribuido efectivamente a poner fin a la impunidad, a asegurar la no repetición de los actos lesivos y a garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos protegidos por la Convención”. A su vez, recordó que, en varios casos contra Colombia, había establecido que la reparación integral de una violación a un derecho protegido por la Convención no puede ser reducida al pago de compensación a los familiares de la víctima, pues una reparación integral y adecuada, en el marco de la Convención, exige medidas de rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición. Observó la Corte que “los tribunales contencioso administrativos no establecieron responsabilidad institucional por acción de funcionarios estatales en la ejecución del Senador Cepeda Vargas, que considerara la transgresión de sus derechos a la vida y la integridad personal, entre otros, a pesar de que al momento de sus decisiones se contaba ya con los resultados parciales del proceso penal e incluso del disciplinario. En este sentido, no contribuyeron de manera sustancial al cumplimiento del deber de investigar y esclarecer los hechos”.

Con relación a la determinación de responsabilidades en la investigación penal, la Corte observó que no constataba que la Fiscalía o la Procuraduría investigaran diligentemente la hipótesis de participación de altos oficiales militares, ni las razones por las que un coronel del Ejército no fue vinculado a proceso oportunamente, a pesar que este oficial fue señalado como autor intelectual del crimen en el mismo testimonio que dio lugar a la inculpación de los suboficiales; que era uno de los altos mandos militares identificados por el mismo Senador Cepeda como instigadores del llamado “plan golpe de gracia”, y que existían otros elementos de prueba relevantes que lo vinculaban a los hechos.

Por otro lado, en cuanto a la participación de miembros de grupos paramilitares, la Corte IDH consideró que, en definitiva, dadas las características complejas de este crimen, debía darse preponderancia a los otros indicios en lugar de pretender probar una relación propiamente de mando entre jefes paramilitares y los ejecutores materiales, más aún

si existían elementos para vincular a otros paramilitares (en el caso, al menos a personas señaladas con los alias de “El Ñato” y “Candelillo”), quienes habrían estado bajo el mando de aquel jefe paramilitar.

Asimismo, la Corte observó que otros de los principales jefes paramilitares también brindaron información acerca de la participación de otros agentes estatales en el crimen, inclusive de un exasesor de las fuerzas militares y que posteriormente ocupara el cargo de subdirector del DAS, quien habría tenido vínculos con el grupo paramilitar y habría acordado con uno de los jefes la muerte del Senador. De hecho, con base en declaraciones en versión libre de jefes paramilitares desmovilizados, ese exasesor fue vinculado tardíamente al proceso penal.

Al respecto, los representantes de las víctimas alegaron que con la aplicación de la normatividad de los procesos de desmovilización se ha contribuido a preservar la impunidad en la ejecución del Senador. Señalaron que uno de los autores del homicidio, alias el “Ñato”, pasó por el proceso de desmovilización sin ser debidamente identificado y, por lo tanto, podría haber gozado de beneficios legales y económicos establecidos en aquella normativa sin haber sido objeto de una exhaustiva valoración de las actividades que realizó como paramilitar. Asimismo, señalaron que José Vicente Castaño Gil, uno de los jefes de grupos paramilitares al momento de la ejecución, nunca fue interrogado sobre esta muerte ni vinculado a la investigación, en relación con la Ley 782 de 2002. Además, alegaron que las extradiciones de jefes paramilitares podrían obstaculizar la obtención de mayor información sobre los hechos, a pesar de que al ser extraditados continuaban sus diligencias de versión libre en el marco de la Ley 975 de Justicia y Paz.

El Estado sostuvo que alias “El Ñato” se desmovilizó colectivamente bajo el Decreto 3360 de 2003; que en el marco del radicado 329 se ha verificado, con la Unidad Nacional de Fiscalías de Justicia y Paz y con el Alto Comisionado para la Reintegración, la información que pudieran tener los desmovilizados sobre posibles responsables de la autoría intelectual del homicidio, y que la contribución del proceso de desmovilización “ha sido enorme y de suma importancia” para conocer la identidad de alias “el Ñato” y vincular a la indagatoria al exasesor militar y ex subdirector del DAS, como presunto autor intelectual. A

su vez, el Estado manifestó que al tiempo en que fue señalado como alias “El Ñato” no se tenían suficientes elementos para proceder a su individualización, lo que fue posible hasta el año 2006, cuando se desmovilizó con el alias de “Jiménez”, y su identificación fuera posible al momento en que uno de los jefes paramilitares lo mencionó en audiencia de versión libre.

La Corte observó que alias el “Ñato” fue señalado desde las primeras investigaciones seguidas por la ejecución del Senador Cepeda en 1994; que si bien no fue inicialmente individualizado o identificado por la Fiscalía, ésta no realizó posteriores diligencias para lograr su vinculación a proceso, más allá de ordenar su “individualización”; que su vinculación apareció de nuevo como una línea relevante en las investigaciones de la Fiscalía recién en el año 2008, como resultado de las declaraciones de uno de los jefes paramilitares extraditados, y que se desmovilizó colectivamente como parte del “Bloque Mineros de Córdoba”, bajo el procedimiento establecido en el Decreto 3360 de 2003 (que contempla el otorgamiento de beneficios legales y socioeconómicos a los desmovilizados y establece que no podrán ser beneficiarios de la misma las personas que hubiesen cometido violaciones graves a los derechos humanos).

En cuanto a su paso por el proceso de desmovilización, la Corte observó que si bien dicha persona se desmovilizó como alias “Jiménez” y no como el “Ñato”, el Estado no informó si en esos momentos las autoridades a cargo del proceso de desmovilización intercambiaron información con las autoridades encargadas de las investigaciones, de tal forma que aquél pudiera haber sido identificado como la persona requerida por la Fiscalía desde el año 1994. La Corte consideró, en una precisión de la obligación de aplicar la Convención en la protección de derechos de las víctimas en todos los niveles investigativos, que “tratándose de delitos graves y de una grave violación de derechos humanos, constituía parte del deber de debida diligencia que las autoridades colaboraran entre sí, a fin de identificar e individualizar plenamente a las personas sospechosas o imputadas de haber cometido esas violaciones graves”. El Tribunal estimó que la falta de precisión en cuanto al nombre de la persona desmovilizada no era razón suficiente para que las autoridades dejaran de verificar, con la mayor diligencia y

coherencia respecto de las investigaciones, a las personas que pasaron por el proceso de desmovilización por bloques⁵⁰. En este sentido, la Corte consideró que durante el proceso de desmovilización de alias el “Ñato”, el Estado no adoptó la debida diligencia requerida a fin de individualizarlo e identificarlo apropiadamente, toda vez que estando relacionado con la comisión de una grave violación a derechos humanos no debía haber sido beneficiario del Decreto 3360, en los propios términos de esta normativa.

Por otro lado, la Corte observó que dos jefes paramilitares que habían aportado información y datos relevantes para la investigación de la ejecución del Senador Cepeda Vargas, fueron extraditadas a los Estados Unidos de América bajo cargos de narcotráfico, a pesar de que estaban sujetas a la aplicación de la Ley 795 de 2005 (Ley de Justicia y Paz). El primero de ellos, antes de ser extraditado, aportó datos sobre alias “el Ñato”, que permitió su identificación; el segundo, estando extraditado aportó información que vinculaba a otros funcionarios públicos en la ejecución. El Estado alegó que había adoptado medidas para que las extradiciones no tengan un impacto negativo en la continuidad de los procesos que se tramitan en Colombia, de modo tal que se realicen diligencias y procedimientos judiciales a través de audiencias virtuales y videoconferencias. En particular, el Estado informó que para la recepción de versiones libres se diseñó e implementó un sistema de transmisión de la actuación a las salas especiales para víctimas, desde donde éstas pueden intervenir en forma activa.

Al respecto, la Corte IDH recordó su reiterada jurisprudencia en cuanto a que ninguna ley ni disposición de derecho interno puede impedir a un Estado cumplir con la obligación de investigar y sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos. El Tribunal precisó que “un Estado no puede otorgar protección directa o indirecta

⁵⁰ Esto se consideró aún más grave, a juicio de la Corte, porque la Alta Consejería para la Reintegración Social y Económica de Personas y Grupos Alzados en Armas de la Presidencia de la República, que había tenido el control sobre la participación del señor Jiménez Ramírez en el proceso de desmovilización, había informado el 16 de diciembre de 2009 que “no tiene conocimiento ni de las investigaciones o procesos que se adelantan actualmente contra los señores Jiménez Ramírez y Castaño Gil, ni de las sentencias condenatorias que probablemente se hayan dictado en contra de los precitados”.

a los procesados por crímenes que impliquen violaciones graves contra derechos humanos mediante la aplicación indebida de figuras legales que atenten contra las obligaciones internacionales pertinentes. De tal manera, la aplicación de figuras como la extradición no debe servir como un mecanismo para favorecer, procurar o asegurar la impunidad⁵¹. Por ello, en las decisiones sobre la aplicación de estas figuras procesales a una persona, las autoridades estatales deben hacer prevalecer la consideración de la imputación de graves violaciones de derechos humanos⁵². Es interesante que, en este sentido, la Corte observara que ese principio había sido a su vez considerado, con posterioridad a dichas extradiciones, por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, respecto a una solicitud de extradición de un paramilitar en otro caso⁵³. La Corte estableció que, en cualquier caso, el Estado tiene la “obligación de adoptar las medidas necesarias para asegurar que las personas involucradas en graves violaciones de derechos humanos, o que puedan poseer información relevante al respecto, comparezcan ante la justicia, o colaboren con ésta, cuando sea requeridas”.

La Corte concluyó considerando que, a pesar de la contribución específica de cada uno de los procedimientos analizados, el conjunto de investigaciones realizadas no habían sido coherentes entre sí ni suficientes para un debido esclarecimiento de los hechos materia del caso. De tal manera, al precisar los aspectos que las investigaciones internas requerirían, como parte de la obligación del Estado de investigar y sancionar como forma de reparación, la Corte IDH señaló:

- a) investigar de forma efectiva todos los hechos y antecedentes relacionados con el presente caso, inclusive la alegada existencia del “plan

⁵¹ Corte IDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 8 de julio de 2009, considerando 40.

⁵² *Ibidem*, considerandos 40 y 41.

⁵³ En el proceso 30451, la Sala de Casación Penal emitió concepto negativo respecto de la solicitud de extradición de una persona postulada a los beneficios previstos en la Ley de Justicia y Paz con base en los siguientes argumentos: (i) se vulnera el espíritu de la Ley 975 de 2005; (ii) se desconocen los derechos de las víctimas; (iii) se traumatiza el funcionamiento de la administración de justicia colombiana, y (iv) la gravedad de los delitos cometidos por el ciudadano pedido en extradición es menor respecto de los delitos que se le imputan en Colombia.

golpe de gracia” u otros planes dirigidos a amedrentar y asesinar a miembros de la UP, tal como ha avanzado en ese sentido la Fiscalía General de la Nación, para lo cual deberá adoptar todas las medidas necesarias para determinar y visibilizar patrones de conducta de violencia sistemática contra la colectividad de la que hacía parte el Senador Cepeda Vargas;

- b) determinar el conjunto de personas involucradas en la planeación y ejecución del hecho, incluyendo a quienes hubieren diseñado, planificado o asumido el control, determinación o dirección de su realización, así como aquellos que realizaron funciones de organización necesarias para ejecutar las decisiones tomadas, inclusive si están involucrados altas autoridades civiles, mandos militares superiores y servicios de inteligencia, evitando omisiones en el seguimiento de líneas lógicas de investigación;
- c) articular, para estos efectos, mecanismos de coordinación entre los diferentes órganos e instituciones estatales con facultades de investigación y otros esquemas existentes o por crearse, a efectos de lograr las más coherentes y efectivas investigaciones, de modo que la protección de los derechos humanos de las víctimas sea uno de los fines de los procesos, particularmente en casos de graves violaciones;
- d) realizar con especial diligencia, en la indagación por la interacción del grupo ilegal con agentes estatales y autoridades civiles, la investigación exhaustiva de todas las personas vinculadas con instituciones estatales y de miembros de grupos paramilitares que pudieron estar involucrados. Así, la aplicación del principio de oportunidad o la concesión de cualquier otro beneficio administrativo o penal no debe generar ningún tipo de obstáculo para una debida diligencia en las investigaciones de criminalidad asociada a la comisión de violaciones graves de derechos humanos, y
- e) asegurar que los paramilitares extraditados puedan estar a disposición de las autoridades competentes y que continúen cooperando con los procedimientos que se desarrollan en Colombia. Igualmente, el Estado debe asegurar que los procedimientos en el extranjero no entorpezcan ni interfieran con las investigaciones de las graves violaciones ocurridas en el presente caso ni disminuyan los derechos

reconocidos en esta sentencia a las víctimas⁵⁴, mediante mecanismos que hagan posible la colaboración de los extraditados en las investigaciones que se adelantan en Colombia y, en su caso, la participación de las víctimas en las diligencias que se lleven a cabo en el extranjero.

Si se compara lo valorado por la Corte IDH respecto de la Ley de Justicia y Paz con lo resuelto por la Corte Constitucional, alguien podría calificar a la primera de haber sido sustancialmente cautelosa, particularmente en los primeros casos.

A la vez, podría pensarse que en un primer momento, en Mapiripán, la Corte IDH oportuna y cautelosamente “espera” a que la ley lleve su propio proceso a nivel interno antes de incidir, sin mayores elementos y al final de un proceso internacional, en los modos de aplicación de esta ley que se presentaba como de justicia transicional. Es posible imaginar que la Corte IDH evitó pronunciamientos más sustanciales, más que por una cuestión procesal o porque estaba siendo cuestionada ante la Corte Constitucional, quizá por el hecho de que en ese momento la ley apenas entraba en vigor y no se sabía cuál sería su aplicación.

En un segundo momento, en La Rochela, se nota un cambio cualitativo importante. Luego en el caso Cepeda Vargas en realidad los cuestionamientos no estaban tan enfocados en la Ley de Justicia y Paz en sí misma, sino en el hecho de que se hayan propiciado situaciones que podían conducir a la impunidad, aún en el marco de mecanismos de justicia transicional como los establecidos en dicha ley. En este último caso, la Corte IDH no hizo pronunciamientos específicos en torno a la ley, sino cuestionó la forma en que los mecanismos de justicia internos estaban interactuando, para lo cual tomó en cuenta los criterios del alto tribunal colombiano al respecto, en un diálogo jurisprudencial que propone y propicia la idea del control dinámico y complementario de convencionalidad.

De tal manera, se puede notar cierta prudencia en las decisiones tomadas por la Corte IDH, que podría interpretarse como una forma de aguardar la evolución del proceso de aplicación más concreta de la

⁵⁴ Corte IDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, supervisión de cumplimiento de sentencia... considerandos 40 y 41.

ley en Colombia, sin dejar de resguardar por ello ciertas garantías de orden convencional. Esto por supuesto no significa que la Corte IDH se encuentre “esperando un momento oportuno para condenar a los Estados”. Quiero decir que esas decisiones reflejan un ejercicio prudente de política judicial, un adecuado *self-restraint*, en función de la mejor posición en que se encuentran, en principio, las autoridades estatales para, en el marco del control democrático, ir aplicando e interpretando la ley cuestionada en atención a los estándares internacionales y en el marco de ese diálogo judicial complementario.

En efecto, con posterioridad a las sentencias de la Corte IDH, y en medio de las mismas, la referida ley ha sido posteriormente reformada en algunos aspectos y cuestionada en diversos ámbitos, lo que corrobora la necesaria prudencia judicial internacional.

Creo que un manejo creativo del control de convencionalidad, interno e internacional, favorece las posibilidades de la deliberación democrática sin descuidar a los más vulnerables, evita el cierre de futuras intervenciones cuando ésta, o sus falencias, impliquen la desprotección de aquéllos y se piensa a sí misma de manera intertemporal, según los postulados señalados en la sección anterior.

¿Son estas las “últimas palabras” acerca de la Ley de Justicia y Paz? ¿Significa esto que la Corte Constitucional o la Corte IDH actuaron bien? Pensaría que, por el contrario, la implementación de la ley deberá indicar si su actual constitucionalidad y convencionalidad “condicionadas” se aplicarán correctamente y si las consecuencias de ello son efectivamente funcionales para lograr los “propósitos transicionales” que plantea. Es un efecto dinámico. Correspondería, en primer lugar, a la justicia constitucional colombiana como al sistema internacional, en segundo, mantenerse complementariamente vigilantes.

c. La obligación de investigar y la Ley de Caducidad validada democráticamente (el Caso Gelman vs. Uruguay)

El Caso Gelman vs. Uruguay es uno de los más emblemáticos que han llegado a conocimiento de la Corte IDH. Tanto por su trascendencia histórica (desapariciones forzadas, incluso mediante la supresión de

identidad de una niña nacida en cautiverio, actos de tortura, etc., en el marco de la Operación Cóndor en la época de las dictaduras del Cono Sur del Continente), como por la relevancia jurídica de las cuestiones debatidas (particularmente la compatibilidad de la “Ley de Caducidad” uruguaya con la Convención Americana), es sin duda un caso de alto interés. Muchas de sus aristas no serán estudiadas ahora, sino únicamente lo relativo a la solución encontrada con relación a esta ley de amnistía que, a diferencia de otras similares en la región y el mundo, planteaba una característica diferencial muy sustancial: además de su aprobación por el órgano legislativo y subsiguientes aplicaciones tanto por el Poder Ejecutivo como por el Judicial, la Ley de Caducidad había sido validada mediante actos de democracia directa (un plebiscito y un referéndum), el segundo incluso después de que la Corte Suprema la declarara inconstitucional en un caso concreto. Para ello es necesario repasar brevemente algunos de los hechos relevantes.

Hechos

El 22 de diciembre de 1986 el Parlamento uruguayo aprobó la llamada “Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado”, que disponía:

Artículo 1o.- Reconócese que, como consecuencia de la lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre partidos políticos y las Fuerzas Armadas en agosto de 1984 y a efecto de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional, ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1o. de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto.

Artículo 2o.- Lo dispuesto en el artículo anterior no comprende:

- a) Las causas en las que, a la fecha de promulgación de esta ley, exista auto de procesamiento;
- b) Los delitos que se hubieren cometido con el propósito de lograr, para su autor o para un tercero, un [provecho] económico;

Artículo 3o.- A los efectos previstos en los artículos anteriores, el Juez interviniente en las denuncias correspondientes, requerirá al Poder Ejecutivo que informe, dentro del plazo perentorio de treinta días de recibida la comunicación, si el hecho investigado lo considera

comprendido o no en el artículo 1o. de la presente ley.

Si el Poder Ejecutivo así lo comunicare, el Juez dispondrá la clausura y el archivo de los antecedentes. Si en cambio, no contestare o informa que no se halla comprendido dispondrá continuar la indagatoria. [...]

La Corte observó el contexto político en que se originó la referida Ley, según lo informado por la Comisión Interamericana⁵⁵.

Tras la promulgación de la Ley de Caducidad, la Suprema Corte de Justicia uruguaya fue llamada a pronunciarse sobre su constitucionalidad, en virtud de acciones de inconstitucionalidad presentadas

⁵⁵ Según manifestó la Comisión en su demanda, cuando se volvió a llamar a elecciones, que se celebraron en noviembre de 1984, Julio María Sanguinetti fue electo Presidente del Uruguay y comenzó a ejercer su mandato el 1 de marzo de 1985. Entre las medidas adoptadas, reinstauró la Constitución de 1967, restableció la independencia de la justicia civil y ciertos órdenes en lo laboral, lo político y administrativo; indultó a todas las personas en espera de juicio ante los tribunales militares y obtuvo la aprobación parlamentaria de la Ley de Pacificación Nacional, que, con excepción de 65, indultaba a los 800 presos políticos que quedaban, aunque incluyendo una disposición que excluía expresamente de la amnistía a los miembros de las fuerzas armadas y policía responsables de abusos de los derechos humanos durante el periodo dictatorial. Como antecedente de la Ley de Caducidad se señala la crisis política derivada de las denuncias judiciales por las violaciones de derechos humanos cometidas durante los gobiernos *de facto* en Uruguay. Ante la interposición de denuncias en sede penal y la apertura de investigaciones correspondientes, la Suprema Corte de Justicia dictaminó que la justicia ordinaria era competente para conocer de esas denuncias y se comenzaron a realizar las primeras citaciones a los implicados. Ante esta situación, los militares se negaban a comparecer ante las citaciones en sede penal y el Ministro de Defensa ordenó a muchos oficiales que no comparecieran personalmente ante los tribunales civiles. Según la Comisión, a partir de 1986 el presidente Sanguinetti “empezó a buscar en el Parlamento una solución política a la cuestión de la rendición de cuentas de los militares”. En el ámbito jurisdiccional, en noviembre de 1986 la Suprema Corte uruguaya sostuvo la reivindicación de los tribunales civiles de jurisdicción en dos casos clave que implicaban a integrantes de las Fuerzas Armadas uruguayas en las desapariciones. La decisión abrió el camino para que estos casos avanzaran en la justicia civil y se esperaba que la Suprema Corte dictaminara análogamente en los casos restantes. El 1 de diciembre de 1986 el presidente Sanguinetti hizo pública una declaración de diecisiete generales retirados que habían ocupado cargos de alto mando durante la dictadura, en la que reconocían y asumían total responsabilidad por los abusos de los derechos humanos cometidos por sus subordinados durante la campaña antisubversiva e indicaron que dichos excesos no se repetirían. Sanguinetti señaló que la declaración merecía “una respuesta de igual grandeza de espíritu”. Antes del vencimiento del plazo del 23 de diciembre (fecha en que debían comparecer varios militares ante la justicia civil), y para evitar lo que denominó públicamente “una inminente crisis institucional”, el 22 de diciembre una mayoría de legisladores “colorados” y “blancos” de ambas cámaras aprobaron la Ley de Caducidad.

por representantes de víctimas y familiares de desaparecidos o de planteamientos formulados de oficio por los jueces que estaban conociendo de las denuncias⁵⁶. En 1988 la Suprema Corte de Justicia sostuvo que la Ley de Caducidad era constitucional por mayoría de tres votos a dos, lo cual, de acuerdo con el derecho constitucional uruguayo, tenía efectos vinculantes únicamente para el caso concreto. En dicho caso los jueces consideraron que, pese a no figurar la palabra “amnistía” en el texto, la intención del legislador había sido conferir una “auténtica amnistía” a las fuerzas de seguridad⁵⁷.

El 16 de abril de 1989 un grupo de ciudadanos y familiares de detenidos desaparecidos, que conformaron la “Comisión Nacional pro Referéndum contra la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado”, promovió y obtuvo la recolección de las firmas de más del 25% de los electores (aproximadamente 630.000), con las cuales se interpuso un recurso de referéndum contra la Ley de Caducidad, el cual no fue aprobado por la ciudadanía uruguaya, pues sólo el 42,4% de los votantes se pronunció a favor de hacer lugar al recurso y el resto en contra.

No obstante, el 19 de octubre de 2009 la Suprema Corte de Justicia dictó la sentencia No. 365 en la causa Sabalsagaray Curutchet, Blanca Stela, en la que declaró la inconstitucionalidad de los artículos 1, 3 y 4 de la Ley y resolvió que son inaplicables al caso concreto que generó la acción⁵⁸.

A su vez, el 25 de octubre de 2009 se sometió a consideración de la ciudadanía, junto con las elecciones de autoridades nacionales y mediante el mecanismo de “iniciativa popular” que requirió previamente

⁵⁶ Cfr. Informe de Americas Watch, “Challenging Impunity: The Ley de Caducidad and the Referendum Campaign in Uruguay”, 12 de marzo de 1989, prueba, folios 1789 y 1790.

⁵⁷ Cfr. Suprema Corte de Justicia de Uruguay, autos caratulados “Detta, Josefina; Menotti, Noris; Martínez, Federico; Musso, Osiris; Burgell, Jorge s/ inconstitucionalidad de la Ley 15.848, arts.1, 2, 3 y 4”, sentencia No. 112/87, resolución de 2 de mayo de 1988. Cfr. también, Suprema Corte de Uruguay, autos caratulados “Macchi Torres, Jessi. Homicidio. Inconstitucionalidad de oficio Ley No. 15.848, arts. 1o. y 3o.”, sentencia No. 232/1988, y autos caratulados “Whitelaw Agustoni, Agustín Germán; Barredo Longo, Fernando José. Denuncia. Inconstitucionalidad”, sentencia No. 224/1988.

⁵⁸ Cfr. Suprema Corte de Justicia de Uruguay, Caso “Sabalsagaray Curutchet Blanca Stela – Denuncia de Excepción de Inconstitucionalidad”, sentencia No. 365, de 19 de octubre de 2009.

el apoyo de más de doscientos cincuenta mil (250.000) firmantes, un proyecto de reforma constitucional por el cual se introduciría en la Constitución una disposición especial que declarararía nula la Ley de Caducidad y dejaría inexistentes los artículos 1, 2, 3 y 4 de la misma, propuesta que sólo alcanzó el 47,7% de los votos emitidos, por lo que no fue aprobada.

El 29 de octubre de 2010 la Suprema Corte de Justicia dictó otro fallo en la causa “Organización de los Derechos Humanos”⁵⁹, en el cual, mediante el mecanismo de “resolución anticipada”, reiteró la jurisprudencia establecida en el caso Sabalsagaray, acerca de la excepción de inconstitucionalidad de la Ley de Caducidad, confirmándose los argumentos esgrimidos en esa sentencia.

Por otro lado, en este caso, el señor Juan Gelman realizó numerosas gestiones ante autoridades judiciales y administrativas para que el caso se mantuviera en investigación, inclusive ante el Presidente del Uruguay.

La Corte observó las acciones realizadas en el ámbito del Poder Ejecutivo luego de la transición, tales como: la creación e informe de la Comisión para la Paz; varios intentos de búsqueda de restos de desaparecidos en predios que pertenecieron al Ejército; la resolución de diciembre de 2006 en que el Poder Ejecutivo declaró culminada la primera etapa de las actuaciones dirigidas a la investigación de las desapariciones forzadas perpetradas en territorio nacional y estableció la publicación de los informes elevados por los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y un informe producido por la Universidad de la República; la publicación de la obra “Investigación histórica sobre detenidos desaparecidos en cumplimiento del artículo 4 de la Ley [No.] 15.848”, que contiene una investigación historiográfica sobre el estudio de casos de los detenidos-desaparecidos en Uruguay y la Región; así como otras investigaciones sobre detenidos-desaparecidos.

En cuanto a lo actuado por el Poder Judicial, la causa en que se denunció la privación de libertad y homicidio de María Claudia García, así como la sustracción de su hija Macarena y la supresión de su estatuto

⁵⁹ Suprema Corte de Justicia de Uruguay, autos caratulados “Organización de los derechos Humanos – denuncia – excepción de inconstitucionalidad – arts. 1o., 3o., 4o. de la Ley No. 15.848 – Ficha IUE 2-21986/2006”, sentencia No. 1525, de 29 de octubre de 2010, prueba, folios 5205 a 5207.

civil, fue iniciado en el año 2002 por el señor Juan Gelman pero enfrentó diversos reveses ante la consideración, por parte del Poder Ejecutivo y del Ministerio Público, de que el caso estaba comprendido en la Ley de Caducidad. Inclusive el señor Gelman interpuso una solicitud de declaración de inconstitucionalidad del artículo 3 de la Ley, alegando que vulneraba varios derechos reconocidos en la Constitución uruguaya, acción que en noviembre de 2004 fue desestimada por la Suprema Corte. Se realizaron varias diligencias de prueba y el caso permanece abierto desde el año 2008, luego de que el Poder Ejecutivo cambiara de criterio y lo excluyera de los efectos de la Ley. No obstante, al emitir la sentencia, la Corte observó que la causa se encontraba en investigación presumarial y no había mayores avances, no había ninguna persona formalmente acusada ni sancionada, ni se había logrado determinar el paradero de la víctima desaparecida.

Consideraciones de la Corte IDH

La Corte IDH concluyó, respecto de la causa abierta en el caso de María Claudia García de Gelman específicamente, que dicha ley no es en la actualidad un obstáculo que impida la investigación y eventual sanción de los responsables, pues desde junio de 2005 el Poder Ejecutivo cambió de criterio e interpretó que el caso se encuentra excluido del ámbito subjetivo de la ley. Sin embargo, el Tribunal observó que “el principal obstáculo para las investigaciones en este caso ha sido la vigencia y aplicación de la Ley de Caducidad” y que, según lo reconocido por varias autoridades internas, aunque el Estado no contendía la necesidad de dejarla sin efecto, no había procedido a hacerlo”⁶⁰.

En cuanto a las violaciones específicas, la Corte IDH concluyó que el Estado violó los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial (artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana), con relación a los artículos 1.1 y 2 de la misma y los artículos I.b y IV de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, por la falta de una investigación efectiva de la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena y la sustracción, supresión y sustitución de

⁶⁰ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, fondo y reparaciones, sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 221.

identidad y entrega a terceros de María Macarena Gelman, en perjuicio de Juan y María Macarena Gelman.

Más importante aún, concluyó, en particular, que

debido a la interpretación y a la aplicación que se ha dado a la Ley de Caducidad, la cual carece de efectos jurídicos respecto de graves violaciones de derechos humanos, el Estado ha incumplido su obligación de adecuar su derecho interno a la Convención, contenida en el artículo 2 de la misma, con relación a los artículos 8.1, 25 y 1.1 del mismo tratado y los artículos I.b, III, IV y V de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Vale transcribir las consideraciones de la Corte IDH al respecto:

210. La forma en la que, por lo menos durante un tiempo, ha sido interpretada y aplicada la Ley de Caducidad adoptada en Uruguay, por una parte, ha afectado la obligación internacional del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos referidas a la desaparición forzada de María Claudia García y de María Macarena Gelman, y respecto de la segunda en razón de su sustracción y ocultamiento de identidad [que la propia Corte consideró como una forma de desaparición forzada], al impedir que los familiares de las víctimas en el presente caso fueran oídos por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención Americana y recibieran protección judicial, según el derecho consagrado en el artículo 25 del mismo instrumento, precisamente por la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos, incumpliendo asimismo los artículos 1.1 y 2 de la Convención, referida esta norma a la obligación de adecuar su derecho interno a lo previsto en ella⁶¹.

211. La falta de investigación de las graves violaciones de derechos humanos cometidas en este caso, enmarcadas en patrones sistemáticos, revelan un incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado, establecidas por normas inderogables⁶².

61 Cfr. Corte IDH, *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C No. 219, párr. 175.

62 Cfr. Corte IDH, *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 22 de septiembre de 2006, Serie C No. 153, párrs. 93 y 128; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia...* párr. 61 y 197, y *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil...* párr. 137.

212. Dada su manifiesta incompatibilidad con la Convención Americana, las disposiciones de la Ley de Caducidad que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos carecen de efectos jurídicos y, en consecuencia, no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso y la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana que puedan haber ocurrido en el Uruguay⁶³.

En este caso, el Estado hizo un amplio (aunque poco claro) reconocimiento de responsabilidad, inclusive por la falta de investigación de los hechos durante un período, en virtud de la aplicación de la Ley de Caducidad. En sus alegatos finales, el Estado manifestó que actualmente hay una contundente interpretación administrativa y judicial que ha llevado a la rotunda desaplicación de la Ley de Caducidad en este caso y, en general, por las decisiones de la Suprema Corte que evidencian “el cambio radical que [...] ha operado con relación a los efectos y alcance” de dicha Ley. En ese momento manifestó, inclusive, que la Cámara de Representantes había aprobado en octubre de 2010 un proyecto de ley interpretativa de la Ley de Caducidad, que “suprime los efectos” de la misma y que estaría “siendo tratado por la Cámara de Senadores”.

No obstante, en virtud de lo considerado, la Corte ordenó que el Estado debe continuar la investigación de las desapariciones forzadas cometidas en el caso y los hechos conexos, para lo cual

dado que la Ley de Caducidad carece de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos, el Estado deberá asegurar que aquélla no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia del presente caso ni para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos y de otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidas en Uruguay⁶⁴.

⁶³ Cfr. Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, fondo, sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C No. 75, párr. 44; *Caso La Cantuta vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C No. 162, párr. 175, y *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil...* párr. 174.

⁶⁴ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay...* párr. 253.

En consecuencia, el Estado debe disponer que ninguna otra norma análoga, como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, *ne bis in idem* o cualquier excluyente similar de responsabilidad, sea aplicada y que las autoridades se abstengan de realizar actos que impliquen la obstrucción del proceso investigativo⁶⁵.

Inmediatamente, entonces, surge la pregunta: ¿cómo hizo la Corte Interamericana para “saltarse” el hecho de que la Ley había sido democráticamente validada en el Estado demandado? Dado que esta no fue una ley de autoamnistía, como sí lo fue por ejemplo, la aprobada en el régimen fujimorista en Perú por un parlamento cooptado, sino una ley con una mayor legitimidad democrática, ¿no le importa a la Corte IDH lo que una sociedad democrática ha considerado mejor?

Veamos lo que la Corte IDH consideró al respecto:

238. El hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones [utilizando procedimientos de ejercicio directo de la democracia – recurso de referéndum (párrafo 2o. del artículo 79 de la Constitución del Uruguay) – en 1989 y – plebiscito (literal A del artículo 331 de la Constitución del Uruguay) sobre un proyecto de reforma constitucional por el que se habrían declarado nulos los artículos 1 a 4 de la Ley – el 25 de octubre del año 2009] no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional. [...]

239. La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos [...] La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de

65 Ibidem, párr. 254.

convencionalidad”, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, *inter alia*, que “el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley”⁶⁶.

Un reconocido profesor latinoamericano de filosofía política y del Derecho ha lanzado una serie de interesantes críticas a la sentencia de la Corte IDH. Gargarella critica que la Corte se “comprometa” con la justificación de la pena coercitiva, es decir, que asuma injustificadamente que existe una obligación específica de los Estados de sancionar penalmente a los perpetradores de graves violaciones de derechos. Lanza además otras críticas pero, para los efectos del tema tratado, transcribo algunas de sus ideas:

1) superficialmente y – de modo literal – en diez renglones, la Corte despacha los dos plebiscitos que, en Uruguay, dieron respaldo popular a la Ley de Caducidad. Criticar este aspecto del fallo no implica negarse a estudiar críticamente a los plebiscitos del caso; ni asumir que los plebiscitos van a culminar siempre en decisiones “correctas”.

⁶⁶ Suprema Corte de Justicia del Uruguay, Caso de Nibia Sabalsagaray Curutchet, en que, entre otras, hizo además las siguientes consideraciones: “[...] la ratificación popular que tuvo lugar en el recurso de referéndum promovido contra la ley en 1989 no proyecta consecuencia relevante alguna con relación al análisis de constitucionalidad que se debe realizar [...] Por otra parte, el ejercicio directo de la soberanía popular por la vía del referéndum derogatorio de las leyes sancionadas por el Poder Legislativo sólo tiene el referido alcance eventualmente abrogatorio, pero el rechazo de la derogación por parte de la ciudadanía no extiende su eficacia al punto de otorgar una cobertura de constitucionalidad a una norma legal viciada ‘ab origine’ por transgredir normas o principios consagrados o reconocidos por la Carta. Como sostiene Luigi Ferrajoli, las normas constitucionales que establecen los principios y derechos fundamentales garantizan la dimensión material de la ‘democracia sustancial’, que alude a aquello que no puede ser decidido o que debe ser decidido por la mayoría, vinculando la legislación, bajo pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y a los otros principios axiológicos establecidos por ella [...] El mencionado autor califica como una falacia metajurídica la confusión que existe entre el paradigma del Estado de Derecho y el de la democracia política, según la cual una norma es legítima solamente si es querida por la mayoría [...]”.

Los plebiscitos pueden ser criticados pero, para ello [...] es necesario llevar a cabo esa crítica. El tribunal, en cambio, se contenta con señalar que “la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de la mayoría”: se trata de la esfera de lo que no es “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías (la Corte retoma así el aspecto más cuestionable del valioso pensamiento de Luigi Ferrajoli). Para la Corte, “que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede automáticamente ni por sí sola legitimidad ante el Derecho Internacional”. Es decir, si se me permite exagerar un poco la imagen, la democracia debe arrodillarse frente al Derecho Internacional, que a su vez es interpretado por una élite de personas a las que ni conocemos. Desde mi punto de vista, lo dicho por la Corte en este aspecto es gravemente equivocado, e implica banalizar la idea de democracia (una constante en el fallo).

2) Agravando lo anterior, la Corte afirma que sus objeciones frente a las amnistías no se vinculan tanto al “proceso de adopción y a la autoridad que emitió la ley de amnistía”, sino a su *ratio legis*: dejar impunes graves violaciones de derechos. Insiste la Corte: la incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana “no deriva de una cuestión formal, como su origen”, sino de su aspecto material. Este punto es gravísimo para quienes pensamos a la democracia en términos de deliberación democrática. Desde este último punto de vista, el nuestro, estamos en buenas condiciones de objetar, por caso (y como lo hiciera Carlos Nino, por ejemplo, y luego todo el Congreso argentino), la autoamnistía dictada por Bignone, antes del fin de la dictadura militar; como de impugnar la muy débilmente democrática autoamnistía dictada por el cuasi-dictador Alberto Fujimori, en Perú (decisión que fuera objetada, por otras – malas – razones, por la Corte Interamericana, en “Barrios Altos”). Para nuestra crítica, lo central es el origen más o menos democrático de las normas cuestionadas. La Corte Interamericana, en cambio, considera ese aspecto una mera formalidad. Tremendo error, que ya se paga, y que se pagará todavía más caro.

5) La Corte no reconoce (ni reflexiona sobre) las limitaciones propias de su legitimidad – algo que cualquier tribunal hace, cuando define, en casos concretos, los alcances y límites posibles de su decisión; y algo sobre lo cual la doctrina reflexiona desde hace más de doscientos años. Por el contrario, la Corte toma como fuente de apoyo crucial, de su decisión en este caso, a sus decisiones anteriores, y a las decisiones de otros tribunales internacionales – sentencias dictadas

en cualquier momento, por cualquier tribunal. Los organismos democráticos no aparecen por ningún lado; el proceso democrático es descrito, como vimos, como una mera formalidad; y las decisiones populares plebiscitarias, como también vimos, son descartadas en unas pocas líneas, como básicamente irrelevantes (sobre todo, si es que ellas se contraponen con algunas de las – en absoluto fundadas – interpretaciones del tribunal)⁶⁷.

Puesto que este ensayo versa sobre las dinámicas del control de convencionalidad, no entraré en el interesante cuestionamiento sobre los límites del poder coercitivo-penal de los Estados ante graves violaciones de derechos humanos cometidas en el pasado. Es decir, no entro en los temas relativos al origen, validez y límites de una obligación internacional de los Estados de sancionar penalmente a los perpetradores, a si esa pena debe tener un carácter retributivo y las posibilidades de ello, ni a la efectividad real del castigo o pena privativa de libertad para lograr prevención general ante hechos atroces, como crímenes contra la humanidad.

Me importa decir, por ahora y en relación con el tema tratado, que es posible argumentar que la Corte IDH no tuvo la necesidad de entrar, ella misma, a definir los límites de la decisión adoptada democráticamente *vis-à-vis* los derechos de las víctimas, reclamantes o no en el caso específico o en otros potenciales casos. Tampoco entró la Corte IDH a observar las condiciones en que se habían desarrollado los plebiscitos, es decir, si formal o materialmente se dieron en condiciones de respeto a las libertades básicas y con suficientes bases de libre acceso a la información, participación o deliberación. Parece surgir de la sentencia en el Caso Gelman que la Corte IDH tampoco tuvo necesidad, como sí la tenía la Suprema Corte de Justicia uruguaya en las diferentes oportunidades que tuvo para pronunciarse, de entrar a decidir sobre asuntos de orden constitucional y democrático. Por ejemplo, desde una perspectiva que toca conceptos de Estado de Derecho y democracia, la Ley de Caducidad facultaba al Poder Ejecutivo a decidir si un

⁶⁷ Gargarella, R., “5 comentarios sobre la decisión de la Corte Interamericana en Gelman”, *Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política*, disponible en: <<http://seminariogargarella.blogspot.com/2011/06/5-comentarios-sobre-la-decision-de-la.html>>, a octubre de 2012. Desconozco en este momento si el profesor Gargarella ha publicado recientemente algo más al respecto.

caso determinado estaba o no comprendido por la misma, de previo a la apertura o continuación de la investigación por parte del Poder Judicial, lo que claramente afecta el principio de división de poderes. Esto fue analizado por la Suprema Corte uruguaya, pero no tanto por la Corte IDH. Si bien considero que esta última pudo haber realizado una interpretación más específica de los derechos violados en relación con el sistema democrático en que se insertaba, también es necesario observar que ese fue uno de los principales ejercicios de fundamentación realizados por la Suprema Corte.

La pregunta sería, entonces, el hecho de que la Corte IDH no entrara en tales cuestiones, ¿revela una falta de fundamentación y, por ende – para los adoradores de la argumentación jurídica –, una decisión irremediadamente carente de legitimidad?

Si bien cabe pensar que pudo darse una fundamentación más clara, también es posible considerar si era tan necesario que la Corte IDH entrara en esos temas, no porque no fueran sustancialmente relevantes, como en efecto lo son, ¿sino porque la Suprema Corte ya lo había hecho! Creo que hubiese sido muy diferente si la Comisión Interamericana hubiese decidido someter el caso ante la Corte IDH antes de la referida decisión de la Corte Suprema uruguaya o antes de la celebración del referéndum⁶⁸. En esta hipótesis, probablemente el ejercicio de fundamentación de la sentencia por parte de la Corte IDH tendría que haber sido más comprehensivo y, ahí sí, haber entrado a varios de los temas señalados.

Es necesario hacer notar que en la sentencia *Gelman*, la Corte IDH realizó un ejercicio de fundamentación mucho más amplio que, por ejemplo, lo escuetamente dicho en el *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Creo que el valor histórico de la sentencia dictada en el caso peruano no radica

⁶⁸ Aunque puede ser discutible, esta afirmación no la digo como una crítica encubierta a la “política de remisión de casos” de la CIDH. De hecho, no es irrazonable que un organismo internacional “espere” a ver el desarrollo y resultados de un proceso democrático interno, antes de tomar una decisión en un caso concreto, aún si esto puede ser mal percibido, más aún si el propio Estado en un caso así lo solicita. En este caso, la CIDH otorgó varias prórrogas al Estado de Uruguay para que cumpliera sus recomendaciones antes de someter el caso ante la Corte, en períodos que justamente coincidieron con la realización del referéndum, lo que permitiría considerar razonablemente lo planteado.

precisamente en la fundamentación de una decisión tan relevante, como fue la de declarar la incompatibilidad de leyes de autoamnistía con la Convención Americana y, más aún, haberle otorgado efectos generales⁶⁹. Su relevancia como sentencia ha radicado en el paso histórico mismo de la declaración y el acatamiento por parte del Perú de lo ordenado.

Pero en el Caso *Gelman vs. Uruguay* la sentencia de la Corte IDH contiene un acercamiento y desarrollo muy diferente. Al igual que lo hizo en la también reciente sentencia en el Caso *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, y aunque en otro sentido, también en el Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, la Corte IDH planteó otra visión del tema, antes de entrar propiamente en el análisis de las normas cuestionadas y su aplicación en el caso concreto. Así, comenzó por retomar su jurisprudencia en cuanto al origen y características de la obligación estatal de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos y, en su caso, enjuiciar y sancionar a los responsables, de particular importancia ante la gravedad de los hechos y la naturaleza de los derechos lesionados, especialmente en casos de desaparición forzada de personas. Se retomaron las ideas correlativas sobre el derecho de las víctimas de ser oídas y participar en el proceso, del derecho a la verdad y a la reparación. Luego, la Corte revisó lo establecido y considerado por diversas instancias internacionales en cuanto a la incompatibilidad de las leyes de amnistía relativas a graves violaciones de derechos humanos o figuras análogas con el Derecho Internacional (la CIDH, los órganos de las Naciones Unidas y otros organismos universales y regionales de protección de derechos humanos). Se retomaron los pronunciamientos de la CIDH en casos relativos a Argentina, Chile, El Salvador, Haití, Perú y Uruguay. Se revisaron decisiones de los tribunales penales internacionales; lo establecido en los convenios de Ginebra y su interpretación autorizada por el CICR; decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos y de la Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, entre otros.

Además, la Corte observó que diversos Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, por medio de sus más altos

⁶⁹ En realidad, la mayor fundamentación de esa sentencia puede encontrarse en el voto del entonces Presidente de la Corte IDH, Antônio A. Cançado Trindade, y no en la sentencia misma.

tribunales de justicia, han incorporado los estándares mencionados. Así, observó lo resuelto en varios casos por las Cortes Supremas de Justicia de Argentina (en el Caso Simón), de Chile, de Honduras, de Colombia y de El Salvador y por los Tribunales Constitucionales de Perú y Colombia. Además, la Corte IDH retomó su propia jurisprudencia sobre el tema y planteó otras consideraciones:

En ese sentido, las leyes de amnistía, en casos de graves violaciones a los derechos humanos, son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu del Pacto de San José, pues infringen lo dispuesto por sus artículos 1.1. y 2, es decir, en cuanto impiden la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos y, consecuentemente, el acceso de las víctimas y sus familiares a la verdad de lo ocurrido y a las reparaciones correspondientes, obstaculizando así el pleno, oportuno y efectivo imperio de la justicia en los casos pertinentes, favoreciendo, en cambio, la impunidad y la arbitrariedad, afectando, además, seriamente el estado de derecho, motivos por los que se ha declarado que, a la luz del Derecho Internacional ellas carecen de efectos jurídicos.

En especial, las leyes de amnistía afectan el deber internacional del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos al impedir que los familiares de las víctimas sean oídos por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención Americana y violan el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 del mismo instrumento precisamente por la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos, incumpliendo asimismo el artículo 1.1 de la Convención.

La incompatibilidad respecto de la Convención incluye a las amnistías de graves violaciones de derechos humanos y no se restringe sólo a las denominadas “autoamnistías” y ello en atención, más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió la ley de amnistía, a su *ratio legis*: dejar impunes graves violaciones al derecho internacional cometidas⁷⁰. La incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana en casos de graves violaciones de derechos humanos no deriva de una cuestión formal, como su origen, sino del aspecto material en cuanto violan los derechos consagrados en los artículos 8 y 25, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención.

⁷⁰ Cfr. Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile...* párr. 120, y *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil...* párr. 175.

Además, es muy importante observar que la Corte IDH dio otros lineamientos centrales para efectos de las investigaciones que las autoridades internas deben continuar en cumplimiento de la sentencia. Es decir, mediante las constataciones en el fondo y lo ordenado en las reparaciones, el Tribunal observó probables problemas que se presentarían en el marco de las investigaciones. Así, el Tribunal interamericano observó un elemento adicional de posible impunidad, que no dependía necesariamente de la declaración de “inconveniencia” de la Ley de Caducidad, a saber: que el proceso iniciado por Juan Gelman y reabierto en 2008 por gestiones de María Macarena Gelman, lo había sido bajo la figura del delito de homicidio, excluyendo otros delitos como la tortura, desaparición forzada y sustracción de identidad, lo que abría la posibilidad a futuro de que la causa sea declarada prescrita por los tribunales nacionales. Estas situaciones se darían también respecto de otras investigaciones en el Uruguay. De tal manera, la Corte IDH se refirió a esa situación de potencial impunidad de la siguiente manera:

213. La obligación de investigar los hechos en el presente caso de desaparición forzada se ve particularizada por lo establecido en los artículos III, IV, V y XII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, en cuanto a la investigación de la desaparición forzada como delito continuado o permanente, el establecimiento de la jurisdicción para investigar dicho delito, la cooperación con otros Estados para la persecución penal y eventual extradición de presuntos responsables y el acceso a la información sobre los sitios de detención.

214. Igualmente, por tratarse no solo de un patrón sistemático en que múltiples autoridades pudieron estar implicadas sino también de una operación transfronteriza, el Estado ha debido utilizar y aplicar en este caso las herramientas jurídicas adecuadas para el análisis del caso, las categorías penales correspondientes con los hechos por investigar y el diseño de una adecuada investigación capaz de recopilar y sistematizar la diversa y vasta información que ha sido reservada o que no puede fácilmente accederse a ella y que contemple la necesaria cooperación inter-estatal.

216. Es necesario reiterar que este es un caso de graves violaciones de derechos humanos, en particular desapariciones forzadas, por lo que es ésta la tipificación que debe primar en las investigaciones que corresponda abrir o continuar a nivel interno. Como ya se ha establecido, por tratarse de un delito de ejecución permanente, es

decir, cuya consumación se prolonga en el tiempo, al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas, la nueva ley resulta aplicable, sin que ello represente su aplicación retroactiva⁷¹. En este mismo sentido se han pronunciado tribunales de la más alta jerarquía de los Estados del continente americano al aplicar normas penales en casos relativos a hechos cuyo principio de ejecución comenzó antes de la entrada en vigor del tipo penal respectivo⁷².

217. Para que, en el presente caso, la investigación sea efectiva, el Estado ha debido y debe aplicar un marco normativo adecuado para desarrollarla, lo cual implica regular y aplicar, como delito autónomo en su legislación interna, la desaparición forzada de personas, puesto que la persecución penal es un instrumento adecuado para prevenir futuras violaciones de derechos humanos de esta naturaleza⁷³ y, asimismo, el Estado debe garantizar que ningún obstáculo normativo o de otra índole impida la investigación de dichos actos y, en su caso, la sanción de sus responsables⁷⁴.

71 Cfr. Corte IDH, *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de noviembre de 2008, Serie C No. 190, párrs. 44 y 87; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia...* párr. 201, y *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil...* párr. 179.

72 Cfr. Corte Suprema de Justicia del Perú, sentencia de 18 de marzo de 2006, Exp: 111-04, D.D Cayo Rivera Schreiber; Tribunal Constitucional de Perú, sentencia de 18 de marzo de 2004, expediente No. 2488-2002-HC/TC, párr. 26 y sentencia de 9 de diciembre de 2004, expediente No. 2798-04-HC/TC, párr. 22; Suprema Corte de Justicia de México, Tesis: P/J. 49/2004, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Pleno; Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, sentencia de 10 de agosto de 2007, y Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-580/02 de 31 de julio de 2002.

73 Cfr. Corte IDH, *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay...* párr. 92; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia...* párr. 66, y *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil...* párr. 109.

74 Cfr. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil...* párr. 109. La Corte, además, tomó en cuenta que el Ministro Interino de Relaciones Exteriores del Uruguay había declarado frente a la Comisión Parlamentaria, sobre el caso Gelman, que “hay un tema preocupante y que debemos tener en cuenta: las investigaciones judiciales abiertas en el año 2008 se encuentran todavía en etapa de presuntorio, sin que se hayan formalizado acusaciones contra ninguno de los presuntos responsables”, que “esta situación procesal en que se encuentra la causa la expone al riesgo de verse afectada por una eventual nueva aplicación de la Ley de Caducidad”, que “si las investigaciones se cierran sin que se presente acusación podría darse el caso que un nuevo intento de apertura por parte de los familiares diera lugar a una nueva solicitud de opinión al Poder Ejecutivo en los términos establecidos por el artículo 3o. de la Ley de Caducidad, y tratándose de un acto de Gobierno, es posible que este cambiara su posición como lo hizo anteriormente en estas mismas actuaciones opinando, por ejemplo, que el caso

De tal manera, no es tan claro que la Corte IDH “quebrara” dos plebiscitos realizados en el Uruguay en unas pocas líneas. Al considerar que la Suprema Corte de Justicia del Uruguay había ya realizado un adecuado control de convencionalidad, en el caso Sabalsagary, la Corte IDH parece haber “respaldado” la decisión del alto tribunal interno, lo cual es posible hacer, más allá de que (o más aún si...) la decisión de la Suprema tenía efectos únicamente aplicables al caso concreto que decidía. Con esto no afirmo que la Corte IDH pueda evitar su propia fundamentación amparándose en lo decidido por un tribunal interno. Pero sí es posible que el tribunal internacional valore y respalde lo actuado a nivel interno.

Inclusive la Corte IDH tomó en cuenta que altos tribunales de varios países de la Región y de otras partes del mundo, se han referido también a los límites de la democracia con relación a la protección de derechos fundamentales⁷⁵.

sí se encuentra amparado bajo la Ley de Caducidad”, “es decir, que en el estado actual de la causa existe la posibilidad de que sea revertido el dictamen actual del Poder Ejecutivo declarando no amparada en la ley esta causa. De esta manera podría volver a ampararse nuevamente en la ley una nueva solicitud de los familiares y terminar este proceso sin acusación”.

75 Tribunales nacionales se han pronunciado, sobre la base de las obligaciones internacionales, respecto de los límites sea del Poder Legislativo, sea de los mecanismos de la democracia directa:

a) La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica el 9 de agosto de 2010, declaró que no era constitucionalmente válido someter a consulta popular (referéndum) un proyecto de ley que permitiría la unión civil entre personas del mismo sexo, que se encontraba en trámite ante la Asamblea Legislativa, por cuanto tal figura no podía ser utilizada para decidir cuestiones de derechos humanos garantizados en tratados internacionales. Al respecto, la Sala Constitucional señaló que “los derechos humanos establecidos en los instrumentos del Derecho Internacional Público – Declaraciones y Convenciones sobre la materia –, resultan un valladar sustancial a la libertad de configuración del legislador, tanto ordinario como, eminentemente, popular a través del referéndum. [...] el poder reformador o constituyente derivado – en cuanto poder constituido – está limitado por el contenido esencial de los derechos fundamentales y humanos, de modo que, por vía de reforma parcial a la Constitución, no puede reducirse o cercenarse el contenido esencial de aquellos [...]. Es menester agregar que los derechos de las minorías, por su carácter irrenunciable, constituyen un asunto eminentemente técnico-jurídico, que debe estar en manos del legislador ordinario y no de las mayorías proclives a su negación”. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, sentencia No. 2010013313 de 10 de agosto de 2010, expediente 10-008331-0007-CO, considerando VI.

b) La Corte Constitucional de Colombia señaló que un proceso democrático requiere de ciertas reglas que limiten el poder de las mayorías expresado en

las urnas para proteger a las minorías: “la vieja identificación del pueblo con la mayoría expresada en las urnas es insuficiente para atribuir a un régimen el carácter democrático que, actualmente, también se funda en el respeto de las minorías [...] la institucionalización del pueblo [...] impide que la soberanía que [...] en él reside sirva de pretexto a un ejercicio de su poder ajeno a cualquier límite jurídico y desvinculado de toda modalidad de control. El proceso democrático, si auténtica y verdaderamente lo es, requiere de la instauración y del mantenimiento de unas reglas que encaucen las manifestaciones de la voluntad popular, impidan que una mayoría se atribuya la vocería excluyente del pueblo [...]”. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-141 de 2010 de 26 de febrero de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, por medio de la cual se decide sobre la constitucionalidad de la Ley 1354 de 2009, de convocatoria a un referendo constitucional.

c) La Constitución Federal de la Confederación Suiza señala en su artículo 139.3 lo siguiente: “cuando una iniciativa popular no respete el principio de unidad de la forma, el de unidad de la materia o las disposiciones imperativas de derecho internacional, la Asamblea Federal la declarará total o parcialmente nula”. El Consejo Federal de Suiza, en un reporte de 5 de marzo de 2010 sobre la relación entre el Derecho Internacional y el derecho interno, se pronunció sobre las normas que considera como normas imperativas del Derecho Internacional. En ese sentido, señaló que estas normas serían: las normas sobre prohibición del uso de la fuerza entre Estados, las prohibiciones en materia de tortura, de genocidio y de esclavitud, así como el núcleo del Derecho Internacional Humanitario (prohibición del atentado a la vida y a la integridad física, toma de rehenes, atentados contra la dignidad de las personas y ejecuciones efectuadas sin un juicio previo realizado por un tribunal regularmente constituido) y las garantías intangibles del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Disponible en: <<http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edazen/topics/intla/cintla.Par.0052.File.tmp/La%20relation%20entre%20droit%20international%20et%20droit%20interne.pdf>>, a 23 de febrero de 2011 (traducción de la Secretaría de la Corte).

d) La jurisprudencia de varios tribunales de Estados Unidos, como por ejemplo en los casos *Perry vs. Schwarzenegger*, en donde se declara que el referéndum sobre personas del mismo sexo era inconstitucional porque impedía al Estado de California cumplir con su obligación de no discriminar a las personas que deseaban contraer matrimonio de conformidad con la Enmienda 14 de la Constitución. A ese propósito, la Corte Suprema expresó “los derechos fundamentales no pueden ser sometidos a votación; no dependen de los resultados de elecciones.” *Perry vs. Schwarzenegger* (Challenge to Proposition 8) 10-16696, Corte de Apelaciones del Noveno Circuito, Estados Unidos. En el caso *Romer vs. Evans*, la Suprema Corte anuló la iniciativa que habría impedido a los órganos legislativos adoptar una norma que protegiera a los homosexuales y lesbianas en contra de la discriminación. *Romer, Governor of Colorado, et al. vs. Evans et al.* (94-1039), 517 U.S. 620 (1996), Suprema Corte de Estados Unidos. Por último, en el caso *West Virginia State Board of Education vs. Barnette*, la Suprema Corte de Estados Unidos determinó que el derecho a la libertad de expresión protegía a los estudiantes de la norma que los obligaba a saludar a la bandera de Estados Unidos y de pronunciar el juramento de fidelidad a la misma. En ese orden de ideas, la Corte afirmó que el propósito esencial de la Carta Constitucional de Derechos fue retirar ciertos temas de las vicisitudes de las controversia política, colocándolos fuera del alcance de las mayorías y funcionarios, y confiéndoles el carácter de principios legales para ser aplicados

Reitero que esta posibilidad de “esperar” los resultados de las dinámicas de una sociedad ante determinado caso o tema es, creo, parte del principio de complementariedad, lo que requiere – del organismo internacional – una cuidadosa y nunca fácil evaluación de contextos sociopolíticos, según lo que las propias partes aporten al proceso.

En un caso en que las autoridades internas han realizado adecuados y efectivos controles de convencionalidad, ¿no deberíamos más bien esperar que la CIDH o la Corte IDH así lo declaren y, cuando no es necesario desarrollar algún punto específico, evitar variaciones y repeticiones considerando que el operador de justicia interno ya lo

por los tribunales. El derecho de las personas a la vida, libertad y propiedad, a la libertad de expresión, la libertad de prensa, la libertad de culto y de reunión, y otros derechos fundamentales no pueden ser sometidos a votación; no dependen de los resultados de elecciones”. *West Virginia State Board of Education vs. Barnette*, 319 U.S. 624, (1943), 319 U.S. 624, 14 de junio de 1943, Suprema Corte de Estados Unidos (traducción de la Secretaría de la Corte).

e) La Corte Constitucional de la República de Sudáfrica negó un referéndum sobre la pena capital por considerar que una mayoría no puede decidir sobre los derechos de la minoría, la que en este caso fue identificada por la Corte como las personas marginalizadas por la sociedad, las personas que podrían ser sometidas a esta pena corporal: “De la misma manera la cuestión de constitucionalidad de la pena capital no puede ser sometida a un referendo, en donde la opinión de una mayoría prevalecería sobre los deseos de cualquier minoría. La razón esencial para establecer el nuevo orden legal, así como para investir del poder de revisar judicialmente toda legislación en las tribunales, es proteger los derechos de las minorías y otras personas que no están en condición de proteger adecuadamente sus derechos a través del proceso democrático. Los que tienen derecho a reclamar esta protección incluyen a los socialmente excluidos y las personas marginadas de nuestra sociedad. Únicamente si hay una voluntad de proteger a los que están en peores condiciones y a los más débiles entre nosotros, entonces podremos estar seguros de que nuestros propios derechos serán protegidos. *Constitutional Court of South Africa, State v. T Makwanyane and M Mchunu*, Case No. CCT/3/94, 6 de junio de 1995, párr. 88 (traducción de la Secretaría de la Corte).

f) La Corte Constitucional de Eslovenia, en el caso de los llamados “Erased” (personas que no gozan de un estatus migratorio legal), decidió que no es posible realizar un referéndum sobre los derechos de una minoría establecida; en concreto, la Corte anuló un referéndum que pretendía revocar el estatus de residencia legal de una minoría. En ese sentido, el tribunal señaló: “los principios de un Estado gobernado por el principio de legalidad, el derecho a la igualdad ante la ley, el derecho a la dignidad personal y seguridad, el derecho a obtener compensaciones por violaciones de derechos humanos, y la autoridad de la Corte Constitucional, deben ser priorizados por encima del derecho a la toma de decisiones en un referendo”. Sentencia de la Corte Constitucional de Eslovenia de 10 de junio de 2010, U-II-1/10, Referendum on the confirmation of the Act on Amendments and Modifications of the Act on the Regulation of the Status of Citizens of Other Successor States to the Former SFRY in the Republic of Slovenia, párr. 10 (traducción de la Secretaría de la Corte).

ha hecho? ¿No sería ésta, inclusive para quienes ponen en duda la legitimidad de un tribunal internacional por sus “déficit democráticos”, la decisión que le otorga mayor legitimidad frente a un Estado que “está haciendo bien las cosas” por la acción de alguno de sus poderes? ¿No reflejaría esto, más bien, que el órgano internacional es consciente de que el sistema jurídico de un Estado se integra con el ordenamiento internacional? ¿No sería ésta una decisión consistente con los principios democráticos y de complementariedad que informan la Convención Americana? Además, en un caso determinado en que lo actuado a nivel interno sea considerado como adecuado por el tribunal internacional, cuyo sentido mismo de su existencia es el control de convencionalidad, ¿debe este último reiterar en cada caso su historia, origen, límites de su jurisdicción y principios de interpretación?

No hay respuesta “clara y distinta” a lo anterior y faltarían aún bastantes preguntas. Pero dudo mucho que la Corte IDH fuera tan extremista de decir que “los derechos humanos” constituyen un límite infranqueable a cualquier tipo de decisión democrática. Es que, efectivamente, como afirma el profesor Gargarella, la interpretación de la Convención Americana, según vimos, no puede ser sino enmarcada en el principio democrático. Por ende, la consideración de que esa libertad de autodeterminación democrática tenga límites en casos extremos, no debería ser entendida como un atentado a las democracias. ¡Es que la Corte IDH tampoco está deslegitimando mecanismos de democracia participativa, como los plebiscitos y referéndum! Este es un caso de gravísimas violaciones históricas de derechos humanos que no deben quedar en la impunidad y, aunque haya quienes no lo comparten, puede ser muy apropiado pensar que los pilares de una sociedad, para ser más democrática, no deberían ser semejantes formas de injusticia.

La impresionante reacción política, jurídica, social e institucional a lo interno del Uruguay, reabierto una vez más luego de la Sentencia, merecería un profundo análisis, que estas páginas no alcanzan. Pero creería que esa deliberación democrática abierta en varios niveles institucionales y sociales refleja precisamente la dinámica de esa aparente “paradoja de la democracia constitucional”, en el marco de la dinámica del pre-compromiso internacional.

Breve conclusión

Las sentencias de la Corte IDH analizadas son interesantes ejemplos de prudencia judicial, sin dejar de resguardar por ello ciertas garantías de orden convencional. Esto por supuesto no significa que la Corte se encuentre esperando un “momento oportuno para condenar a los Estados” o que tenga que esperar víctimas concretas para juzgar. Quiero decir que esas decisiones pueden reflejar ejercicios prudentes de política judicial, un adecuado *self-restraint*, en función de la mejor posición en que se encuentran las autoridades estatales para, en el marco del control democrático, ir aplicando e interpretando normas y prácticas cuestionadas en atención a los estándares establecidos en ese diálogo judicial complementario.

Creo que un manejo creativo del control de convencionalidad, interno e internacional, favorece las posibilidades de la deliberación democrática sin descuidar a los más vulnerables, evita el cierre de futuras intervenciones cuando ésta, o sus falencias, impliquen la desprotección de aquéllos y se piensa a sí misma de manera intertemporal, según los postulados señalados en la sección anterior.

¿Confiar entonces en la bondad y sapiencia de los tribunales? Aún no existen las democracias sin jueces y quedan preguntas que trascienden el espacio de estas anotaciones: las que tienen que ver con la posibilidad de asegurar que los tribunales cumplan ese rol; el sistema de controles más efectivo y sostenible para fiscalizarlo; los diseños institucionales más apropiados... Etcéteras.

De la actitud “principista”, responsable o cobarde de los tribunales, dependerá que la historia los califique de caudillos insensatos, héroes anónimos o cómplices de las violaciones de derechos humanos. Kronos y Katún⁷⁶ tienen la palabra.

Exordio final

La palabra “exordio” se usa más bien para introducir, incitando, un tema. Es decir, al inicio de lo que se va a desarrollar. Pero hay algo que viene rebotando en mi cabeza desde hace ya buen tiempo. Y como no

⁷⁶ Nombre maya peninsular de la piedra del tiempo o ciclo de la vida y la muerte.

podré desarrollarlo ahora, lo dejo entonces como un exordio pero al final de este ensayo, para dejarlo planteado, para desarrollarlo después...

¿Qué significa hoy hablar de derechos humanos, en medio de las guerras que no cesan, de los constantes llamados de nuestros ecosistemas naturales, de las crisis del sistema financiero internacional?

Hay una película llamada “Instinto” (*Instinct*). En ella actúan Anthony Hopkins, Cuba Gooding Jr., entre otros. En una de las escenas el personaje de Hopkins, que había vivido años con los gorilas en África, abre la reja de la jaula donde había varios gorilas. El personaje de Cuba se asusta y le dice que la cierre... Aquél, el personaje de Hopkins, le dice que esos son “sombras de gorilas, nacidos en jaulas”, salvo uno, que una vez fue libre, pero cuya mente y corazón habían sido vaciados por la jaula, que lo había vuelto insano. Le explica que ese gorila “no va a salir, aún si puede hacerlo; aún si al otro lado de la barrera está la libertad, lo que puede incluso oler, pero para este momento ya se ha rendido, piensa que la libertad es algo con lo que ha soñado...”. En otra escena, aquel personaje hombre-gorila dice: “hay una sola cosa a la que debemos renunciar: nuestro dominio. No somos dueños del mundo, aún no somos reyes, ni somos dioses. Podemos renunciar a eso? O es muy valioso todo ese control? Muy tentador ser un dios?”

¿Será que debemos repensar no sólo las democracias y el rol de los jueces, sino también el sentido mismo de la teoría de los derechos humanos (que no deja de ser esencialmente antropocéntrica) en una época en que la naturaleza nos recuerda, más que nunca, de dónde venimos?

Derechos humanos y pobreza en el Sistema Interamericano

El rol del análisis estructural a partir de informes y siete escenarios estratégicos basados en la responsabilidad internacional*

*Óscar Parra Vera***

El presente texto analiza la pobreza y su relación con los derechos humanos, a partir de una reflexión general sobre el tema y a la luz de algunos informes y sentencias de los órganos de protección del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH). La primera parte introduce elementos del estado del arte sobre las diversas nociones de pobreza, con el objetivo de fundamentar, como punto de partida, la necesidad de articular dichas nociones en una estrategia integral de lucha contra la pobreza. La segunda parte reseña algunos pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que ilustran el decisivo rol de los informes temáticos y de país con relación a este tema. La tercera parte se concentra en siete escenarios estratégicos a partir de la valoración de algunos casos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). En especial, se hace énfasis en los tipos de atribución de responsabilidad internacional que podrían asociarse a situaciones de pobreza. El objetivo del texto es visibilizar las potencialidades del SIDH para fortalecer las estrategias de lucha contra la pobreza extrema o crítica.

* Este texto es fruto del diálogo del autor con el IIDH en diversos momentos, durante los últimos años, y que se concretó en el curso virtual “Pobreza y derechos humanos. Aportes desde el Sistema Interamericano” y en aportes para algunas publicaciones del IIDH sobre la materia. Agradezco el constante apoyo y orientación del Director Ejecutivo, Roberto Cuéllar.

** Abogado sénior de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Previamente se desempeñó como becario “Rómulo Gallegos” y consultor sobre indicadores en derechos sociales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Las opiniones del autor son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan necesariamente el parecer de la Corte Interamericana ni de su Secretaría.

1. Los diversos conceptos sobre pobreza

Al igual que la pobreza es un tema emergente en el SIDH, los estudios sobre “pobreza y derechos humanos” son un campo emergente de conocimiento en el que convergen debates jurídicos, económicos, filosóficos y políticos¹. Una breve exploración sobre las definiciones que se han propuesto sobre pobreza, permite introducir algunos debates en esta materia.

Un primer elemento a resaltar es que la necesidad de una definición de pobreza viene planteándose desde que se empezaron los intentos por “medir” cuántas personas pobres existen en un determinado país. La tensión surge entre perspectivas más concentradas en un número exacto de condiciones que permitan una medición (sobrevivir con un dólar estadounidense diario, entre otras) y aquellas que resaltan más el carácter multidimensional del fenómeno.

Uno de los principales problemas para alcanzar una definición prevalente ha sido la dificultad de universalizar el concepto. Así, por ejemplo, conceptos como el de “costo de vida”, “extrema pobreza”, “necesidades básicas”, “calidad de vida”, pueden cambiar de acuerdo a la región. Otras posturas consideran que el alcance de las necesidades básicas puede ser distinto en los países del llamado Sur Global² frente a los países del noratlántico. Finalmente, las diferencias culturales transforman la percepción sobre el bienestar y sobre lo que significa el “desarrollo”. Una visión marcadamente “occidental” ha prevalecido en todos estos debates.

¹ Una buena muestra de estos debates se encuentra en Pogge, Thomas (ed.), *Freedom from Poverty as a Human Right. Who Owes What to the Very Poor?* Oxford University Press, 2007.

² Como lo resaltan diversos autores, el concepto de Sur Global es preferible al de países del Tercer Mundo (propio del contexto de mundo bipolar posterior a la Segunda Guerra Mundial) o países subdesarrollados o en vías de desarrollo (inadecuado para agrupar naciones disímiles en sus procesos de desarrollo). El concepto de Sur Global alude a países donde, entre otros factores, la mayoría de la población vive en condiciones de pobreza, existen altas tasas de desempleo y subempleo, dependen de la exportación de materias primas y presentan gran vulnerabilidad y dependencia respecto a países del noratlántico en las relaciones económicas y políticas. Ver Lamprea Montealegre, Everaldo, “Comentario: el ingreso ciudadano en el Sur Global. Hacia la realización de la utopía”, en: Wright, Erik Olin (ed.), *Repensando la distribución. El ingreso básico ciudadano como alternativa para un capitalismo más igualitario*. Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, Bogotá, 2008.

En este marco, es muy valioso el trabajo de sistematización emprendido por Paul Spicker, en el que alude a doce grupos de significados de pobreza incluidos en cuatro grandes segmentos, algunos de ellos muy relacionados entre sí³:

a. Pobreza como un concepto material. La población es pobre “porque no tiene algo que necesita, o cuando carece de los recursos para acceder a las cosas que necesita”. En este grupo cabe resaltar el énfasis en estos otros conceptos:

Necesidad. Existe un “núcleo de necesidades básicas” y de otras carencias (bienes y servicios) que cambian en el espacio y tiempo. La pobreza es una privación de bienestar físico y mental por falta de recursos económicos. Puede ser absoluta o relativa. Existe debate sobre el origen y fundamento de las necesidades.

Un patrón de privaciones. La pobreza se define por la existencia de un patrón de privaciones más que por la privación misma. En este sentido, no toda necesidad equivale a pobreza. Se debe analizar el tipo de necesidad, la duración de la privación y el efecto agregado a largo plazo de múltiples privaciones temporales. Se resalta que, por ejemplo, la población puede experimentar necesidades específicas (falta de vivienda o frío) sin que esto sea suficiente para hablar de “pobreza”, aunque aquellas privaciones pueden ser indicadores primordiales.

Limitación de recursos. La pobreza refiere a circunstancias donde las personas carecen de ingreso, riqueza o recursos para adquirir o consumir las cosas que necesitan. En la Declaración asumida en la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, celebrada en Copenhague (1995), algunos delegados estatales aludieron a la pobreza como “una privación severa de necesidades humanas básicas, incluyendo alimentos, agua potable, instalaciones sanitarias, salud, vivienda, educación e información” y agregaron que “la pobreza depende no sólo de ingresos monetarios sino también del acceso a servicios”⁴.

³ Spicker, Paul, “Definiciones de Pobreza: doce grupos de significados”, en: Spicker, Paul, Sonia Álvarez Leguizamón y David Gordon (eds.), *Pobreza. Un glosario internacional*. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), Buenos Aires, 2009, págs. 291-306.

⁴ Ver, Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social. Disponible en: <<http://www.un.org/spanish/esa/socdev/>>, a diciembre de 2012.

- b. Pobreza como situación económica.** Es el enfoque que mide la pobreza a partir de los ingresos. Desde esta postura, algunos relacionan la pobreza con los bajos ingresos.

Nivel de vida. Spicker señala que “aunque la idea de nivel de vida está íntimamente ligada a la necesidad, es un concepto de índole general que refiere no tanto a las formas específicas de privación sino a la experiencia general de vivir con menos que los demás”⁵. Instituciones como la Organización Internacional del Trabajo o el Banco Mundial, aluden a este tipo de conceptos cuando en algunos de sus documentos señalan que un individuo o familia es pobre cuando sus ingresos o consumo (el “nivel de vida”) está por debajo de un estándar que algunos consideran “mínimo” y otros “decente”.

Desigualdad. Las personas pueden ser consideradas pobres porque están en una situación de desventaja respecto de otras, en la sociedad. Si bien algunos precisarían que la desigualdad acarrea pobreza cuando la distancia económica entre los más ricos y los más pobres sobrepasa el “nivel crítico”, Spicker señala que al definir la pobreza en estos términos “una eventual reducción de los recursos de los más ricos sería equivalente a una reducción en la pobreza”, lo cual no tiene mucho sentido.

Posición económica. Según esta postura, la población pobre debería ser vista como una clase social (grupo de personas identificado en virtud de su posición económica dentro de la sociedad). Desde algunas perspectivas marxistas, se trata de los marginados de la propiedad de los medios de producción; en cierto sentido weberiano se trataría de los excluidos o dependientes económicamente.

- c. Condiciones sociales.** En este punto, Spicker alude a:

Clase social. Las definiciones vinculadas a la clase social comúnmente refieren a las condiciones sociales de los pobres. De acuerdo a esta concepción, los roles sociales y ocupacionales son constitutivos de la noción de clase. Esta noción ha sido criticada por quienes ven en ella una forma de estigma y una condena a los pobres.

⁵ Spicker, Paul, “Definiciones de Pobreza: doce grupos de significados”...

Dependencia. Se relaciona con las posturas que consideran a la población pobre como aquella que recibe beneficios sociales debido a su carencia de medios. Los pobres serían aquellos dependientes de los servicios sociales. Este es un concepto que visibiliza el “uso” estigmatizante del concepto de pobreza.

Carencias de seguridad básica. Aunque la carencia en la seguridad básica se haya definido como necesidad, Spicker señala que también puede ser vista como vulnerabilidad ante los riesgos sociales. Esta noción se relaciona en algunos componentes con el concepto general de seguridad social. Sin embargo, no existe relación directa entre pobreza y vulnerabilidad, toda vez que, por ejemplo, “distintos tipos de campesinos en una agricultura de subsistencia pueden ser pobres, pero no vulnerables”.

Ausencia de titularidades. Autores como Amartya Sen – Premio Nóbel de Economía –, consideran que tanto la privación como la carencia de recursos reflejan la carencia de titularidades más que la ausencia de artículos esenciales. En ese sentido, la falta de vivienda es consecuencia de la falta de acceso a la vivienda o la tierra, no de la inexistencia de viviendas en sí; las hambrunas no son el resultado de la falta de alimentos sino de la incapacidad de la población para comprar los alimentos existentes⁶. Las personas pobres son entonces, aquellas que no tienen titularidades. Esta postura se inserta en la visión de Sen respecto al desarrollo como expansión de las capacidades y libertades reales que disfrutaban los individuos⁷. En particular, según esta concepción, las libertades fundamentales se relacionan, entre otras, con el acceso a capacidades básicas para evitar la inanición, la desnutrición y la mortalidad prematura, o gozar de libertades relacionadas con la capacidad de leer, escribir y participar en las decisiones privadas y públicas.

⁶ Para una mayor explicación de la noción de titulaciones en la teoría de Amartya Sen, ver Nussbaum, Martha, *Capacidades como titulaciones fundamentales: Sen y la justicia social*. Trad. E. Lamprea, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

⁷ Ver al respecto, Sen, Amartya, *Desarrollo y libertad*. Planeta, Barcelona, 2000. La obra de Sen ha tenido fuerte influencia en los informes de desarrollo humano producidos por Naciones Unidas.

Sen justifica lo que ha denominado “esquema de capacidades” con las siguientes definiciones fundamentales⁸: el bienestar de una persona puede evaluarse de acuerdo con la posibilidad de alcanzar su propia visión de la vida buena. La vida de cada persona se define por un conjunto de estados y acciones que se entienden como funcionamientos, los cuales están relacionados entre sí. La marcha de los funcionamientos se asocia con la capacidad de funcionar, interpretada como la combinación de los diversos funcionamientos que cada persona puede alcanzar. Así, la capacidad como vector de funcionamientos, refleja la libertad de la persona para realizar su vida buena y gozar de su bienestar.

De esta manera, la libertad deja de entenderse exclusivamente como aquello en lo que el Estado no debe interferir, para comprenderse como la posibilidad de alcanzar el perfil de vida buena que cada persona define. Esa libertad requiere de capacidades para funcionar, lo que implica una consideración de la salud, la alimentación, el trabajo o la vivienda como condiciones para realizar la capacidad de funcionar. Tener derecho a tales elementos no implica restringir la libertad sino posibilitar la vida buena en términos de realización integral.

Exclusión. Spicker resalta que estos enfoques señalan que la exclusión social afecta a individuos, personas y áreas geográficas, y que puede ser vista no sólo en términos de niveles de ingreso sino también vinculada a cuestiones como salud, educación, acceso a servicios, vivienda y deuda. En el paradigma de la exclusión, la pobreza adquiere una visión multidimensional, donde se intenta superar el énfasis en la privación al incluir problemas que resultan de la estigmatización y el rechazo social.

Al respecto, cabe señalar que algunos autores encuentran tensión entre el paradigma de la exclusión social y el paradigma de ciertas nociones de pobreza⁹. El paradigma de la exclusión rescata

⁸ Amartya Sen, *Nuevo examen de la desigualdad*, Madrid, Alianza, 1995, capítulo 3.

⁹ Para una visión general sobre esta tensión, ver Pérez Sáinz, Juan Pablo, y Minor Mora Salas, *La persistencia de la miseria en Centroamérica. Una mirada desde la exclusión social*. FLACSO, San José, 2007. En particular, ver el capítulo I, titulado “De la pobreza a la exclusión social. Reflexiones teóricas”.

el lugar de los antagonismos sociales y de la carencia de poder de los excluidos. Así, la exclusión debe analizarse a partir del control y acaparamiento de los recursos por ciertos grupos sociales que marginan a otros, de tal forma que un grupo es excluido precisamente porque otro lo excluye mediante el ejercicio de poder. Los críticos del paradigma de la pobreza problematizarían aquellas definiciones que se centran en los resultados (privaciones, carencias, etc.) y no en los procesos que generan esas privaciones. En términos muy generales, según Pérez y Mora, algunas de las diferencias entre estos paradigmas podrían ser las que se presentan en la Tabla 1. Pérez y Mora consideran que en el paradigma de la exclusión, ésta es entendida como una manifestación de la producción de desigualdades sociales y que existen diversos tipos de exclusiones que pueden interactuar, reforzando las dinámicas excluyentes. El énfasis de estos autores es en una aproximación conceptual que genere las mayores posibilidades de superación del *statu quo* y no su mantenimiento¹⁰.

Paradigma de la exclusión	Paradigma de la pobreza
1. Comprensión relacional de la sociedad basada en el poder.	1. Comprensión no relacional: define a las carencias en términos de un cierto estándar de bienestar (o desarrollo).
2. La superación de la exclusión implica redefinición de las relaciones de poder.	2. Reducción de la pobreza se basa en un voluntarismo moral.
3. Postula la fractura de la comunidad (dualización de la sociedad), concentrándose en sectores que han sido dejados fuera de ésta.	3. Toma como premisa la existencia de una comunidad, normalmente la nacional, donde algunos sectores están deficientemente integrados.
4. Existe un bloqueo en la superación de la pobreza, especialmente de la indigencia.	4. Asume como factible lograr una buena inclusión a través de la movilidad social ascendente.
5. Ausencia de ciudadanía social.	5. Ciudadanía social deficiente.

¹⁰ *Ibidem*.

- d. Pobreza como juicio moral.** Se entiende la pobreza como una privación severa, de tal manera que las condiciones materiales de los pobres son moralmente inaceptables. A esta definición es inherente un imperativo moral de que algo debería hacerse al respecto. Autores como Spicker, critican esta definición pues dificulta establecer un acuerdo sobre los contenidos del concepto¹¹.
- e. Pobreza como privación de libertades básicas y violación compleja de varios derechos.**

Complementando la sistematización de Spicker, cabe reseñar las posturas que definen la pobreza con relación a la violación de derechos. En este sentido, la pobreza depende de factores económicos y sociopolíticos que incluyen la exclusión social, la discriminación y las condiciones estructurales que fomentan la marginalidad¹². Al respecto, autores como Ariel Dulitzky o Fernanda Doz Costa han resaltado que es posible analizar la pobreza como violación de los derechos humanos en sí misma o *per se*, como causa o consecuencia de violaciones a los derechos humanos, como violación de derechos específicos – como el derecho a un nivel de vida adecuado o del derecho al desarrollo – y como consecuencia o agravante de la violación de derechos humanos¹³.

Por su parte, el anterior Experto Independiente de Naciones Unidas sobre Pobreza Extrema y Derechos Humanos, Arjun Sengupta, utilizó esta definición de pobreza: “fenómeno que incluye la escasez de ingresos, la falta de desarrollo humano y la exclusión social” y

¹¹ Sin embargo, la obra de Thomas Pogge (Freedom from Poverty as a Human Right, 2008), reseñada en nuestra primera nota de pie, constituye un esfuerzo por explotar los importantes aportes de esta noción para redefinir las instituciones contemporáneas.

¹² La CEPAL ha planteado definir la pobreza como “el resultado de un proceso social y económico – con componentes culturales y políticos – en el cual las personas y los hogares se encuentran privados de activos y oportunidades esenciales por diferentes causas y procesos, tanto de carácter individual como colectivo, lo que le otorga un carácter multidimensional”. Así, además de la privación material, la pobreza comprende dimensiones subjetivas que van más allá de la subsistencia material. Ver CEPAL, *Panorama Social de América Latina 2002-2003*. Santiago de Chile, 2004.

¹³ Dulitzky, Ariel, “Pobreza y derechos humanos en el Sistema Interamericano. Algunas aproximaciones preliminares”, en: *Revista IIDH No. 48*. IIDH, San José de Costa Rica, 2008; Doz Costa, Fernanda, “Pobreza y derechos humanos: desde la retórica a las obligaciones legales. Una descripción crítica de los marcos conceptuales”, en: *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, No. 9, 2008.

agregó que “la distinción entre pobreza y extrema pobreza en el marco de la escasez de ingresos sería esencialmente una cuestión de grado o de amplitud del fenómeno. Dado que la pobreza se define en función del acceso a bienes y servicios y de su disponibilidad, la extrema pobreza significará que se dispone de un conjunto mucho más reducido de bienes y servicios y/o que la situación de pobreza ha existido durante un período más prolongado”¹⁴.

El uso de un concepto de “extrema pobreza” está asociado al objetivo de lograr un mayor consenso sobre una obligación, legalmente vinculante para los Estados, de erradicar inmediatamente esa situación extrema. Dado que se relacionaría con el grado de mayor afectación de muchos derechos básicos, el objetivo es que no pueda alegarse la falta de recursos o la progresividad de la obligación como excusa para no tomar medidas inmediatas para eliminarla.

Esta breve mirada a la sistematización del estado del arte sobre definiciones efectuada por Spicker, el contrapunteo entre paradigmas de “pobreza” y paradigmas de “exclusión social”, así como una introducción al debate sobre pobreza como violación de derechos, permite introducir un punto de partida relevante: más allá de una definición perfecta sobre el concepto de pobreza, conviene articular las diversas miradas sobre la misma para lograr una visión integral en la materia. En particular, se requiere una adecuada confluencia entre la perspectiva económica, ética y jurídica respecto de la pobreza. En los informes y casos que se analizan en los próximos segmentos es posible ver la proyección, con distintos énfasis, de algunas de las definiciones y enfoques sobre la pobreza analizados.

2. La pobreza en los informes temáticos y de país emitidos por la Comisión Interamericana

Los informes temáticos y de país que emite la CIDH son escenarios muy relevantes para plantear la pobreza desde una perspectiva estructural. En efecto, los casos contenciosos en el SIDH ofrecen la dificultad de que sólo pueden analizarse a partir de las circunstancias

¹⁴ Informe presentado por el Experto Independiente encargado de la cuestión de los derechos humanos y la extrema pobreza, Arjun Sengupta, E/CN.4/2005/49 de 11 de febrero de 2005.

específicas de las víctimas concretas. Es cierto que la valoración del contexto específico de un caso siempre será relevante. Sin embargo, teniendo en cuenta las limitaciones del sistema de peticiones individuales en el SIDH, a través de un sólo caso es difícil analizar los aspectos estructurales que explican o en los que se refleja la pobreza. Por el contrario, tal como se describe a continuación, en los informes es posible arribar a conclusiones más globales en un tema o en un país específico, y ello ha sido relevante para que en el Sistema Interamericano se visibilice la pobreza en su relación con la violación de derechos humanos.

2.1 Algunos informes temáticos

En septiembre de 2007 la CIDH adoptó su informe sobre el acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), desde la perspectiva de los estándares fijados por el SIDH¹⁵. Respecto a la relación entre derechos sociales y pobreza, la Comisión señaló que es común que “la desigual situación económica o social de los litigantes se reflej[e] en una desigual posibilidad de defensa en juicio”.

En este punto, aspectos tales como la disponibilidad de la defensa pública gratuita para las personas sin recursos y los costos del proceso, resultan de importante valor instrumental para la exigibilidad de los DESC. Por ello, retomando pronunciamientos tales como la opinión consultiva OC-11 de la Corte IDH sobre excepciones al agotamiento de recursos internos, la CIDH indicó que debería proceder asistencia legal gratuita teniendo en cuenta: a) la disponibilidad de recursos por parte de la persona afectada; b) la complejidad de las cuestiones involucradas en el caso y c) la importancia de los derechos afectados. Además, se indicó que ciertas acciones judiciales – como algunas acciones constitucionales – requieren necesariamente de asistencia jurídica gratuita para su interposición y seguimiento.

¹⁵ CIDH, “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”, OEA/Ser.L/V/II.129 Doc. 4 del 7 de septiembre de 2007.

De otra parte, se analizó la forma en que los costos del proceso – sea éste judicial o administrativo – y la localización de los tribunales, son factores que también pueden redundar en la imposibilidad de acceder a la justicia y en la consecuente violación del derecho a las garantías judiciales. Ello ocurrió en el Caso Cantos vs. Argentina, analizado por la Corte IDH, donde la tasa que se le cobraba a una persona para poder litigar era tan desproporcionada como para limitar excesivamente su acceso a la justicia¹⁶. Por otra parte, la CIDH ha señalado que el recurso judicial que se establezca para revisar el actuar de la administración, no sólo debe ser rápido y efectivo, sino también “económico” o asequible, en particular cuando quien intenta la revisión de su queja hace parte de un grupo en situación de vulnerabilidad.

En 2010, la CIDH adoptó su informe “Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos”. En él señaló, *inter alia*, que:

un número desproporcionadamente elevado de mujeres pobres, indígenas y/o afrodescendientes, que en su mayoría residen en zonas rurales, son quienes con mayor frecuencia no disfrutaban plenamente de sus derechos humanos respecto de la salud materna. La CIDH observa que las barreras que limitan a las mujeres el acceso a estos servicios están relacionadas con factores estructurales de los servicios de salud, con leyes y políticas que regulan estos servicios, así como con prácticas, actitudes y estereotipos, tanto al interior de la familia y la comunidad así como del personal que trabaja en los establecimientos de salud¹⁷.

Por otra parte, la CIDH indicó que “el 20% de la región más pobre concentra 50% de las muertes maternas, mientras que el 20% más rico sólo tienen el 5% de estas defunciones”¹⁸. Esto adquiere mucha relevancia si se tiene en cuenta que la Comisión destacó que

¹⁶ Corte IDH, *Caso Cantos vs. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 28 de noviembre de 2002, Serie C No. 97.

¹⁷ CIDH, “Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos”, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 69, 7 de junio de 2010.

¹⁸ La Comisión indicó que en Haití por ejemplo, mueren aproximadamente 670 mujeres por cada 100.000 nacimientos vivos, mientras que en Canadá mueren aproximadamente 7 mujeres por cada 100.000 nacimientos vivos. Igualmente, la OMS estimó que en el 2006 hubo 280.000 muertes perinatales con diferencias notables en la Región, siendo el riesgo de muerte perinatal en América Latina y el Caribe el triple al de Canadá y los Estados Unidos de América. *Ibidem*.

una de las barreras principales que las mujeres enfrentan en el acceso a servicios de salud materna son los gastos relacionados con la atención del servicio. El pago del servicio se convierte en un determinante para decidir si acudir o no a los servicios de salud frente a algún síntoma de riesgo durante el embarazo y/o parto, situación que afecta desproporcionadamente a las mujeres pobres reflejándose con ello la falta de apoyo estatal para las personas con escasos recursos. Así, la falta de priorización de recursos refleja la ausencia en muchos casos de perspectiva de género en las políticas públicas sobre el acceso a servicios de salud materna fundamentales¹⁹.

Además, la CIDH resaltó que “las mujeres pobres y en situación de exclusión, no acuden a los servicios de salud por falta de tiempo o por estar sobrecargadas de trabajo ya que las tareas del cuidado recaen exclusivamente en ellas”. En consecuencia, “las mujeres postergan el cuidado de salud y arriesgan con ello sus vidas”²⁰.

2.2 Algunos informes de país

En su Primer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en El Salvador, la CIDH 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 dispareja 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”²¹.

Un año después, en 1979, al presentar su Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Haití²², la Comisión analizó diversos temas sobre la situación de pobreza en dicho país en el marco de los derechos sociales consagrados en la Carta de la OEA, e indicó que, en esa época, el 76,7% de la población de Haití era analfabeta y que “el 96% de toda vivienda ocupada no tiene agua corriente, y menos del

19 *Ibidem.*

20 *Ibidem.*

21 CIDH, “Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en El Salvador 1978”, Capítulo XI, Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

22 CIDH, “Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Haití 1979”, Capítulo VIII, Derecho a la educación y derecho a la preservación de la salud y el bienestar. Disponible en: <<http://www.cidh.org/countryrep/Haiti79sp/cap.8.htm>>, a diciembre de 2012.

30% tienen acceso a la energía eléctrica”. Asimismo, señaló que “más del 75% de los niños menores de cinco años sufren de desnutrición” y que el “crecimiento inferior a la norma termina con grandes diferencias entre 1,5% de los niños urbanos criados en familias ricas y el niño rural promedio: al llegar a los diez años” de tal forma que existía “una diferencia de 50 libras en el peso y seis pulgadas en la estatura entre los niños de ambas clases”. La CIDH concluyó que “en cuanto a la eficacia de los derechos a la educación, preservación de la salud y el bienestar, así como el derecho al trabajo y a una justa remuneración, debe decirse que casi no existe, debido principalmente a las condiciones de extrema pobreza, analfabetismo, malas condiciones de higiene, un alto índice de natalidad y mortalidad infantil, desempleo, falta de instalaciones sanitarias, bajo ingreso per cápita, etc.”.

Años después, en su Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Ecuador, la CIDH señaló que “la pobreza inhibe la capacidad de las personas para gozar de sus derechos humanos” y resaltó que los Estados deben proteger “los derechos de los grupos vulnerables y marginados dentro de la sociedad, como aquéllos desventajados por los efectos de la pobreza”. Agregó que “los principios generales de no discriminación e igualdad” requieren la “adopción de medidas destinadas a superar las desigualdades en la distribución interna y las oportunidades”²³ y asegurar “que las políticas que adopte no representen una carga desproporcionada sobre los sectores marginados y más vulnerables de la sociedad, en particular aquéllos que se encuentran en situación más desventajosa debido a la pobreza”²⁴. Además, señaló que el 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 decisiones”²⁵.

En su Tercer Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Paraguay, la Comisión señaló que “la pobreza extrema constituye una

²³ CIDH, “Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador 1997”, Capítulo II.B.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*, Capítulo II, Recomendaciones.

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. [...] 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 humanos²⁶.

La Comisión recomendó a Paraguay algunas estrategias respecto a lucha contra la pobreza²⁷:

- Procurar el crecimiento económico con modalidades que beneficien a los más pobres.
- Reestructurar los presupuestos de tal forma que se establezcan prioridades hacia la prestación de servicios básicos y la eliminación de discriminaciones contra los más desfavorecidos.
- Garantizar la participación de los pobres y de las organizaciones que los defienden.
- Proteger los recursos ambientales y el capital social de las comunidades pobres.
- Eliminar la discriminación.

En su Quinto Informe sobre la situación de Derechos Humanos en Guatemala²⁸ (emitido en 2001), la Comisión resaltó que este país mostraba la segunda más desigual distribución del ingreso del hemisferio, en donde el 20% más rico de la población consumía el 63% de los ingresos totales, en cambio el 20% más pobre consumía solamente el 2,1 % de los ingresos totales. El 39,8% de la población ganaba menos

²⁶ CIDH, “Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay 2001”, Capítulo V, párr. 17.

²⁷ *Ibidem*, párr. 48.

²⁸ CIDH, “Quinto Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Guatemala”, OEA/Ser.L/V/II.111 Doc. 21 rev, 6 de abril de 2001.

de un dólar diario. Asimismo, la CIDH señaló que se estimaba que el 57% vivía bajo la línea de la pobreza. Teniendo en cuenta lo anterior, la CIDH recomendó que las acciones para elevar el desarrollo humano y la equidad social involucraran criterios para beneficiar a la comunidad en su conjunto y no sólo a las áreas de mayor desarrollo. Por otra parte, indicó que prácticamente la totalidad de la población indígena estaba debajo de la línea de pobreza con las implicancias respectivas en cuanto a su situación de servicios de educación, salud, analfabetismo, servicios sanitarios, empleo, situación de la mujer y de los niños y niñas. Al respecto, resaltó que la alimentación insuficiente, la extrema pobreza y la inexistencia de políticas de salud preventivas eran las causas de los problemas de salud de la población indígena en Guatemala.

En su Informe sobre Derechos Humanos y Democracia en Venezuela²⁹ (emitido en 2009), la CIDH se refirió a la reducción de la pobreza y a la erradicación de la pobreza extrema en Venezuela. Al respecto, resaltó que la Carta Democrática Interamericana señala que la democracia y el desarrollo económico y social son interdependientes y se refuerzan mutuamente, y además afirma la obligación de los Estados miembros de la OEA de adoptar y ejecutar todas las acciones necesarias para la creación de empleo productivo, la reducción de la pobreza y la erradicación de la pobreza extrema. La Comisión reseñó algunos logros del Estado venezolano en estos ámbitos, que le han permitido integrar tanto el grupo de países con desarrollo humano alto en 2009 como el grupo de los países que, según la CEPAL, presentan una importante reducción de la brecha entre los grupos extremos de la distribución, tanto por el aumento de la participación en los ingresos de los grupos más pobres como por la pérdida de participación de los hogares situados en la parte más alta de la escala de distribución.

A pesar de lo anterior, la CIDH tuvo en cuenta que el déficit habitacional de Venezuela alcanzaba casi 3 millones de viviendas, lo que implicaba que alrededor de 13 millones de venezolanos y venezolanas no estuvieran disfrutando de este derecho. Asimismo, manifestó algunas observaciones respecto a medidas en el sector vivienda que,

²⁹ CIDH, “Democracia y derechos humanos en Venezuela”, OEA/Ser.L/V/II Doc. 54, 30 de diciembre de 2009.

al estar redactadas de forma demasiado amplia y genérica, podrían llegar a vulnerar el derecho a la propiedad privada. Al respecto, la Comisión recordó al Estado que los derechos son interdependientes y que no puede sacrificarse un derecho para garantizar otro. En suma, valoró positivamente la información recibida del Estado referente a los programas sociales dirigidos a erradicar los problemas estructurales de inequidad y discriminación existentes en Venezuela y notó que el Estado ha desplegado grandes esfuerzos por combatir las desigualdades estructurales que afectaban a la población venezolana, obteniendo logros importantes con respecto de los indicadores de progreso relacionados con la erradicación de la pobreza. Por ello, instó al Estado a adoptar políticas que permitan la continuidad de estos esfuerzos a largo plazo, así como también a eliminar los obstáculos que estarían impidiendo que la población pueda disfrutar de una mejor calidad de vida en Venezuela.

Como se observa, los informes temáticos y de país permiten una visión estructural de la pobreza y su relación con los derechos humanos. A continuación se complementa esta visión con la que resulta a partir del análisis de casos concretos. Ello permitirá introducir la noción de responsabilidad internacional con relación a situaciones de pobreza o causada por dichas situaciones.

3. La responsabilidad internacional por la extrema pobreza. Exploración a partir de algunas formas de atribución de responsabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana

En la primera parte de este texto se indicó que existe un debate entre quienes consideran que la pobreza es una violación de derechos humanos en sí misma, causa o consecuencia de violaciones a los derechos humanos o violación de algunos derechos específicos. El presente texto no busca ofrecer una respuesta única o correcta ante dicho debate. El modesto aporte de este texto se concentra en sistematizar ciertos tipos de atribución de responsabilidad estatal existentes en la jurisprudencia de la Corte IDH, a través de los cuales puede ser posible lograr una mayor rendición de cuentas del Estado respecto a situaciones de pobreza.

3.1 Responsabilidad por la omisión de garantizar una vida digna a pesar de una situación de privación extrema

Un estándar de responsabilidad internacional muy relevante con relación a situaciones de extrema pobreza, es aquel en el que se entiende la violación del derecho a la vida por la no adopción de medidas positivas que le permitan a grupos en situación de vulnerabilidad la posibilidad de llevar una vida digna. Si bien es cierto que este estándar surge en el marco de la atribución de responsabilidad por la muerte de personas que, incluso, habían sido ejecutadas por agentes estatales, lo cierto es que es un estándar autónomo respecto al entendimiento amplio del derecho a la vida.

Sin embargo, no necesariamente en todo caso que se alegue la falta de “vida digna” podrá surgir responsabilidad internacional del Estado. En efecto, debe existir suficientes evidencias de la forma cómo puede atribuirse al Estado dicha situación, tal como se analiza en algunos de los siguientes casos de la Corte IDH.

Un punto de partida en esta materia se encuentra en el Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala, referido a la ejecución extrajudicial de “niños de la calle” que vivían en una situación de pobreza privados de mínimas condiciones de una vida digna. La Corte IDH desarrolló una interpretación amplia del derecho a la vida para incluir en él las condiciones dignas de existencia: “[e]n esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieren para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él”³⁰. Años después, la Corte IDH conoció de otro terrible caso sobre ejecuciones de niños pobres en situación de marginalidad. En el Caso Servellón García y otros vs. Honduras, el Tribunal indicó que los hechos “ocurrieron en razón de la condición de personas en situación

³⁰ Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, fondo, sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63, párr. 144.

de riesgo social que tenían las víctimas, lo 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 futuro³¹. Resaltó entonces la obligación estatal 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”³².

De otra parte, en el Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay, la Corte IDH analizó la situación de niños privados de su libertad. Algunos de ellos habían fallecido en diversas circunstancias ocurridas en el centro de reclusión. La Corte IDH consideró que “la protección de la vida del niño requiere que el Estado se preocupe particularmente de las circunstancias de la vida que llevará mientras se mantenga privado de libertad”³³ y, en consecuencia, “un Estado tiene, respecto de niños privados de libertad y, por lo tanto, bajo su custodia, la obligación de, *inter alia*, proveerlos de asistencia de salud y educación”³⁴.

Otros casos se relacionan con violaciones de derechos a comunidades indígenas. Para el tema de responsabilidad por omisión, basta señalar un caso relacionado con comunidades indígenas que reclamaban al Estado de Paraguay la devolución de sus tierras ancestrales, indicando que se encontraban viviendo fuera de ellas, en condiciones de extrema pobreza. Entre estas condiciones se encontraban factores tales como el desempleo, la desnutrición, deficientes condiciones de vivienda y dificultades en el acceso a servicios de agua potable o a servicios de salud.

Se trata del Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, donde la Corte IDH consideró que el derecho a la vida implicaba el acceso a condiciones

³¹ Corte IDH, Caso Servellón García y otros vs. Honduras, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 21 de septiembre de 2006, Serie C No. 152, párr. 117.

³² *Ibidem*, párr. 116.

³³ Corte IDH, Caso “*Instituto de Reeducción del Menor*” vs. Paraguay, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C No. 112, párr. 160.

³⁴ *Ibidem*, párr. 161.

que posibiliten una existencia digna. Con base en esta consideración, entendió procedente evaluar si el Estado había cumplido o no sus obligaciones positivas con relación al derecho a la vida “a la luz de lo expuesto en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma, y de los artículos 10 (Derecho a la Salud), 11 (Derecho a un Medio Ambiente Sano), 12 (Derecho a la Alimentación), 13 (Derecho a la Educación) y 14 (Derecho a los Beneficios de la Cultura) del Protocolo de San Salvador y las disposiciones pertinentes del Convenio No. 169 de la OIT”³⁵. Analizando los hechos del caso, el Tribunal entendió que las condiciones de miseria en que se encontraba la comunidad y la afectación que ello tenía en la salud y alimentación de sus miembros, afectaba la existencia digna de los mismos. Consideró que ello, en las circunstancias del caso, era atribuible al Estado. Lo anterior, entre otros motivos, por no haber adoptado las medidas positivas necesarias para asegurar a estas personas condiciones de vida compatibles con su dignidad, pese a tener conocimiento de la situación en que se encontraban³⁶.

En esta lógica de interdependencia, la Corte IDH ha establecido que el derecho a la salud (“el cuidado de la salud”), junto con el derecho a la educación, es un pilar “fundamental [...] para garantizar el disfrute de una vida digna”³⁷.

Con todo, debe señalarse que esta opción donde se adelanta protección judicial de los derechos sociales a través de los derechos civiles y políticos por medio del principio de interdependencia, ha sido criticada por autores que consideran que puede constituir una disminución del ámbito de protección de cada derecho social en

³⁵ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, fondo reparaciones y costas, sentencia 17 de junio de 2005, Serie C No. 125, párr. 163.

³⁶ *Ibidem*, párrs. 162 a 171 y 176.

³⁷ En este caso hizo el análisis con respecto a la vida digna de los niños, como grupo vulnerable que no siempre tiene al alcance los medios necesarios para la defensa eficaz de sus derechos. Ver Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, opinión consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, Serie A No. 17, párr. 86.

particular, dado que existen algunos componentes de los derechos sociales que no pueden ser reconducidos a estándares de derechos civiles y políticos³⁸. En este sentido, podría perderse la especificidad tanto de derechos civiles y políticos (que empiezan a abarcarlo todo) como de derechos sociales (que no logran proyectar sus especificidades). Sin embargo, de cara a la lucha contra la pobreza, esta armonización entre derechos permite visibilizar las múltiples dimensiones de la extrema pobreza.

En suma, respecto a la pobreza, los Estados tienen las obligaciones positivas de crear las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones del derecho a la vida digna.

3.2 Responsabilidad por la discriminación *de facto* / discriminación indirecta / discriminación estructural / y/o situaciones de vulnerabilidad asociadas a la pobreza

El paradigma de la pobreza incorpora el enfoque de las desigualdades y de la exclusión para dar cuenta de las relaciones de opresión y dominación que han existido en perjuicio de los grupos en mayor vulnerabilidad³⁹. Ello explica muchas situaciones de pobreza como un reflejo más de escenarios de discriminación y exclusión. Asimismo, este enfoque encuentra en la igualdad de oportunidades y la superación de jerarquías un eje central para el nuevo empoderamiento de los no incluidos. Un ejemplo concreto de ello puede verse en la misma jurisprudencia de la Corte IDH, cuando se señala que:

³⁸ Sobre este punto, ver Melish, Tara, “El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: avances y retrocesos en el Sistema Interamericano”, en: AA.VV., *Derechos económicos, sociales y culturales*. Programa de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores, México, 2005, págs. 215 a 217; Melish, Tara, “The Inter-American Court of Human Rights: Beyond Progressivity”, en: Langford, Malcolm (ed.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in Comparative and International Law*. Cambridge University Press, 2008.

³⁹ En algunos de los siguientes párrafos sobre el tema de igualdad retomo lo trabajado en González Le Saux, Marianne, y Óscar Parra Vera, “Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz”, en: *Revista IIDH* No. 47. IIDH, San José de Costa Rica, 2008.

104. [...] 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, como era el caso del señor Damião Ximenes Lopes. Es directo y significativo el vínculo existente entre la discapacidad, por un lado, y la pobreza y la exclusión social, por otro. En razón de lo anterior, entre las medidas positivas a cargo de los Estados se encuentran aquellas necesarias para prevenir todas las formas de discapacidad prevenibles, y dar a las personas que padecen de discapacidades mentales el tratamiento preferencial apropiado a su condición⁴⁰.

En este punto es importante resaltar una noción diferente a la del trato desigual arbitrario – igualdad formal –, una noción que reúne aproximaciones a la noción de igualdad material. Esta noción tiene su origen en la constatación de que en la sociedad existen ciertos grupos que han sido sistemáticamente excluidos del goce y ejercicio de sus derechos, y que es deber del Estado evitar que esta situación se siga profundizando, así como revertir los efectos de esta marginación histórica. Estos grupos se caracterizan además por “encontrarse en una situación de subordinación prolongada” y porque su “poder político [...] se encuentra severamente limitado”⁴¹. Los grupos sociales se distinguen de las llamadas “clases artificiales” o meras “clasificaciones”. Estas últimas son “clases de personas agrupadas a partir de una clasificación realizada por una ley o cierta práctica estatal”⁴², pero que no comparten

40 Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C No. 149. La Corte cita en este punto a la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, aprobada en Ciudad de Guatemala, Guatemala, el 7 de junio de 1999, artículo III.2 y al Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General No. 5, “Personas con Discapacidad”, Naciones Unidas, Documento E/1995/22 (1994), párr. 9.

41 Fiss, Owen, “Grupos y la cláusula de igual protección”, en: Gargarella, Roberto, *Derecho y grupos desaventajados*. Gedisa Editorial, Barcelona, 1999, pág.144.

42 *Ibidem*, pág. 145. Saba distingue entre una versión “individualista” y otra “estructural” con relación a la igualdad, proponiendo interpretaciones que armonizan estas versiones con los principios de no discriminación, de no-sometimiento (o de no-exclusión). Al respecto, indica que el principio de no-discriminación, sostenido por una visión individualista del principio de igualdad ante la ley, no provee de suficientes herramientas para decidir en una

una identidad, ni se encuentran en situación de interdependencia, por lo que no se pueden hacer afirmaciones generales sobre su situación socioeconómica o su poder político. En este sentido, los miembros de los grupos en situación de subordinación no son sometidos a meros tratos “arbitrarios”: no se trata de un caso concreto en que un funcionario cometió un error o se extralimitó en sus funciones, no estamos hablando de una mera falta de “razonabilidad” en la formulación o la aplicación de las leyes, sino que se trata de un diseño del sistema social que coloca a estos grupos en una condición desventajosa.

La necesidad de que los Estados adopten medidas en pos de mejorar la condición de estos grupos se fundamenta en una noción de igualdad material en contraposición a la igualdad formal. En efecto, en la sociedad no todos los individuos se encuentran en una misma posición, y el otorgar un mismo trato a personas que se encuentran en posiciones desiguales solamente incrementará las desigualdades existentes. Más aún, esta concepción de igualdad tiene como fin mejorar la posición de estos grupos sistemáticamente situados en desventaja: con el objeto de permitir que éstos salgan de su situación de marginación, puede ser necesario sacrificar o realizar en menor medida otros fines. En este sentido, esta concepción de la igualdad demanda del Estado no solamente el abstenerse de realizar acciones que profundicen la marginación de estos grupos, sino revisar normas que son en apariencia neutrales pero que tienen un impacto discriminatorio sobre los grupos en situación de exclusión⁴³, y además adoptar medidas positivas para favorecer su integración a la sociedad y su acceso a bienes sociales. Por

gran cantidad de casos en los que las diferencias de hecho entre las personas, y en particular las diferencias que surgen a partir de un trato sistemáticamente excluyente o de sometimiento, son relevantes para realizar tratos diferentes que no serían tolerados por esa visión individualista de la igualdad. Ver, Saba, Roberto, “(Des)igualdad estructural”, en: Alegre, Marcelo y Roberto Gargarella (coords.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. Lexis Nexos, Buenos Aires, Argentina, 2007. Ver asimismo, Grosman, Lucas S., “La igualdad estructural de oportunidades”, en: Grosman, Lucas S., *Escasez e igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*. Librería, Buenos Aires, Argentina, 2008, págs. 65 a 94. Ver también Courtis, Christian, “Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación”, *Revista IIDH* No. 48. IIDH, San José de Costa Rica, 2008.

⁴³ CIDH, “Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 68, 20 de enero de 2007, párrs. 89 y ss.

ello, se relaciona estrechamente con las llamadas “acciones afirmativas” o “medidas especiales”. Este tipo de medidas que implican la adopción de medidas “preferenciales” a favor de estos grupos, se orientan a lograr a largo plazo la integración o reconocimiento de los grupos más vulnerables o la superación de situaciones de discriminación estructural.

Con relación a este tema, la jurisprudencia de la Corte IDH se ha referido en distintos momentos a nociones de discriminación estructural, discriminación *de facto*, discriminación indirecta y situaciones de vulnerabilidad. A continuación me referiré brevemente a algunos de estos conceptos.

Un importante desarrollo jurisprudencial sobre la noción de discriminación estructural puede encontrarse en el Caso “Campo Algodonero”, emitido por la Corte IDH en noviembre de 2009⁴⁴.

Las tres víctimas en el caso eran dos niñas y una mujer joven de 20, 17 y 15 años respectivamente, una estudiante, las otras dos trabajadoras. Salieron de su casa en momentos diferentes entre octubre y noviembre de 2001. Sus cuerpos fueron encontrados días o semanas más tarde en un campo algodonero con signos de violencia sexual y maltratos. La Corte IDH constató que en los días entre sus desapariciones y el hallazgo de sus cuerpos, sus madres y familiares acudieron a las autoridades en busca de respuestas, pero se encontraron con juicios de valor respecto al comportamiento de las víctimas y con ninguna acción concreta destinada a encontrarlas con vida, aparte de la recepción de declaraciones.

El Tribunal se refirió a la “violencia contra la mujer como forma de discriminación”⁴⁵. Constató que, al momento de investigar lo ocurrido con las víctimas, algunas autoridades mencionaron que éstas eran “voladas” o que “se fueron con el novio”, lo cual, sumado a la inacción

⁴⁴ Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C No. 205.

⁴⁵ La Corte resaltó que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró en el Caso *Opuz vs. Turquía* 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”. Cfr. ECHR, *Case of Opuz v. Turkey*, sentencia de 9 de junio de 2009, párrs. 180, 191 y 200.

estatal en el comienzo de la investigación, permitía concluir que esta indiferencia, por sus consecuencias respecto a la impunidad del caso, reproducía la violencia que se pretendía atacar, sin perjuicio de que constituye en sí misma una discriminación en el acceso a la justicia. Además, la Corte IDH señaló que la impunidad de los delitos cometidos enviaba 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 éstas en el sistema de administración de justicia.

En similar forma, se señaló que el estereotipo de género se refiere a una preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta que se había acreditado la cultura de discriminación que subyacía a la violencia ejercida, el Tribunal señaló que era posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como había ocurrido en dicho caso. Concluyó la Corte que 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.

Ahora bien, a partir de lo anterior, y en el acápite relacionado con reparaciones, la Corte IDH derivó uno de los estándares más importantes en su jurisprudencia reciente: el concepto de reparación transformadora. El Tribunal interamericano recordó que el concepto de “reparación integral” (*restitutio in integrum*) implica el reestablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados. Sin embargo, señaló que, teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural en la que se enmarcaban los hechos ocurridos, las reparaciones debían tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no sólo restitutivo sino también correctivo⁴⁶.

⁴⁶ En este sentido, la Corte señaló que no era admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación. Por ello, entre las medidas

En otro caso posterior, la Corte IDH retomó el principio de no discriminación y su relación con las violaciones a derechos humanos que había sufrido una comunidad que se encontraba en situación de extrema pobreza. El 24 de agosto de 2010 el Tribunal declaró responsable internacionalmente al Estado del Paraguay por la falta de garantía del derecho de propiedad comunitaria, las garantías judiciales, la protección judicial, así como por la violación a los derechos a la vida, integridad personal, reconocimiento de la personalidad jurídica, los derechos del niño y por el incumplimiento del deber de no discriminar. Todo ello en perjuicio de los miembros de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek⁴⁷. Dichas víctimas habían sido privadas de sus tierras ancestrales y, debido a ello y a otros factores, sus miembros se encontraban en situación de extrema pobreza. La Corte precisó que:

En el presente caso está establecido que la situación de extrema y especial vulnerabilidad de los miembros de la Comunidad se debe, *inter alia*, a la falta de recursos adecuados y efectivos que en los hechos proteja los derechos de los indígenas y **no sólo de manera formal**; la débil presencia de instituciones estatales obligadas a prestar servicios

de reparación se incluyeron algunas orientadas específicamente dirigidas a identificar y eliminar los factores causales de discriminación. Además, el Tribunal resaltó que las reparaciones debían tener una perspectiva de género, tomando en cuenta los impactos diferenciados que la violencia causa en hombres y en mujeres. Como un ejemplo en el que se aplicaron dichos criterios, la Corte, si bien valoró positivamente diversas actividades de formación a funcionarios públicos impulsadas por el Estado, señaló que una capacitación con perspectiva de género implica no sólo un aprendizaje de las normas, sino el desarrollo de capacidades para reconocer la discriminación que sufren las mujeres en su vida cotidiana. Consideró que, en particular, las capacitaciones deben generar que todos los funcionarios reconozcan las afectaciones que generan en las mujeres las ideas y valoraciones estereotipadas en lo que respecta al alcance y contenido de los derechos humanos. Por esta razón las capacitaciones tenían que involucrar formación respecto a la superación de estereotipos sobre el rol social de las mujeres y debían tomar en cuenta cómo ciertas normas o prácticas en el derecho interno, sea intencionalmente o por sus resultados, tienen efectos discriminatorios en la vida cotidiana de las mujeres. Otra proyección de las reparaciones transformadoras para enfrentar la discriminación estructural se refleja en la orden de realizar un programa de educación destinado a la población en general del estado de Chihuahua (donde se encuentra Ciudad Juárez), con el fin de superar dicha situación de discriminación. Cabe observar que, por regla general, la Corte IDH ordena cursos de capacitación a funcionarios públicos, pero nunca se había pronunciado sobre actividades de formación para un grupo poblacional general.

⁴⁷ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214.

y bienes a los miembros de la Comunidad, en especial, alimentación, agua, salud y educación; y a la prevalencia de una visión de la propiedad que otorga mayor protección a los propietarios privados por sobre los reclamos territoriales indígenas, desconociéndose, con ello, su identidad cultural y amenazando su subsistencia física. Asimismo, quedó demostrado el hecho de que la declaratoria de reserva natural privada sobre parte del territorio reclamado por la Comunidad no tomó en cuenta su reclamo territorial ni tampoco fue consultada sobre dicha declaratoria.

Todo lo anterior evidencia una **discriminación de facto** en contra de los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek, marginalizados en el goce de los derechos que el Tribunal declara violados en esta Sentencia. Asimismo, se evidencia que el Estado no ha adoptado las medidas positivas necesarias para revertir tal exclusión. (Énfasis agregado por el autor).

Con relación a una víctima que específicamente había fallecido por causas propias de la mortalidad materna, la Corte resaltó la relación entre la mortalidad materna, los derechos humanos, la discriminación y la pobreza:

Respecto a la muerte de Remigia Ruiz, quien falleció en 2005 a los 38 años de edad, y quien se encontraba embarazada y no recibió atención médica, muestra varias de las características propias de casos de mortalidad materna, a saber: muerte durante el parto sin adecuada atención médica, situación de exclusión o pobreza extrema, falta de acceso a servicios de salud adecuados, falta de documentación sobre la causa de la muerte, entre otros. Al respecto, la Corte resalta que la extrema pobreza y la falta de adecuada atención médica a mujeres en estado de embarazo o post-embarazo son causas de alta mortalidad y morbilidad materna⁴⁸. Por ello, los Estados deben brindar políticas de salud adecuadas que permitan ofrecer asistencia con personal entrenado adecuadamente para la atención de los nacimientos, políticas de prevención de la mortalidad materna a través de controles prenatales y post-parto adecuados, e instrumentos legales y administrativos en

⁴⁸ La Corte citó en este punto el informe específico del Relator de Naciones Unidas sobre el derecho a la salud, con relación a la mortalidad maternal. Cfr. Hunt, Paul, Report of the Special Rapporteur on the Right of Everyone to the Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Health, A/HRC/14/20/Add.2, 15 de abril de 2010. Se precisó entonces que “se considera mortalidad materna la muerte de la mujer a causa de su embarazo o dentro de los 42 días siguientes a la terminación del mismo independientemente de la duración y el sitio del embarazo, debido a cualquier causa relacionada con o agravada por el embarazo mismo o su atención, pero no por causas accidentales o incidentales”.

políticas de salud que permitan documentar adecuadamente los casos de mortalidad materna. Lo anterior, en razón a que las mujeres en estado de embarazo requieren medidas de especial protección⁴⁹.

Posteriormente, la Corte fue complementando su jurisprudencia sobre discriminación al aludir expresamente al concepto de discriminación indirecta, es decir, la relacionada con el impacto desproporcionado de normas, acciones, políticas u otras medidas que, aún cuando sean o parezcan ser neutrales en su formulación, o tengan un alcance general y no diferenciado, produzcan efectos negativos para ciertos grupos vulnerables. Ello fue desarrollado en el Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, relacionado con el uso excesivo de la fuerza por agentes militares dominicanos en contra de un grupo de haitianos – en el cual perdieron la vida siete personas y otras resultaron heridas. Adicionalmente, algunos migrantes haitianos involucrados en los hechos fueron luego expulsados de República Dominicana sin las garantías debidas.

La Corte concluyó que la situación de especial vulnerabilidad de los migrantes haitianos se debió, *inter alia*, a: i) la falta de medidas preventivas para enfrentar de manera adecuada situaciones relacionadas con el control migratorio en la frontera terrestre con Haití y en consideración de su situación de vulnerabilidad; ii) la violencia desplegada a través del uso ilegítimo y desproporcionado de la fuerza en contra de personas migrantes desarmadas; iii) la falta de investigación con motivo de dicha violencia, la falta de declaraciones y participación de las víctimas en el proceso penal y la impunidad de los hechos; iv) las detenciones y expulsión colectiva sin las debidas garantías; v) la falta de una atención y tratamiento médico adecuado a las víctimas heridas, y vi) el tratamiento denigrante a los cadáveres y la falta de su entrega a los familiares. Para la Corte, lo anterior evidenció que en el caso concreto existió una discriminación *de facto* en perjuicio de las víctimas del caso por su condición de migrantes, lo cual derivó en una marginalización en el goce de los derechos que la Corte declaró violados⁵⁰.

⁴⁹ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay...*

⁵⁰ Corte IDH, *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de octubre de 2012, Serie C No. 251, párrs. 236 y 237.

Finalmente, en otros casos, la situación de vulnerabilidad ha justificado un análisis de la presunta violación y la condición de pobreza de las presuntas víctimas. En el Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela, relacionado con una ejecución extrajudicial de una persona pobre, la Corte determinó que los policías que ingresaron a la vivienda de la familia Uzcátegui dañaron el techo de la residencia, rompieron las cerraduras de las puertas de la casa, reventaron una puerta y partieron los vidrios y que, además de esos daños a la estructura de la vivienda, se ocasionaron daños a objetos que se encontraban en ella. La Corte consideró que por las circunstancias en que tuvieron lugar y, muy especialmente, por la condición socioeconómica y de vulnerabilidad de la familia Uzcátegui, los daños ocasionados a su propiedad con motivo de su allanamiento, tuvieron para aquélla un efecto y magnitud mayores que los que hubiesen tenido para grupos familiares de otras condiciones. La Corte estimó 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 pobreza, enfrentan un incremento en el grado de afectación a sus derechos precisamente por su situación de mayor vulnerabilidad. Por ende, consideró que en el caso concreto los daños ocasionados a las partes estructurales y mobiliario de la vivienda de la familia Uzcátegui tuvieron un impacto significativo en la propiedad de sus miembros y concluyó, en consecuencia, que el Estado violó el derecho a la propiedad privada en perjuicio de las personas que residían en la vivienda⁵¹.

Como se observa, la Corte IDH ha enmarcado algunas violaciones a los instrumentos interamericanos en el marco de un análisis de discriminación estructural, discriminación *de facto*, discriminación indirecta y/o situaciones de vulnerabilidad. Estas herramientas permiten visibilizar el componente discriminatorio de la pobreza. En efecto, al igual que la violencia contra la mujer u otros grupos, donde se reflejan formas de discriminación estructural de base cultural, es posible explicar muchas

⁵¹ Corte IDH, *Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 3 de septiembre de 2012, Serie C No. 249. El Tribunal tuvo en cuenta informes de la Defensoría del Pueblo de Venezuela en los que señalaba que en este tipo de casos era frecuente que las personas fueran sometidas a acciones de amedrentamiento mediante la destrucción de sus bienes, viviendas u objetos de su pertenencia.

situaciones de pobreza como proyecciones de discriminación basadas en género, clase, raza, discapacidad u otros criterios. Asimismo, los casos mencionados son buenos ejemplos de la necesidad de enmarcar las situaciones de pobreza en un contexto específico, que permite atribuir responsabilidades en diversos frentes y que, por lo mismo, exige una respuesta reparatoria que va mucho más allá de transformaciones solamente dentro del Estado.

3.3 Responsabilidad por la falta de avance progresivo o por la regresividad en la lucha contra la pobreza

Otro escenario estratégico de utilización del SIDH con relación a la pobreza lo constituye la invocación del derecho a un desarrollo progresivo de los derechos sociales según lo dispuesto en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En efecto, es necesario exigir avances reales en las políticas dirigidas a la superación de la pobreza. Asimismo, es pertinente denunciar los retrocesos injustificados en la materia. Para tal efecto, a continuación se analiza el incipiente desarrollo en esta materia en la jurisprudencia de la Corte IDH, particularmente lo desarrollado en el Caso Acevedo Buendía vs. Perú⁵².

En dicho caso, la Corte IDH precisó que el artículo 26 consagra DESC exigibles a los cuales son aplicables las obligaciones de respeto y garantía (prevención, protección y cumplimiento). Respecto a las obligaciones de progresividad y no regresividad, se refirió a la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. Si bien la prohibición de regresividad como estándar de protección judicial ha sido objeto de innumerables discusiones⁵³, la Corte precisó que la obligación de adoptar medidas para impulsar la progresividad puede ser objeto de rendición de cuentas y aludió a los siguientes estándares:

⁵² Corte IDH, *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y jubilados de la Contraloría") vs. Perú*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1 de julio de 2009, Serie C No. 198.

⁵³ Análisis doctrinal exhaustivo con relación a esta figura puede verse en Courtis, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Del Puerto/CELS/CEDAL, Buenos Aires, 2006.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha señalado que “[c]uando estudie una comunicación en que se afirme que un Estado Parte no ha adoptado medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga, [...] examinará las medidas, legislativas o de otra índole, que el Estado Parte haya adoptado efectivamente. Para determinar si esas medidas son ‘adecuadas’ o ‘razonables’, el Comité podrá tener en cuenta, entre otras, las consideraciones siguientes: a) [h]asta qué punto las medidas adoptadas fueron deliberadas, concretas y orientadas al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales; b) [s]i el Estado Parte ejerció sus facultades discrecionales de manera no discriminatoria y no arbitraria; c) [s]i la decisión del Estado Parte de no asignar recursos disponibles se ajustó a las normas internacionales de derechos humanos; d) [e]n caso de que existan varias opciones en materia de normas, si el Estado Parte se inclinó por la opción que menos limitaba los derechos reconocidos en el Pacto; e) [e]l marco cronológico en que se adoptaron las medidas [, y] f) [s]i las medidas se adoptaron teniendo en cuenta la precaria situación de las personas y los grupos desfavorecidos y marginados, si las medidas fueron no discriminatorias y si se dio prioridad a las situaciones graves o de riesgo”. Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Declaración sobre la “Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el ‘máximo de los recursos de que disponga’ de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto”, E/C.12/2007/1, 38º Período de Sesiones, 21 de septiembre de 2007, párr. 8.

Como correlato de lo anterior, la Corte precisó criterios para analizar las medidas regresivas, atendiendo a la doctrina del mencionado Comité. Se señaló que “las medidas de carácter deliberadamente re[gresivo] en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos” sociales “en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos disponibles”. Se indicó además que:

“[e]n caso de que un Estado Parte aduzca ‘limitaciones de recursos’ para explicar cualquier medida regresiva que haya adoptado, [...] examinará esa información en función de las circunstancias concretas del país de que se trate y con arreglo a los siguientes criterios objetivos: a) [e]l nivel de desarrollo del país; b) [l]a gravedad de la presunta infracción, teniendo particularmente en cuenta si la situación afecta al disfrute de los derechos básicos enunciados en el Pacto; c) [l]a situación económica del país en ese momento, teniendo particularmente en cuenta si el

país atraviesa un período de recesión económica; d) [l]a existencia de otras necesidades importantes que el Estado Parte deba satisfacer con los recursos limitados de que dispone; por ejemplo, debido a un reciente desastre natural o a un reciente conflicto armado interno o internacional; e) [s]i el Estado Parte trató de encontrar opciones de bajo costo[,] y f) [s]i el Estado Parte recabó cooperación y asistencia de la comunidad internacional o rechazó sin motivos suficientes los recursos ofrecidos por la comunidad internacional para la aplicación de lo dispuesto en el Pacto”. Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Declaración sobre la “Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el ‘máximo de los recursos de que disponga’ de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto”, E/C.12/2007/1, 38º Período de Sesiones, 21 de septiembre de 2007, párr. 10.

La Corte IDH reconoció asimismo que, también en 2009, la CIDH consideró que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana se deberá “determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso”. Este trascendental pronunciamiento de la CIDH, en el Caso de la Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú (Informe No. 38/09)⁵⁴ analizó el cambio, a través de una reforma constitucional y legal, en la manera como las presuntas víctimas venían ejerciendo su derecho a la pensión de jubilación. Si bien no se declaró violación de ningún derecho humano, si se estableció una metodología para el análisis de estos casos.

La CIDH analizó bajo el artículo 21 la incorporación de los efectos patrimoniales de un régimen de seguridad social en la propiedad (las pensiones y su nivelación entraron en su patrimonio). Y analizó a la luz del artículo 26 las obligaciones de progresividad de las normas económicas y sociales de la Carta de la OEA. Respecto a la restricción del derecho a la propiedad, la CIDH señaló que se cumplió con estos requisitos:

⁵⁴ Informe de Admisibilidad y Fondo No. 38/09, Caso 12.670, Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y Otras vs. Perú, emitido por la CIDH el 27 de marzo de 2009, párrs. 140 a 147.

- a. legalidad de la restricción,
- b. finalidad legítima de la restricción (alcanzar estabilidad financiera y eliminar inequidades) y
- c. proporcionalidad: la medida es razonable para alcanzar los objetivos sin afectar excesivamente los derechos en conflicto, dado que:
 - se puede generar ahorro,
 - no hubo prueba sobre los porcentajes de reducción,
 - no se afecta la esencia del derecho – se continúa percibiendo pensión y no hubo expropiación – y
 - no se había hecho contribución especial para obtener los beneficios de nivelación.

Respecto a la prohibición de regresividad, se analizó la afectación individual de un derecho con relación a las implicaciones colectivas de la medida, teniendo en cuenta razones de suficiente peso. Esto significa asumir que la prohibición de regresividad es un principio (es decir, un mandato de optimización que se puede ponderar con otros principios) y no una regla (es decir, una norma que se aplica bajo las reglas todo/nada, es decir, que no toda regresión es prohibida)⁵⁵. La Comisión concluyó que no existía regresividad porque la medida restrictiva:

- tenía una finalidad compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos: se buscaba garantizar la viabilidad de un sistema pensionario a futuro y eliminar sus inequidades. En este punto, resaltó que la pensión más alta era 26 veces mayor a la pensión más baja mientras que con la reforma se podría reducir esta diferencia a siete. Asimismo, se consideró que establecer topes máximos a pensiones no resulta regresivo en sí mismo mientras que la medida no sea incompatible con el contenido esencial del derecho,
- afectó un número reducido de pensionistas con la finalidad de mejorar el ejercicio del derecho a la pensión de los demás beneficiarios,

⁵⁵ Para un mayor desarrollo sobre el rol de la distinción entre reglas y principios para una mejor aplicación judicial de la prohibición de regresividad, ver Uprimny, Rodrigo, y Diana Guarnizo, “¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana”, en: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Arturo Zaldívar (coords.), *Homenaje a Héctor Fix Zamudio*. UNAM, México, 2008.

- no se probó que una medida de reajuste de pensión no fuera idónea para mantener el valor adquisitivo de la misma y
- el tribunal constitucional interno determinó que revisaría si un criterio de sostenibilidad financiera para efectuar reajustes de pensiones de adultos mayores podía llegar a impedir que dicho reajuste se realice, lo cual fue tomado en cuenta por la Comisión en consideración del principio de subsidiariedad que gobierna la actuación de los órganos del SIDH.

Es cierto que estos casos constituyen precedentes en los que no se declaró una violación específica por la regresividad de una política específica. Sin perjuicio de ello, la decisión en el Caso Acevedo Buendía establece la metodología pertinente para la exigibilidad del avance progresivo y la rendición de cuentas con relación a la regresividad. Ello es de particular importancia en los esfuerzos que procederá dirigir hacia “regresiones equitativas” con el objeto de remover políticas públicas inequitativas que generan mayor pobreza. Nuestros Estados han construido toda clase de privilegios tributarios o de seguridad social a favor de los grupos más solventes, lo cual debe modificarse como estrategia para redistribuir en mejor forma los recursos de cada país.

3.4 Responsabilidad por la falta de fiscalización frente a actores privados que generan la pobreza

Durante las últimas décadas, las empresas transnacionales y otros actores no estatales han logrado tener un poder enorme y privado, superior al de muchos Estados y, por lo mismo, logran evadir sus controles. Su desmedido poder de acción genera pobreza en muchos países de la Región.

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos existe un fuerte debate sobre la necesidad de regular la responsabilidad de las empresas por actos violatorios de derechos humanos y establecer pautas de gobernanza o de responsabilidad social corporativa. Sin embargo, la mayoría de estas pautas son catalogadas como “derecho blando” dado su carácter voluntario, ya que no se trata de normas internacionales de carácter vinculante, como ocurre con los tratados. En efecto, estas

normas prescriben parámetros para evaluar los daños causados por las empresas y las medidas para reparar esos daños, pero su efectividad depende exclusivamente del grado de vinculación que las empresas quieran asumir.

Un ejemplo a resaltar son las Normas de Responsabilidad de Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales con respecto a los Derechos Humanos (2003)⁵⁶. Este documento de la Subcomisión para la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas establece que las empresas transnacionales tienen la obligación de respetar principios y normas generalmente reconocidos en los principales tratados de derechos humanos. Señala además, que los Estados tienen la responsabilidad principal de respetar, hacer respetar y promover los derechos humanos, mientras que las empresas tendrán esas obligaciones de respeto, garantía y promoción dentro de sus respectivas esferas de actividad e influencia. Asimismo:

Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales deberán informarse sobre el impacto en los derechos humanos durante sus actividades y aquellas actividades a realizarse para que puedan evitar entrar en complicidad con abusos a los derechos humanos. Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales tendrán la responsabilidad de asegurar que sus actividades no contribuyan directa ni indirectamente a cometer abusos a los derechos humanos y que no se beneficiarán premeditadamente de estos abusos. Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales evitarán actividades que socavarían el imperio de la ley así como otros esfuerzos gubernamentales para promover y asegurar el respeto de los derechos humanos, y deberán usar su influencia para ayudar a promover y asegurar el respeto de los derechos humanos.

Como se observa, ha comenzado a superarse la concepción de un sistema internacional de gobierno basado únicamente en los Estados para incluir un sistema de multiactores con papeles relevantes. De esta manera, los diferentes actores no solamente tienen voz y voto en la toma de decisiones o en la capacidad de influir en las decisiones, sino que al mismo tiempo se extienden a ellos las responsabilidades

⁵⁶ UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/XX, E/CN.4/Sub.2/2003/WG.2/WP.1.

que anteriormente recaían exclusivamente en los Estados⁵⁷. En los últimos años se ha revitalizado este debate a través de los informes del profesor John Ruggie, experto designado por el Secretario General de Naciones Unidas como Representante Especial para los Derechos Humanos y Empresas Transnacionales y Otras Empresas. Ruggie coordinó la elaboración de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, los cuales fueron adoptados por el Consejo de Derechos Humanos y constituyen el punto de partida para el Grupo de Trabajo de la ONU sobre Derechos Humanos y Empresas, que presentó su primer informe en agosto de 2012⁵⁸.

Estos desarrollos tienen particular importancia en América Latina. Por ejemplo, en el caso del derecho a la salud, el sector farmacéutico ha fijado precios demasiado altos para los medicamentos, ha impulsado donaciones erráticas de drogas e investigaciones poco balanceadas. Esta situación restringe mucho más el acceso a la salud de los más pobres. Además, dicho sector ha hecho diversas formas de *lobby* para alcanzar beneficios a través de la propiedad intelectual y ha promocionado drogas inapropiadas, entre otras prácticas contrarias al derecho a la salud. Por ello, el Relator de Naciones Unidas ha propuesto una “Guía borrador para empresas farmacéuticas”, en la que considera temas específicos, tales como precios diferenciados, donaciones, investigación y desarrollo para enfermedades desatendidas, sociedades público-privado, promoción de drogas, pruebas médicas y corrupción⁵⁹. Este tipo de iniciativas constituye un ejemplo de rendición de cuentas a las empresas transnacionales en situaciones relacionadas con la generación de pobreza.

57 Weissbrodt, David, y Kruger, Muria, “Norms on the Responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights”, en: *American Journal of International Law*, Vol. 97 No. 4, 2003.

58 “Primer informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, presentado de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 17/4 del Consejo de Derechos Humanos”, Documento A/67/285 del 10 de agosto de 2012.

59 Ver Hunt, Paul, y Khosla, Rajat, “El derecho humano a los medicamentos”, *Sur, Revista Internacional de Derechos Humanos*, No. 8, 2008; United Nations Special Rapporteur on the Right of Everyone to the Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Physical and Mental Health, *Human Rights Guidelines for Pharmaceutical Companies in Relation to Access to Medicines*, 17 de septiembre de 2007.

Teniendo en cuenta lo anterior, es importante analizar la forma como en el SIDH se ha establecido responsabilidad internacional del Estado ante la falta de debida inspección, vigilancia y control de las actuaciones de actores privados. Si bien los casos se relacionan con violaciones del derecho a la vida o del derecho a la justicia, el estándar es útil para la fiscalización de actores privados responsables de producción de pobreza.

En el Caso *Ximenes Lopes contra Brasil*⁶⁰, relacionado con la muerte de una persona con discapacidad mental mientras permanecía bajo cuidado de una casa de reposo, la Corte IDH señaló que los Estados tienen el deber de asegurar una prestación de atención médica eficaz a las personas con discapacidad mental. Al respecto, precisó lo siguiente:

86. Los supuestos de responsabilidad estatal por violación a los derechos consagrados en la Convención, pueden ser tanto las acciones u omisiones atribuibles a órganos o funcionarios del Estado, como la omisión del Estado en prevenir que terceros vulneren los bienes jurídicos que protegen los derechos humanos. No obstante, entre esos dos extremos de responsabilidad, se encuentra la conducta descrita en la Resolución de la Comisión de Derecho Internacional⁶¹, de una persona o entidad, que si bien no es un órgano estatal, está autorizada por la legislación del Estado para ejercer atribuciones de autoridad gubernamental. Dicha conducta, ya sea de persona física o jurídica, debe ser considerada un acto del Estado, siempre y cuando estuviere actuando en dicha capacidad.

Con relación a la obligación de inspección, vigilancia y control en la prestación del servicio de salud, luego de precisar que es posible atribuir la responsabilidad internacional estatal por los actos de terceros que prestan servicios públicos, el tribunal interamericano resaltó “el deber de los Estados de regular y fiscalizar las instituciones que prestan servicios de salud, como medida necesaria para la debida protección de la vida e integridad de las personas bajo su jurisdicción”,

⁶⁰ Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C No. 149.

⁶¹ Cfr. “Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, Comisión de Derecho Internacional, 53 sesión, 2001. Documento de la ONU A/56/10.

deber que “abarca tanto a las entidades públicas y privadas que prestan servicios públicos de salud, como aquellas instituciones que se dedican exclusivamente a servicios privados de salud”⁶².

Estas consideraciones fueron reiteradas en el Caso Albán Cornejo y otros contra Ecuador⁶³, relacionado con un caso de mala praxis médica. En este fallo el Tribunal señaló que “cuando se trata de competencias esenciales relacionadas con la supervisión y fiscalización de la prestación de servicios de interés público, como la salud, sea por entidades públicas o privadas (como es el caso de un hospital privado)” la atribución de responsabilidad puede surgir “por la omisión en el cumplimiento del deber de supervisar la prestación del servicio para proteger el bien respectivo”⁶⁴.

Estos casos visibilizan el rol estratégico de la vigilancia y el control por parte de instituciones estatales respecto de aquellos actores y aquellas situaciones que pueden conducir a la pobreza. En este sentido, esta forma de atribución está relacionada con la que se analiza a continuación.

3.5 Responsabilidad por la falta de investigación de aquello que condujo a la extrema pobreza

En su Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay, la CIDH citó el informe del año 2000 del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, en el que se afirma lo siguiente:

“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”⁶⁵.

Gran parte de esa invisibilización se debe a que no se han adelantado estrategias para investigar quiénes son los responsables por esas muertes. Es cierto que es bastante complejo dar cuenta de la cadena

⁶² Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil...* párr. 141

⁶³ Corte IDH, *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*, sentencia de 22 de noviembre de 2007, Serie C No. 171.

⁶⁴ *Ibidem*, párr. 119.

⁶⁵ CIDH, “Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay 2001”, Capítulo V, párr. 10.

de hechos que a la postre generan hambrunas masivas o situaciones sistemáticas de indigencia. Además, muchas veces se entienden estos terribles casos como una fatalidad del destino y no como una violación grave a los derechos humanos que se deba investigar con debida diligencia.

Por tal motivo, este apartado resalta el papel que pueden tener investigaciones con debida diligencia para impulsar una estrategia de rendición de cuentas respecto a situaciones de pobreza. En este punto es importante señalar que la impunidad frente a la pobreza es un aspecto que va mucho más allá de la impunidad en el ámbito penal. En efecto, muchas veces las investigaciones relevantes pueden ser de tipo administrativo (impulsadas por el Ejecutivo), legislativo (impulsadas por el Congreso) o disciplinarias.

En cuanto a la obligación de investigar con debida diligencia, la Corte IDH ha señalado que una investigación por la violación de derechos humanos:

[D]ebe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado⁶⁶.

Por otra parte, la Corte IDH ha definido la impunidad como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”⁶⁷, señalando que “si una violación queda impune en un Estado de modo tal que a la víctima no

⁶⁶ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, fondo, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párr. 177.

⁶⁷ Corte IDH, *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*, fondo, sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párr. 173.

se le restablezca, en cuanto sea posible, la plenitud de sus derechos, se desprende que se ha violado el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción⁷⁶⁸.

En esta misma línea argumentativa, el Tribunal ha ordenado que en cumplimiento de su obligación de investigar y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos, el Estado debe remover todos los obstáculos, *de facto* y *de jure*, que impidan la debida investigación de los hechos, y utilizar todos los medios disponibles para hacer expedita dicha investigación y los procedimientos respectivos, a fin de evitar la repetición de los hechos.

Todavía no existen casos fallados por la Corte IDH en los que se evalúe directamente la forma en que se investigaron – bien o mal – las condiciones que generaron la extrema pobreza de una comunidad o persona en particular. Este es un camino aún por recorrer y la debida diligencia investigativa puede ser una herramienta invaluable para ello.

3.6 Responsabilidad por no enfrentar riesgos creados o conocidos que conducen a la extrema pobreza

En la lucha contra la pobreza es esencial indagar respecto a aquello que pudo haber sido evitado y no lo fue. La pobreza, y en particular la extrema pobreza, se relacionan con situaciones asociadas al riesgo de violaciones de derechos. Se trata de “riesgo” porque usualmente son situaciones progresivas, estructurales, que van deteriorando más y más la situación de personas en situación vulnerable hasta llegar a un grado de afectación que puede ser enorme. La jurisprudencia de la Corte IDH es ilustrativa respecto a la rendición de cuentas respecto al riesgo que es creado o conocido y frente al cuál no se actúa. La pregunta central es la razonabilidad que se puede exigir en el actuar del Estado.

Respecto al deber del Estado de prevenir razonablemente las violaciones de los derechos humanos, en su primer caso contencioso, en el marco de la obligación de garantizar, la Corte IDH manifestó lo siguiente:

⁶⁸ Corte IDH, *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*, reparaciones y costas, sentencia de 27 de agosto de 1998, Serie C No. 39, párr. 73.

El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales [...] Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado⁶⁹.

Con posterioridad, el Tribunal, retomando la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos⁷⁰, ha señalado que los deberes del Estado de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionadas al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo⁷¹:

63. Teniendo en cuenta las dificultades que implica la planificación y adopción de políticas públicas en las sociedades modernas, la impredecibilidad de la conducta humana y las elecciones de carácter operativo que deben ser tomadas en función de prioridades y recursos, dicha obligación positiva debe ser interpretada de forma que no imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada. Por consiguiente, no todo alegado riesgo a la vida impone a las autoridades la obligación convencional de tomar medidas operativas para prevenir que aquel riesgo llegue a materializarse. Para que surja esa obligación positiva, debe ser establecido que al momento de los hechos las autoridades sabían, o debían haber sabido, de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida de un individuo identificado o de algunos individuos respecto de actos criminales de terceros, y que tales autoridades no tomaron las medidas dentro del alcance de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para evitar dicho riesgo.

⁶⁹ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras...* párr. 175.

⁷⁰ Ver al respecto, ECHR, *Osman v. the United Kingdom*, Sentencia de 28 de octubre de 1998.

⁷¹ Corte IDH, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C No. 140.

En ese sentido, el Estado no tiene una responsabilidad ilimitada frente a los actos de particulares, sino que sólo en los mencionados eventos puede ser encontrado responsable porque se “concretiza” la obligación de garantía.

La decisión sobre el caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay es una importante aplicación de este estándar de atribución en temas de extrema pobreza⁷². Para ello, es importante tener presente un antecedente jurisprudencial. En el Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, también contra Paraguay, la Corte IDH no consideró probado que la muerte de dieciséis personas integrantes de la comunidad fuera atribuible al Estado, ya que no encontró probada la existencia de una relación de causalidad suficiente entre la situación de deficiente alimentación y atención médica y su deceso.

En el Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, la Corte constató que no existía controversia entre las partes respecto a que las condiciones en las que vivían los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa eran inadecuadas para una existencia digna, ni respecto a la realidad e inminencia del peligro que tales condiciones representaban para su vida. La controversia radicaba en determinar si el Estado era responsable de que las presuntas víctimas estuvieran en esas condiciones y si había adoptado las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar el riesgo al derecho a la vida de las presuntas víctimas.

Del mismo modo, no existía controversia entre las partes respecto a que el Estado estaba al tanto de la situación de vulnerabilidad de los miembros de la Comunidad. El Estado en ningún momento alegó desconocimiento. Lo que quedaba por determinar era la fecha en que tal conocimiento se hizo presente. El Tribunal consideró que era a partir del 21 de abril de 1997 que el Estado tenía pleno conocimiento del riesgo real y de la situación de vulnerabilidad en la que permanecen los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa, en especial los niños

⁷² Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146.

y niñas, mujeres embarazadas y ancianos, así como de su mortandad. En efecto, en esa fecha los líderes de la Comunidad remitieron a una institución gubernamental encargada de los asuntos indígenas, el informe antropológico en el que se detallaba, entre otras cosas, que se estaban produciendo muertes en las aldeas de la Comunidad Sawhoyamaxa, y que sus miembros

por años no han tenido la visita de ningún doctor, enfermera o promotor de salud que las atienda. Consecuencia de todo esto, es la constante mortandad de niños por enfermedades fácilmente curables, como [es] la diarrea, vómitos, etc. El año pasado [...] murieron unos cuatro menores de edad [...]. Llamativamente, los fallecidos son hijos de los empleados de estancias.

Como es común, en las comunidades indígenas carentes de tierra propia y adecuada, la situación de la salud empeora debido a que no poseen los alimentos necesarios para completar su dieta alimenticia.

Es a partir de esa fecha (21 de abril de 1997) que el Tribunal analizó si el Estado adoptó las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar el riesgo a la vida de los miembros de la Comunidad. La Corte IDH no se pronunció sobre las muertes ocurridas con anterioridad a esta fecha.

La Corte consideró probado que el hecho de que un grupo de personas se encontrara en una situación de grave insatisfacción de un amplio conjunto de derechos sociales, provocado por factores tales como el “desempleo, el analfabetismo, las tasas de morbilidad por enfermedades evitables, la desnutrición, las precarias condiciones de [...] vivienda y entorno, las limitaciones de acceso y uso de los servicios de salud y agua potable, así como la marginalización por causas económicas, geográficas y culturales”⁷³ había generado un riesgo para la vida de estas personas que derivó en la muerte de algunos de los miembros del grupo. En consecuencia, el Tribunal entendió que el hecho de que el Estado tuviera conocimiento de esta situación y aún así no proporcionara la debida asistencia, o lo hiciera

⁷³ *Ibidem*, párr. 168.

en forma defectuosa, lo hacía responsable por desconocer la obligación de “garantizar” el derecho a la vida, en su modalidad de “prevenir” violaciones al mismo, deber que surge de la conexión del artículo 1.1 del tratado con su artículo 4⁷⁴.

Por otra parte, en el caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek, la Corte desarrolló un análisis del deber de prevención con relación al derecho a la vida digna⁷⁵. El Tribunal acreditó que desde finales del siglo XIX las tierras del Chaco paraguayo habían sido transferidas a propietarios privados y fraccionadas progresivamente en estancias, obligando a muchas de las aldeas indígenas de los alrededores a concentrarse en las mismas. Tal fue el caso de los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek, cuya vida al interior de una estancia se vió condicionada; en los últimos años, se han visto cada vez más restringidos para el desarrollo de su modo de vida, de sus actividades tradicionales de subsistencia y en su movilidad dentro sus tierras tradicionales. La cacería se prohibió por completo, el propietario privado contrató a guardias particulares que controlaban sus entradas, salidas y desplazamientos, y no pudieron practicar actividades como la pesca o la recolección de alimentos.

En 1990 los líderes de la Comunidad habían iniciado el reclamo administrativo de sus tierras y en 2008 un reclamo judicial, sin lograr su recuperación. En 2008 la “estancia” fue declarada como un Área Silvestre Protegida bajo dominio privado, sin consultar a los miembros de la Comunidad ni tener en cuenta su reclamo territorial. La Corte IDH estableció que en virtud de la historia de ocupación por parte de la Comunidad, la toponimia de la zona otorgada por sus miembros, las conclusiones de los estudios técnicos realizados, así como las consideraciones relativas a la idoneidad de dichas tierras para el desarrollo de la Comunidad, la porción de 10.700 hectáreas reclamadas por ella son sus tierras tradicionales y, conforme a esos estudios técnicos, son las más aptas para el asentamiento de la misma. Resaltó que los procedimientos administrativos ante el Congreso y los de índole

⁷⁴ *Ibidem*, párrs. 159 a 178.

⁷⁵ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214.

judicial habían sido inefectivos para garantizar el respeto de sus tierras tradicionales.

Respecto a la responsabilidad estatal por la pobreza, el Tribunal destacó que la asistencia estatal brindada en materia de acceso y calidad de agua, alimentación, servicios de salud y educación no había sido suficiente para superar las condiciones de especial vulnerabilidad en que se encuentra la Comunidad Xákmok Kásek. Consideró que esta situación está estrechamente vinculada a la falta de sus tierras. En efecto, la ausencia de posibilidades de autoabastecimiento y auto-sostenibilidad de los miembros de la Comunidad, de acuerdo a sus tradiciones ancestrales, los llevó a depender casi exclusivamente de las acciones estatales y verse obligados a vivir de una forma no solamente distinta a sus pautas culturales, sino en la miseria. En consecuencia, la Corte declaró que el Estado no ha brindado las prestaciones básicas para proteger el derecho a una vida digna en estas condiciones de riesgo especial, real e inmediato para un grupo determinado de personas, lo que constituye una violación del derecho a una vida digna de miembros vivos de la Comunidad que se encontraban en situaciones de extrema pobreza.

Es importante resaltar que la Corte IDH retoma los estándares del Comité DESC de Naciones Unidas al valorar los problemas que enfrentaban las víctimas respecto a los derechos sociales mencionados. De otra parte, éste es un enfoque parcialmente distinto al mencionado previamente respecto a la omisión de garantizar una vida digna. En efecto, la atribución de responsabilidad en el Caso Xákmok Kásek respecto a temas de salud, alimentación y otros asuntos de subsistencia, surge a partir del riesgo conocido por el Estado y el deber de prevención correspondiente. No todo tipo de afectación grave a la subsistencia sería atribuible al Estado sino aquel que éste conocía y podía prever.

Por otra parte, respecto a ciertos fallecimientos ocurridos en la Comunidad, el Tribunal observó que, a partir del reconocimiento de la competencia de la Corte por el Estado el 11 de marzo de 1993, varios miembros de la Comunidad fallecieron por enfermedades que eran de

fácil prevención si hubieran recibido asistencia periódica y constante o un control adecuado de salud. Además, resaltó que las principales víctimas fueron niños y niñas en las primeras etapas de su vida, respecto a quienes el Estado tenía deberes superiores de protección. Teniendo en cuenta lo anterior, declaró que el Estado violó el derecho a la vida con relación a esos fallecimientos, por cuanto no adoptó las medidas necesarias y esperadas, dentro del ámbito de sus atribuciones, para prevenir o evitar el riesgo al derecho a la vida.

Como se observa, el deber de prevención puede tener un importante protagonismo para exigir al Estado que actúe respecto a riesgos derivados de las situaciones de pobreza y extrema pobreza. Sin embargo, el análisis de estos casos permite entender que, tal como ha señalado Ariel Dulitzky, la Corte no ha extendido la obligación de garantizar el derecho a la vida a toda situación de pobreza o extrema pobreza⁷⁶. Ello no debe limitar el litigio sino que permite encausarlo hacia escenarios relevantes sobre el manejo del riesgo.

3.7 Responsabilidad interestatal

Finalmente, aun cuando en la jurisprudencia de la Corte IDH no se encuentran precedentes sobre demandas interestatales con relación a la pobreza, es relevante una breve reseña del debate actual en la filosofía política contemporánea sobre la “justicia global”, entre otros soportes conceptuales para la rendición de cuentas interestatal (control entre los mismos Estados). En efecto, mientras que posturas clásicas como las de John Rawls en su Teoría de la Justicia, tenían un sesgo nacional en el que se explicaba la pobreza y el hambre en términos de factores causales internos en cada país, los ajustes a la teoría de Rawls propuestos por su discípulo Thomas Pogge buscan dar el paso del análisis moral nacional al análisis moral internacional.

En dicho libro⁷⁷, Rawls se pregunta cuál es la manera más adecuada de justificar unas instituciones justas en el marco de una sociedad bien ordenada, que funcione con procedimientos imparciales. Para

⁷⁶ Dulitzky, Ariel, “Pobreza y derechos humanos en el Sistema Interamericano. Algunas aproximaciones preliminares”...

⁷⁷ Rawls, John, *Teoría de la Justicia*. Fondo de Cultura Económica, México, 1979 (1971).

garantizar la imparcialidad de las instituciones en su teoría, Rawls propone una situación hipotética donde se definan procedimentalmente unos principios de justicia resultado de un acuerdo racional⁷⁸. Una de las bases centrales de la crítica de Pogge a Rawls es señalar su teoría como incompleta si no lograba dar cuenta de la forma como un determinado Estado podía contribuir a formas extremas de inequidad en otros Estados. Rawls mantenía en este punto una visión del apoyo interestatal basada más en el “asistencialismo” que en la responsabilidad. Por el contrario, Pogge resalta cómo la creación de pobreza no tiene causas exclusivamente locales y, por ende, los principios de justicia deben dar cuenta de la forma cómo el sistema económico global crea o mantiene sistemas institucionales que contribuyen a la violación masiva de derechos asociadas a la extrema pobreza⁷⁹. Por otra parte, Pogge argumenta a favor del deber de gobiernos y ciudadanos de no mantener una estructura global que viole los derechos humanos, a partir de lo cual se puede derivar un deber que puede llegar a ser exigible, frente a los ciudadanos más ricos, de contribuir con parte de su riqueza a la superación de la pobreza⁸⁰.

⁷⁸ A partir de estos procedimientos imparciales surgen los dos principios de justicia. El “primer principio” señala que cada persona ha de tener un derecho igual al más extenso sistema total de libertades básicas compatibles con un sistema similar de libertad para todos. El “segundo principio” establece que “las desigualdades económicas y sociales han de ser estructuradas de manera que sean para: a) mayor beneficio de los menos aventajados, de acuerdo con un principio de ahorro justo, y b) unidos a los cargos y las funciones asequibles a todos, en condiciones de justa igualdad de oportunidades. Rawls también precisó normas de prioridad de la libertad de tal forma que las libertades básicas sólo pueden ser restringidas en favor de la libertad. Otra norma de prioridad proclama la prioridad de la justicia sobre la eficiencia y el bienestar. Entre otras normas de justicia, Rawls consideraba que “la desigualdad de oportunidades debe aumentar las oportunidades de aquellos que tengan menos” y que “una cantidad excesiva de ahorro debe, de acuerdo con un examen previo, mitigar el peso de aquellos que soportan esta carga. Veinte años después, en su obra *Liberalismo político*, de 1992, Rawls modifica su formulación precisando con más claridad el rol de los derechos sociales en su teoría.

⁷⁹ Pogge, Thomas, *Hacer justicia a la humanidad*. Fondo de Cultura Económica, México, 2009.

⁸⁰ Pogge, Thomas, *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*. Paidós, Barcelona, 2005. Ver asimismo, Pogge, Thomas, “Propuesta para un dividendo sobre recursos globales”, en: *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, No. 6, 2006. Según esta propuesta, los Estados, junto con sus ciudadanos y gobiernos, no tendrán un derecho de propiedad absoluto en términos neo-liberales con respecto a los recursos naturales presentes en su territorio, sino que se les

No procede en estos momentos profundizar sobre los alcances de este debate, pero si vale la pena insistir en la visibilización de la responsabilidad internacional como categoría para la rendición de cuentas en diversos órdenes, tanto nacionales como interestatales. En efecto, las obligaciones extraterritoriales permiten reclamar de otros Estados el derecho a un nuevo orden internacional o a una cooperación para el desarrollo. Mientras que, en términos generales, la exigibilidad de los derechos civiles y políticos y derechos sociales se dirige hacia un Estado específico, el derecho al desarrollo y el enfoque de derechos respecto a pobreza dirigen la exigibilidad a uno o varios países. En este punto es claro que los tratados internacionales de derechos humanos tienen diversas insuficiencias, pero lo cierto es que, con el tiempo, se han ido impulsando, por ejemplo, consensos iniciales respecto a obligaciones extraterritoriales así como la responsabilidad de empresas multinacionales y otros actores no estatales (*supra*). Asimismo, empieza a cobrar especial valor la obligación de adoptar medidas “hasta el máximo de recursos disponibles”, incluidos los de la cooperación internacional, lo cual evidencia el decisivo rol del sistema global en la lucha contra la pobreza.

Consideraciones finales

El presente texto constituye una aproximación muy básica a diversos escenarios estratégicos que ofrecen los informes de la CIDH y la jurisprudencia de la Corte IDH para construir una aproximación integral a los temas de pobreza y derechos humanos. Se ha analizado

puede requerir que compartan una pequeña parte del valor de cualquier recurso que decidan usar o vender. Pogge denomina “dividendo” a este pago que deben realizar, porque se basa en la idea de que los pobres del globo poseen un interés inalienable sobre todos los recursos naturales limitados. En esta propuesta, este interés no confiere ningún derecho a participar en decisiones sobre el si o el cómo deben usarse los recursos naturales y por lo tanto, no interfieren con el control nacional sobre los recursos o el dominio eminente. Pero sí otorga a quienes lo ostentan el derecho a participar del valor económico del recurso en cuestión, si se toma de hecho la decisión de usarlo. Esta idea podría extenderse a recursos limitados que no se destruyen con el uso, sino que resultan meramente erosionados, desgastados u ocupados, como el aire y el agua usados para expeler contaminantes o las tierras empleadas en granjas, ranchos o edificaciones. Los ingresos procedentes del DRG deben ser usados para asegurar que todos los seres humanos puedan satisfacer sus necesidades básicas dignamente.

la forma cómo algunos informes temáticos e informes de país que emite la Comisión Interamericana han valorado el impacto negativo o la insuficiencia de ciertas políticas sociales para enfrentar situaciones de pobreza estructural. Por otra parte, a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, se han identificado escenarios estratégicos para fundamentar la responsabilidad internacional por la extrema pobreza, particularmente con relación a temáticas tales como vida digna, discriminación, progresividad/regresividad, responsabilidad de particulares, impunidad y pobreza, prevención y riesgo, y responsabilidad interestatal.

Estos escenarios estratégicos son sólo algunos ejemplos de las potencialidades que ofrece el SIDH para enmarcar la lucha contra la pobreza desde el escenario de los derechos humanos y la responsabilidad internacional. Todavía es mucho lo que queda por construir en esta materia; esta es una modesta contribución para pensar las mejores estrategias posibles. Ellas deberían ocupar especial atención en cualquier proceso de reforma integral para genuinamente fortalecer el SIDH, teniendo en cuenta que los mecanismos institucionales que ofrece deben hacerse mucho más flexibles para enfrentar la gravedad y magnitud de la pobreza extrema. Por ello, es injustificable que la situación de extrema pobreza que aqueja a grandes sectores de la población no aparezca con especial protagonismo y prioridad en gran parte de los debates actuales sobre la reforma al SIDH.

Sometimiento de casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

*Silvia Serrano Guzmán**

El sometimiento de casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, la Corte) se encuentra regulado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, la Convención) y en el Reglamento de los dos órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH).

La CADH establece en su artículo 61 que:

1. Sólo los Estados partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte.
2. Para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50.

Estos artículos (48 a 50 de la CADH) regulan los diferentes escenarios procesales y/o etapas que deben cumplirse antes de que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, la Comisión) emita un pronunciamiento sobre el fondo del asunto y, consecuentemente, se encuentre facultada para el posible sometimiento del caso a la jurisdicción de la Corte IDH. Así, en estas normas se hace referencia a la admisibilidad de una petición, a la posibilidad de archivo de la misma, a la posibilidad de facilitar una solución amistosa y al pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

En caso de que una petición sea declarada admisible y las partes no lleguen a una solución amistosa, el artículo 50 de la CADH indica que la CIDH “redactará un informe en el que expondrá los hechos y sus conclusiones”. Esta misma norma indica que “el informe será transmitido a los Estados interesados, quienes no estarán facultados para publicarlo. Al transmitir el informe, la CIDH puede formular las proposiciones y recomendaciones que juzgue adecuadas”.

* Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La autora es abogada de la CIDH y las opiniones expresadas no necesariamente reflejan las de la CIDH o de la OEA.

Una vez se aprueba el informe de fondo que regula el artículo 50 de la CADH, el artículo 51.1 del mismo instrumento establece que:

Si en el plazo de tres meses, a partir de la remisión a los Estados interesados del informe de la Comisión, el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte por la Comisión o por el Estado interesado, aceptando su competencia, la Comisión podrá emitir, por mayoría absoluta de votos de sus miembros, su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración.

Desde que la Corte IDH entró en funciones, la CIDH ha sometido 185 casos contenciosos, desagregados de la siguiente manera por años:

- 1986: 3 casos.
- 1990: 3 casos.
- 1992: 2 casos.
- 1994: 4 casos.
- 1995: 6 casos.
- 1996: 4 casos.
- 1997: 2 casos.
- 1998: 4 casos.
- 1999: 7 casos.
- 2000: 3 casos.
- 2001: 5 casos.
- 2002: 7 casos.
- 2003: 15 casos.
- 2004: 12 casos.
- 2005: 10 casos.
- 2006: 14 casos.
- 2007: 14 casos.
- 2008: 9 casos.
- 2009: 12 casos.
- 2010: 15 casos.
- 2011: 23 casos.
- En lo que va de 2012: 12 casos.

Como se puede observar, a partir del año 2002 hay un incremento de casos enviados a la Corte IDH. Este incremento obedece principalmente a los cambios reglamentarios que se han venido presentando. A fin de entender la evolución en la materia, es importante recordar las diferentes disposiciones reglamentarias de la CIDH que han regulado la manera en que ejerce su facultad convencional de someter los casos a la jurisdicción de la Corte IDH¹.

*Reglamento de la CIDH (aprobado el 8 de abril de 1980)*²

Artículo 47 (Sometimiento del caso a la Corte).

¹ Es importante aclarar que estas referencias no incluyen la totalidad de reglamentos de la CIDH ni sus respectivas modificaciones. Las normas transcritas se limitan a aquellas disposiciones reglamentarias que han regulado y modificado el sometimiento de casos a la Corte IDH.

² Disponible en: <<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/1980.Esp.pdf>>, a de octubre de 2012.

1. Si un Estado Parte en la Convención ha aceptado la jurisdicción de la Corte, de conformidad con el artículo 62 de la Convención, la Comisión podrá someter el caso ante aquella con posterioridad a la transmisión al gobierno del Estado aludido del informe mencionado en el artículo 43 de este Reglamento.
2. Cuando se disponga que el caso sea referido a la Corte, el Secretario Ejecutivo de la Comisión lo notificará inmediatamente a aquélla, al peticionario y al gobierno del Estado aludido.
3. Si el Estado Parte no ha aceptado la jurisdicción de la Corte, la Comisión podrá invitar que el mismo Estado haga uso de la opción a que se refiere el artículo 62 (2) de la Convención para reconocer la jurisdicción de la Corte en el caso específico objeto del Informe.

Reglamento de la CIDH (aprobado entre el 4 y el 8 de diciembre de 2000)³

Artículo 44. Sometimiento del caso a la Corte.

1. Si el Estado en cuestión ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana, de conformidad con el artículo 62 de la Convención Americana, y la Comisión considera que no ha cumplido las recomendaciones del informe aprobado de acuerdo al artículo 50 del referido instrumento, someterá el caso a la Corte, salvo por decisión fundada de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión.
2. La Comisión considerará fundamentalmente la obtención de justicia en el caso particular, fundada entre otros, en los siguientes elementos:
 - a. la posición del peticionario;
 - b. la naturaleza y gravedad de la violación;
 - c. la necesidad de desarrollar o aclarar la jurisprudencia del sistema;
 - d. el eventual efecto de la decisión en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros; y
 - e. la calidad de la prueba disponible.

La reforma reglamentaria del año 2000, que entró en vigencia a partir del año 2001, constituyó un cambio sustancial en el sometimiento de casos a la Corte IDH.

³ Disponible en: <<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/2000.Esp.pdf>>, a octubre de 2012.

Como se puede observar, al comparar el lenguaje utilizado por este artículo respecto del anterior, la redacción de esta norma establece como aspecto principal a evaluar, el estado de cumplimiento de las recomendaciones del informe de fondo aprobado según el artículo 50 de la CADH. En situación de incumplimiento de las recomendaciones, a partir de la vigencia de este reglamento se estableció una presunción a favor del envío de los casos. Una decisión en contrario debe ser adoptada por decisión que, además de ser fundada, debe contar con una mayoría absoluta de los miembros de la CIDH.

Así, tal como quedó expresamente consagrado en el inciso dos de la norma, la obtención de justicia en el caso particular es el criterio que determina el ejercicio de esta facultad por parte de la CIDH. Para ello, además del estado de cumplimiento de las recomendaciones, la norma establece cinco elementos adicionales a considerar.

Debido a estas modificaciones, operó una suerte de inversión en la proporción de casos decididos por la CIDH respecto de Estados que han aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH y que se envían al tribunal, con relación a los casos en los cuales se decide proceder a su publicación, de conformidad con el artículo 51.1.

Cabe mencionar que este cambio reglamentario vino acompañado también de modificaciones al Reglamento de la Corte IDH, cuya finalidad principal fue la de otorgar mayor autonomía a las víctimas y sus representantes en el proceso ante el tribunal. Esta mayor autonomía se vio materializada principalmente en la facultad de presentar un escrito autónomo de solicitudes, argumentos y pruebas ante la Corte IDH, de manera independiente a la demanda de la CIDH. Si bien ese escrito autónomo debe basarse en el marco fáctico definido por la CIDH, a partir de ese momento las víctimas y sus representantes fueron legitimados para efectuar pretensiones jurídicas, pretensiones en materia de reparaciones y ofrecimientos probatorios autónomos. La mayor participación de las víctimas y sus representantes también se vio reflejada en su rol en las audiencias públicas y en las demás etapas procesales previstas en el trámite ante la Corte IDH.

En este contexto, se puede afirmar que vistas conjuntamente, las modificaciones reglamentarias citadas tenían como finalidad, por una

parte, permitir un mayor acceso a la Corte IDH a las víctimas y sus representantes mediante una presunción a favor del envío de los casos a la Corte sobre la base del estado de cumplimiento o incumplimiento de las recomendaciones, y, por otra, otorgar autonomía a las víctimas y sus representantes en el trámite ante la Corte.

*Reglamento actual de la CIDH (aprobado entre el 28 de octubre y el 13 de noviembre de 2009)*⁴

Artículo 45. Sometimiento del caso a la Corte.

1. Si el Estado en cuestión ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana, de conformidad con el artículo 62 de la Convención Americana, y la Comisión considera que no ha cumplido las recomendaciones del informe aprobado de acuerdo al artículo 50 del referido instrumento, someterá el caso a la Corte, salvo por decisión fundada de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión.
2. La Comisión considerará fundamentalmente la obtención de justicia en el caso particular, fundada entre otros, en los siguientes elementos:
 - a. la posición del peticionario;
 - b. la naturaleza y gravedad de la violación;
 - c. la necesidad de desarrollar o aclarar la jurisprudencia del sistema; y
 - d. el eventual efecto de la decisión en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

Artículo 46. Suspensión del plazo para el sometimiento del caso a la Corte.

La Comisión podrá considerar a solicitud del Estado interesado la suspensión del plazo previsto en el artículo 51.1 de la Convención Americana para el sometimiento del caso a la Corte, cuando estuvieren reunidas las siguientes condiciones:

- a. que el Estado haya demostrado su voluntad de implementar las recomendaciones contenidas en el informe sobre el fondo, mediante la adopción de acciones concretas e idóneas orientadas a su cumplimiento; y
- b. que en su solicitud el Estado acepte en forma expresa e irrevocable la suspensión del plazo previsto en el artículo

⁴ Disponible en: <<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/reglamentoCIDH.asp>>, a octubre de 2012.

51.1 de la Convención Americana para el sometimiento del caso a la Corte y, en consecuencia, renuncie expresamente a interponer excepciones preliminares respecto del cumplimiento con dicho plazo, en la eventualidad de que el asunto sea remitido a la Corte.

Esta es la disposición reglamentaria que rige actualmente el envío de casos a la Corte IDH. Como se puede observar del texto, en el año 2009 se mantuvo el lenguaje principal sobre los criterios a tomar en cuenta, con excepción del elemento de la “calidad de la prueba disponible”. Es decir, en el Reglamento vigente sigue operando la presunción a favor del envío de los casos a la Corte IDH en situaciones de incumplimiento de las recomendaciones efectuadas por la CIDH.

El cambio que se dio a partir de esta modificación reglamentaria fue la regulación de la facultad de los Estados para presentar solicitudes de prórroga para el cumplimiento de las recomendaciones, con el efecto de suspender el plazo convencional de tres meses con que cuenta la CIDH para enviar los casos a la Corte IDH.

Es importante aclarar que aunque la suspensión del plazo de tres meses del artículo 51 de la CADH se reglamentó recién en esta oportunidad, constituía una práctica de larga data por parte de los Estados. La posibilidad de solicitar prórrogas para cumplir con las recomendaciones efectuadas por la CIDH deriva del entendimiento de que el tiempo de tres meses puede resultar insuficiente para satisfacer ciertas recomendaciones que, por su propia naturaleza, requieren de mayor tiempo para ser cumplidas.

A fin de que la CIDH pueda valorar una solicitud de prórroga por parte de un Estado en esta etapa, dicha solicitud debe incorporar información que acredite la voluntad estatal de dar cumplimiento a las recomendaciones. Esta voluntad debe verse reflejada en acciones concretas dirigidas al cumplimiento. Además de lo anterior, el Estado concernido deberá aceptar de manera expresa e irrevocable que el eventual otorgamiento de una prórroga por parte de la CIDH suspende el plazo establecido en el artículo 51.1 de la CADH, y deberá renunciar de manera expresa a interponer excepciones preliminares relacionadas con el incumplimiento del plazo, en caso de que el mismo sea enviado a la Corte IDH.

Las solicitudes de prórroga son evaluadas y decididas por el pleno de la CIDH caso por caso, y tomando en consideración los avances alcanzados por el Estado en cuestión. Además, la Comisión toma en consideración las opiniones y/o información presentada por los peticionarios sobre el estado de cumplimiento de las recomendaciones.

Bajo esta regulación, no es poco común que los Estados alcancen cumplimientos parciales de las recomendaciones durante esta etapa posterior a la emisión del informe de fondo y anterior al envío del caso a la Corte IDH. En estas circunstancias, la CIDH toma en consideración los avances alcanzados por el Estado y los pone en conocimiento de la Corte, a fin de que ésta disponga lo que corresponda al momento de fijar las eventuales reparaciones en el caso concreto.

No existe un límite reglamentario para la cantidad de prórrogas que pueden solicitarse. El aspecto central a evaluar es el avance progresivo en el cumplimiento de las recomendaciones.

*Reglamento actual de la Corte IDH (aprobado entre el 16 y el 28 de noviembre de 2009)*⁵

Artículo 35. Sometimiento del caso por parte de la Comisión.

1. El caso será sometido a la Corte mediante la presentación del informe al que se refiere el artículo 50 de la Convención, que contenga todos los hechos supuestamente violatorios, inclusive la identificación de las presuntas víctimas. Para que el caso pueda ser examinado, la Corte deberá recibir la siguiente información:
 - a. los nombres de los Delegados;
 - b. los nombres, dirección, teléfono, correo electrónico y facsímil de los representantes de las presuntas víctimas debidamente acreditados, de ser el caso;
 - c. los motivos que llevaron a la Comisión a presentar el caso ante la Corte y sus observaciones a la respuesta del Estado demandado a las recomendaciones del informe al que se refiere el artículo 50 de la Convención;
 - d. copia de la totalidad del expediente ante la Comisión, incluyendo toda comunicación posterior al informe al que se refiere el artículo 50 de la Convención;

⁵ Disponible en: <<http://www.corteidh.or.cr/reglamento.cfm>>, a octubre de 2012.

- e. las pruebas que recibió, incluyendo el audio o la transcripción, con indicación de los hechos y argumentos sobre los cuales versan. Se hará indicación de las pruebas que se recibieron en procedimiento contradictorio;
 - f. cuando se afecte de manera relevante el orden público interamericano de los derechos humanos, la eventual designación de peritos, indicando el objeto de sus declaraciones y acompañando su hoja de vida;
 - g. las pretensiones, incluidas las referidas a reparaciones.
2. Cuando se justificare que no fue posible identificar a alguna o algunas presuntas víctimas de los hechos del caso por tratarse de casos de violaciones masivas o colectivas, el Tribunal decidirá en su oportunidad si las considera víctimas.
 3. La Comisión deberá indicar cuáles de los hechos contenidos en el informe al que se refiere el artículo 50 de la Convención somete a la consideración de la Corte.

Esta norma regula los requisitos mínimos que debe contener la presentación de un caso a la Corte IDH por parte de la CIDH. Es relevante mencionar que, a partir de la vigencia de este Reglamento de la Corte, se modificó la forma en que la Comisión somete los casos al tribunal.

Con anterioridad, la CIDH sometía los casos mediante una demanda que contenía los hechos, las pretensiones jurídicas, las pretensiones en materia de reparaciones y el ofrecimiento de prueba. A partir del año 2010, la Comisión ha venido sometiendo los casos a la Corte IDH mediante la remisión del informe de fondo aprobado de conformidad con el artículo 50 de la CADH. Además de ello, la Comisión somete a la Corte una “nota de remisión” del caso, que incluye la información que se indica en el artículo citado. En lo relevante para el tema, la Comisión precisa a la Corte el estado de cumplimiento de las recomendaciones alcanzado por el Estado y las razones por las cuales sometió el caso a la jurisdicción del tribunal. Las notas de remisión de los casos a la Corte son públicas y se encuentran en el sitio *web* de la Comisión.

Un último punto que es importante destacar es el referido al aspecto del “orden público interamericano”. La reforma reglamentaria de la Corte IDH, especialmente en su exposición de motivos, hace referencia

a la modificación del rol de la CIDH en el trámite ante el tribunal. También se indica que la Comisión, como órgano del SIDH, asume una defensa del orden público interamericano involucrado en los casos. Este concepto determina varias actuaciones de la Comisión ante la Corte, como por ejemplo el ofrecimiento de prueba pericial.

Ahora bien, no obstante el contenido de las reformas, el concepto de orden público interamericano no determina el ejercicio de la facultad de someter los casos a la Corte IDH. Esta facultad sigue estando reservada convencionalmente a la CIDH y a los Estados y, por lo tanto, la misma no está limitada a aquellos casos que afectan el orden público interamericano.

