



Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
División de Estudios de Posgrado



Las Instituciones e Instrumentos Universales en la Defensa de los Derechos Humanos

Tesis
que para obtener el título de:

Maestra en Derecho Electoral

Presenta:
Miriam Tinoco Soto

Director de Tesis:
Dr. José Becerril Leal

Codirector de Tesis:
Dr. Carlos Salvador Rodríguez Camarena

Morelia, Mich., septiembre de 2022

AGRADECIMIENTOS

Hay tres cosas en la vida que se van y no regresaran jamas, el tiempo, las palabras y las oportunidades...

Es por eso que deseo agradecer a Dios que se siempre me ha llevado de su mano en cada logro de mi vida y en los desaciertos ha sido mi guía para replantear y volver a comenzar, es importante para mi agradecer a mis hijos Oscar, Camila, Antonio y Andres por regalarme su tiempo para poder asistir a mis clases y poder culminar un proyecto mas en mi vida, ya que ellos siempre serán el impulso que necesito para seguir avanzando en cada objetivo que me proponga.

Agradezco a mis profesores que a lo largo del estudio de mi maestria compartieron su conocimiento con su servidora, por su apoyo incondicional ante las situaciones de apremio que surgieron durante este periodo académico con relación en mi vida familiar y laboral. Además, por brindarme las herramientas necesarias para seguir desarrollándome profesionalmente.

Índice

	Pág.
Agradecimientos	ii
Siglas	vi
Resumen.....	vi
Abstract.....	vii
INTRODUCCIÓN	viii
1. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS	
AMERICANO	1
1.1 Comienzos	1
1.2 Latinoamérica.....	2
1.3 Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	4
1.4 Los instrumentos fundacionales.....	8
1.5 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....	13
1.6 Propósitos iniciales de la Comisión.....	14
1.7 Funciones de la Comisión	18
2. LA CONVENCIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA	
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	21
2.1 Las particularidades	21
2.2 Funciones de la Corte Interamericana	27
2.3 Competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos	
Humanos	31
2.4 La formación de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana	34

	Pág.
3. EL ACCESO A LA JUSTICIA A TRAVÉS DE LA CORTE INTERAMERICANA	40
3.1 La importancia del acceso a la justicia	40
3.2 La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	47
3.3 Las medidas cautelares	55
3.4 Las reparaciones.....	58
3.5 Control de convencionalidad	60
3.6 Supervisión de sentencias	63
4.FUNCIÓN DEL CONSEJO DE EUROPA.....	71
4.1 Inicios	71
4.2 Los protocolos y la interpretación judicial del Consejo de Europa	71
4.3 Composición jurisdiccional del Consejo de Europa.....	78
4.4 Particularidades de protección europea.....	81
5. LOS DERECHOS HUMANOS EN LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL	86
5.1 El caso de la Ex Yugoslavia	86
5.2 Los orígenes del Tribunal.....	89
6. LA IMPORTANCIA DEL DERECHO CONSUECUDINARIO Y SU INCORPORACIÓN	94
6.1 Argumentación sobre la incorporación del derecho consuecudinario	94
6.2 Problemas de la identificación del derecho consuecudinario internacional	96
6.3 El principio de legalidad, derecho consuecudinario y su recepción en el derecho internacional.....	100
6.4 Evaluación del instrumento.....	102

	Pág.
7. LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONCEPTOS JURISPRUDENCIALES DE DERECHOS HUMANOS.....	104
7.1 La interpretación evolutiva	104
7.2 La interpretación evolutiva de la doctrina de derechos humanos hoy.....	113
8. LAS INSTITUCIONES Y LOS DERECHOS PENDIENTES	115
8.1 Propuestas al Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	115
8.2 Los Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	126
8.3 La situación en el mundo	128
8.4 Los mecanismos de control en el mundo	134
9. LOS TEMAS PENDIENTES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.....	139
9.1 Los derechos en ciernes	139
9.2 La jurisprudencia consultiva	142
9.3 Los obstáculos al cambio	145
Conclusiones y Propuestas	147
Bibliografía.....	149

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene como propósito mostrar al menos dos sistemas distintos de protección de derechos humanos y sus particularidades; el sistema interamericano, su devenir y su futuro, y el sistema europeo con los mismos parámetros. Esto nos permitirá estar en condiciones no solo de abordar el tema desde un punto de vista comparado, sino atendiendo a sus propias particularidades. Durante la investigación de esta tesis han surgido descubrimientos para mi muy importantes, tales como la importancia de la jurisprudencia internacional, su recepción, pero fundamentalmente su interpretación. Este punto es de lo mas destacable, puesto que los derechos humanos en mucho deben al derecho internacional su naturaleza y por tanto su devenir. Eso es lo que se encuentra en el presente trabajo.

PALABRAS CLAVE

Derechos humanos, jurisprudencia, interpretación, sistema interamericano de derechos humanos, sistema europeo de derechos humanos.

ABSTRACT

The purpose of this research work is to show at least two different systems for the protection of human rights and their particularities; the inter-American system, its evolution and its future, and the European system with the same parameters. This will allow us to be in a position not only to approach the subject from a comparative point of view, but also taking into account its own peculiarities. During the investigation of this thesis, very important discoveries have emerged for me, such as the importance of international jurisprudence, its reception, but fundamentally its interpretation. This point is most noteworthy, since human rights largely owe their nature and therefore their future to international law. That is what is found in this work.

KEYWORDS

Human rights, jurisprudence, interpretation, inter-American human rights system, European human rights system.

INTRODUCCIÓN

Considerar dentro del presente trabajo de tesis las instituciones y los instrumentos desarrollados de modo internacional en torno a los derechos humanos ha sido una de las experiencias más impactantes en mi desarrollo profesional. El presente trabajo me ha permitido extender mis horizontes intelectuales para darme cuenta de que los derechos humanos no son solamente una lista de derechos más, y que su defensa y conocimiento son iguales a derechos formales como el de propiedad o el de filiación.

Los derechos humanos representan la expresión más lograda de protección del ser humano; frente precisamente a un poder descomunal que en este caso es el Estado. No existe mayor crimen que el que el propio Estado, que debe ser el garante y vigilante de la protección de los derechos humanos en favor del gobernado los transgreda.

Pero, su desarrollo ha ido de la mano del derecho internacional, de sus postulados, de su doctrina, de su impulso político, a través de la convencionalidad, de los acuerdos y los pactos entre las naciones. En este punto quiero señalar que no se trató de una concesión graciosa por parte de los países y los Estados, sino que estos se dieron cuenta de que al no respetar los derechos humanos iban a quedar aislados del concierto internacional; significando esto no solo simples relaciones políticas y culturales; sino, cuestiones de economía, sociedad e intercambio migratorio.

Olvidar que la conquista de cualquier derecho no supone la sola aceptación por parte del Estado, sino que es una lucha continua y enfrentada con la resistencia del propio Estado, que ve acotado su poder, -origen de todo su ser y propósito-, en favor de una libertad y seguridad para el ciudadano es no tener claro su nacimiento, defensa y estabilidad del propio sistema.

Hoy es inagotable el discurso y estudio de los derechos humanos, pero en este trabajo he decidido concentrarme en un principio, los principales sistemas de protección de derechos humanos en el mundo; que, por cercanía son: primero, el sistema interamericano de derechos humanos, expresado en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y segundo, el Consejo de Europa, que, si bien trabaja y opera de modo muy distinto al iberoamericano, ha sido rico en desarrollo, propuestas y retos.

En cuanto al sistema de protección a los derechos humanos en América, aquí se desarrollan y explican los comienzos, los instrumentos, las funciones, etcétera. Se da cuenta de cómo trabaja la Comisión y la Corte, como son sus competencias, como opera procedimentalmente; así, el acceso a la justicia, las medidas cautelares, las reparaciones, y un punto de origen esencial el denominado Control de Convencionalidad, desarrollado por este sistema y hoy común en muchos argumentos que no pertenecen necesariamente a los derechos humanos.

Por otra parte, el estudio del Consejo de Europa también es fundamental, pues no son pares en cuanto a su desarrollo y perspectivas. Las realidades americanas y europeas son distintas, sus necesidades también. Por esto considere también dedicar buena parte de mi investigación para explicar los pormenores del

sistema europeo, de sus instituciones, sus instrumentos y su impacto.

Cuestión particular, que ilustra mucho como deben operar los sistemas que tengan como sustancia los derechos humanos lo es los supuestos tradicionales de ley previa y escrita. Para poder entender cómo solucionar esto, he referenciado el caso de la Ex Yugoslavia, donde los abusos estatales camparon a sus anchas en esos territorios y como la justicia en derechos humanos pudo hacerles frente.

Por otra parte, y yo diría sustancial y que es lo que esta tesis propone, es que los criterios sobre los cuales se basan los derechos humanos son de origen consuetudinario, y plantea los problemas de identidad, legalidad y recepción.

Pero aunado a ello la interpretación de los conceptos jurisprudenciales y de instrumentos de los derechos humanos también deben ser objeto de puntos de vista distintos a los anotados aquí. Por ejemplo, y se verá en el texto adjunto, el derecho a la vida, así en abstracto no tiene mayor importancia, pero si lo conjuntamos con la protección a niños en situación de calle toma relieve; el derecho a la vida, no solo tiene que ver con su pérdida, sino con su calidad; de esta forma los niños en situación de calle tienen derecho a una vida digna, de plena cara a las oportunidades por igual. También el derecho a la vida tiene que ver con la posición de la mujer en cuanto a igualdad de géneros; hasta que no exista socialmente una igualdad de géneros no se puede hablar de igualdad de condiciones de vida; de esta forma el derecho a la vida no solo puede ser visto como el que no se mate a una persona, sino cuál es su calidad.

Este trabajo pretende ser, en primer término, un análisis de estado de la

cuestión, pero en los capítulos finales se establecen los temas pendientes de asumir por los sistemas, los estados y los operadores del mismo.

Al desarrollar esta investigación, mis horizontes se han ampliado, al punto que he visto que esta es solo un punto de partida para el desarrollo de ulteriores investigaciones.

1. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS AMERICANO

SUMARIO: 1.1 Comienzos 1.2 Latinoamérica 1.3 Sistema Interamericano de Derechos Humanos 1.4 Los instrumentos fundacionales 1.5 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1.6 Propósitos iniciales de la Comisión 1.7 Funciones de la Comisión

1.1 Comienzos

Los esfuerzos americanos en su conjunto se han visto evolucionados con algunas instituciones, procedimientos y esfuerzos en el ámbito regional, se ha evidenciado un desarrollo continuo y acelerado en la normativa y en los mecanismos de protección que han consolidado con el paso del tiempo un sistema de protección de los derechos humanos con importantes repercusiones en un ordenamiento jurídico internacional enfrentado a grandes retos en este orden.

La nota distintiva es tal cuya protección internacional, subsidiaria y complementaria de la nacional, se ha estructurado e integrado con nuevos instrumentos.

En el continente americano, en tanto el desarrollo en el ámbito regional de los mecanismos e instrumentos jurídicos de protección de los derechos humanos, ha ido siempre acompañado de un desarrollo en el reconocimiento de derechos y en los mecanismos de protección en los ordenamientos jurídicos nacionales, que

teniendo a la persona y a la dignidad humana como pilares fundamentales, destacan la preocupación de esta parte del mundo en avanzar y consolidar mecanismos, instituciones y sistemas coherentes en la protección de los derechos humanos.¹

Después de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, sobre los derechos humanos y la regulación de sus garantías jurídicas, los asuntos sometidos a la competencia de los tribunales constitucionales generalmente se ampliaron en virtud de la importancia que iba alcanzando en los sistemas políticos: no solo controlaría a la constitucionalidad de las leyes, el reparto constitucional de competencia, sino también la protección de los derechos fundamentales.

1.2 Latinoamérica

Particularmente en Latinoamérica un grupo de instrumentos de defensa de los derechos fundamentales que se decantaron por tres vías: la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, el habeas Corpus y el derecho de amparo.²

El amparo, surgió para tutelar los derechos fundamentales, con excepción de aquellos que atañen a la libertad e integridad de las personas, protegidos por el procedimiento de habeas Corpus, sin embargo, hay algunos ordenamientos jurídicos, como el mexicano, que contemplan en este recurso a la libertad e integridad personales.³

¹ Álvarez Ledesma, Mario I. Acerca del concepto derechos humanos. México: McGraw-Hill, 1998.

² Talavera Fernández, P. *Dialogo intercultural y universalidad de los derechos humanos*. IUS. Madrid, 2012.

³ Rodríguez y Rodríguez, Jesús. Antología clásicos mexicanos de los derechos humanos: De la independencia a la constitución vigente. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos,

Existen otros instrumentos con funciones afines, como el mandato de seguridad para la tutela de los derechos fundamentales de origen brasileño. En este sentido, la Constitución Federal brasileña de 1988, creó otros instrumentos procesales para la tutela de los derechos fundamentales: el mandato de seguridad colectivo, instrumento que solo puede interponerse por los particulares afectados en sus derechos fundamentales, que en el caso de carácter colectivo, está dirigido a la tutela de los derechos de esta naturaleza, extensión del mandato de seguridad de carácter individual, el habeas data, que en la legislación brasileña proceden para proteger a los ciudadanos de posibles afectaciones relacionadas con el mundo electrónico, que se pueden desdoblar en la búsqueda de conocimientos de informaciones relacionadas con promoventes.

Así como que conste en bancos de datos pertenecientes a entidades gubernamentales de carácter público, o ya sea para obtener rectificación de datos, cuando el afectado rehúsa la vía judicial o administrativa; el mandado de *injuncao*, similar en funciones a su par norteamericano *writ of injunction*, procedente ante la ausencia de una norma reglamentaria que impide el ejercicio de derechos, prerrogativas o libertades, referidas a la nacionalidad, la soberanía y la ciudadanía, en busca de que las autoridades con potestad reglamentaria no omitan estos particulares; así como la acción de cumplimiento, garantía constitucional establecida en la constitución peruana de 1993, procedente contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o acto administrativo; y la acción popular, referida en busca de la declaración de inconstitucionalidad de

1991.

imposiciones legislativa contraria a la constitución, y extendida a otros países del continente.

De igual modo han proliferado en la defensa de los derechos fundamentales, otros organismos no jurisdiccionales, siguiendo la tradición del Ombudsman, que se han identificado en los *Parliamentary Commissioner*, *Médiateur*, *Volksanwaltschaft*, *Defensore Cívico*, y los que en latinoamericana más han influido, el promotor de justicia de Portugal, y el *Defensor del Pueblo del Texto Constitucional* español de 1978.⁴

1.3 Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Ahora abordaremos solamente la protección de los derechos humanos en el continente en el marco del sistema interamericano.

Con ello no desconocemos que en el fenómeno de la integración en América algunos de estos procesos han abordado las cuestiones relativas a los derechos humanos bien con un carácter específico bien al hilo de la incorporación de la dimensión social en cada uno de esos procesos y que, por tanto, el principio relativo al reconocimiento de los derechos humanos influye decisivamente en la dimensión social de la integración o, por lo menos, existe una estrecha vinculación entre derechos humanos y dimensión social, por lo que muchos de los aspectos que

⁴ Fix Zamudio, Héctor. (2001). Los derechos humanos y su protección jurídica y procesal en Latinoamérica. En Valadés, D. & Rodrigo Gutiérrez Rivas, R. (Coords.), Derechos humanos, Memorias del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional, Tomo III, México: Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 6-17.

integran la dimensión social de la integración en América se conciben como expresiones del ejercicio de determinados derechos fundamentales.

Lo que no sucede, con carácter general, es que estos procesos se hayan dotado de un sistema propio y singular de protección de los derechos fundamentales en la medida en que no se han fortalecido los ordenamientos jurídicos de los propios procesos de integración y, en consecuencia, no ha habido un traspaso de competencias por parte de los Estados a las instituciones que lideran los acuerdos.

La construcción del sistema interamericano tiene un momento de particular importancia en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana de Bogotá, en 1948, que tuvo como antecedente inmediato la Conferencia Interamericana sobre los Problemas de la Guerra y de la Paz de México en 1945, donde se encomendó al Comité Jurídico Interamericano la redacción de un proyecto de resolución sobre el tema.

Esta Declaración se inscribe en un proceso histórico americano en el que la idea de que el ser humano es titular de derechos consustanciales con su naturaleza, inalienables e imprescriptibles, de que estos derechos coexisten con deberes correlativos y que el Estado, y más aún, la autoridad y el poder, son medios para garantizar el bien común, que necesariamente se integra con el respeto y la existencia efectiva de esos derechos, ha sido una constante invariable de nuestra evolución política y jurídica.

Las ideas del liberalismo que siguieron al movimiento emancipador en el

continente, con raíces profundas en el pensamiento de la Ilustración francesa, en la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos, donde son referenciales la Declaración de la Independencia de 1776, las Declaraciones de Virginia y Massachussets y las diez primeras enmiendas de la Constitución Federal, las ideas tradicionales del derecho español y el Derecho Constitucional desarrollado con la emancipación a partir de las ideas de la naturaleza de los derechos humanos y su relación con el Estado.

Esto condujo en América a la conclusión de que los derechos humanos no eran una materia exclusivamente reservada a la jurisdicción interna o doméstica de los Estados y que, por el contrario, de su propia naturaleza, del hecho de ser atributos de la persona humana y no una consecuencia del reconocimiento por el Estado, resultaba la posibilidad de que el Derecho Internacional contribuyera, aunque de manera subsidiaria, a su protección.

El Estado es para los gobernados, seres humanos. En consecuencia, los derechos de esta persona humana, su promoción y protección, no se agotan en el Estado, que está jurídica y políticamente subordinado al bien común general y que no se concibe sin el pleno respeto de todo lo que resulta necesariamente de los atributos que son la consecuencia de su dignidad.⁵

La Declaración comienza considerando que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus Constituciones nacionales reconocen que

⁵ Amnistía Internacional. *Brasil "aquí nadie duerme tranquilo": violaciones de derechos humanos contra detenidos y presos*. Madrid: Amnistía Internacional/Los libros de Catarata, 1999

las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad así como que en repetidas ocasiones, los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana.

Entonces la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución y que la consagración americana de los derechos esenciales del hombre unida a las garantías ofrecidas por el régimen interno de los Estados, establece el sistema inicial de protección que los Estados americanos consideran adecuado a las actuales circunstancias sociales y jurídicas, no sin reconocer que deberán fortalecerlo cada vez más en el campo internacional, a medida que esas circunstancias vayan siendo más propicias.

Quienes participaron en aquella IX Conferencia Internacional Americana de Bogotá, en 1948, donde también se dio nacimiento a la Organización de Estados Americanos con un papel también activo en la consolidación del sistema interamericano de protección de derechos humanos, optaron por no convertir aquel instrumento en una Convención y otorgarle únicamente el rango de Declaración, su valor jurídico ha sido de incuestionable utilidad en la conformación y consolidación de un sistema regional de protección de derechos humanos.

De esta forma, con la reforma a la Carta por el Protocolo de Buenos Aires de 1967, donde se incluye a la Comisión entre sus órganos permanentes con la

misión de velar por los derechos humanos hasta que no entrara en vigor una Convención sobre el tema, es que se entiende que la Declaración Americana se incorporaba a la Carta, y esta última se convertía en una fuente del valor normativo y obligatorio de dicha Declaración, La entrada en vigor de la Convención de Derechos Humanos en 1978 no impidió que en el Estatuto de la Comisión, se estableciera en su artículo 1 que debía entenderse para los fines del Estatuto “los derechos definidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con los Estados partes en la misma” y “los derechos consagrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en relación con los demás Estados miembros.”⁶

1.4 Los instrumentos fundacionales

La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva de 14 de julio de 1989, 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, luego de la reforma a la Carta por el Protocolo de Cartagena de Indias, aprobado el 5 de diciembre de 1985 en la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria, a los que le siguieron el Protocolo de Washington, aprobado el 14 de diciembre de 1992, y el Protocolo de Managua, adoptado el 10 de junio de 1993, se pronunció sobre el valor jurídico de esta Declaración para el

⁶ Stavenhagen, Rodolfo. Derecho indígena y derechos humanos en América Latina. México: El Colegio de México/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1988.

Sistema Interamericano de Derechos Humanos.⁷

A partir de considerar varios artículos de la Carta de la OEA, como el entonces artículo 112, ahora el artículo 106, que establecía que habría “una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá como función principal la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia” y que una “Convención Interamericana sobre Derechos Humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia”;

También el entonces artículo 150, ahora el artículo 145 que establecía que “mientras no entre en vigor la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos a que se refiere el Capítulo XVIII, la actual Comisión Interamericana de Derechos Humanos velará por la observancia de tales derechos”,

El artículo referido del Estatuto de la Comisión de 1979, además del reconocimiento de la Declaración Americana por parte de la Asamblea General de la Organización como una fuente de obligaciones internacionales para los Estados Miembros de la OEA, consideró que “a manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos

⁷ Trindade, Antonio Augusto Cancado. Derecho internacional de los derechos humanos: esencia y trascendencia: (votos en la corte Interamericana de derechos humanos, 1991-2006). México: Editorial Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2007.

humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA.”

Para los Estados Miembros de la Organización, la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta.

De otra parte, el Estatuto de la Comisión define, igualmente, la competencia de la misma respecto de los derechos humanos enunciados en la Declaración.

Es decir, para estos Estados la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales.

Para los Estados Partes en la Convención la fuente concreta de sus obligaciones, en lo que respecta a la protección de los derechos humanos es, en principio, la propia Convención.

La Declaración Americana, la Carta de la OEA y Convención Americana han venido a formar, un solo corpus iuris, que no es más que el derecho interamericano de los derechos humanos.

Al mismo tiempo cabe reconocer que la Carta y la Declaración, por un lado, y la Convención, por otro, desempeñan funciones muy diferentes y, según su contexto, tienen efectos normativos muy distintos.

Para algunos propósitos, estos instrumentos conforman una unidad o un todo; para otros, representan fuentes legales diferentes. Es este un fenómeno que es bastante común en el derecho, una vez que empezamos a analizar la relación

conceptual y normativa que existe entre diferentes instrumentos, instituciones o sistemas legales.

Lo que resulta tan interesante cuando nos lanzamos a investigar el contexto interamericano, es el descubrimiento de que el derecho que hemos venido desarrollando durante años es mucho más sofisticado de lo que nos habíamos imaginado, que vio la luz en esta ciudad, como un instrumento que quienes lo redactaron pensaron carecería de todo efecto legal.

El sistema interamericano de protección de derechos humanos existente en la actualidad es producto de un proceso en que se han ido perfeccionando los mecanismos de protección de los derechos y se ha ampliado considerablemente el contenido de varios derechos humanos.

Se ha fortalecido una dimensión institucional con la Comisión de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que ha introducido dos nuevos mecanismos en su Reglamento, adoptado durante su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre del 2009, para fortalecer el acceso a la justicia de las víctimas y para asegurar la presencia en la Corte de aquellas personas que carezcan de recursos económicos suficientes, o que no tengan representación legal.

Con el Fondo de Asistencia Legal de Víctimas y el Defensor Público Interamericano, y una dimensión sustantiva, que habría que colocar más allá de la Convención Americana de Derechos Humanos y ubicarla en la puesta en vigor de un grupo importante de instrumentos regionales de protección y promoción de

Derechos Humanos, como ha sido, entre otras, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 28 de febrero de 1987, el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte de 28 de agosto de 1991, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará de 5 de marzo de 1995, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 28 de marzo de 1996, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador de 16 de noviembre de 1999, la Carta Democrática Interamericana de 11 de septiembre de 2001, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de 14 de septiembre de 2001, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores de 11 de enero de 2017, y la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y formas conexas de Intolerancia de 11 de noviembre de 2017.

Los dos órganos más importantes del sistema interamericano son: la Comisión Interamericana de Derechos humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1.5 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

En la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en Santiago de Chile en 1959, se adoptó una resolución sobre derechos humanos en la que se declaraba que once años después de proclamada la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y habiéndose avanzado paralelamente en el seno de la Organización de las Naciones Unidas y de la unión conocida como el Consejo de Europa en la reglamentación y ordenación de esta materia hasta el nivel satisfactorio y halagador en que hoy se encuentra, se halla preparado el ambiente en el Hemisferio para que se celebre una Convención, resolvía además de elaborar un proyecto de Convención sobre derechos humanos que debían someterse a la Undécima Conferencia Interamericana, crear una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que se compondrá de siete miembros, elegidos a título personal de ternas presentadas por los gobiernos, por el Consejo de la Organización de los Estados Americanos, encargada de promover el respeto de tales derechos, la cual será organizada por el mismo Consejo y tendrá las atribuciones específicas que este le señale.⁸

En sus primeros años la Comisión Interamericana realizó sus funciones mediante el Estatuto aprobado por el Consejo de la Organización en 1960.

⁸ Trindade, Antonio Augusto Cancado. Derecho internacional de los derechos humanos: esencia y trascendencia: (votos en la corte Interamericana de derechos humanos, 1991-2006). México: Editorial Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2007.

1.6 Propósitos iniciales de la Comisión

Entre sus funciones y facultades estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América; formular recomendaciones, en caso de que los estime conveniente.

Los gobiernos de los Estados miembros en general para que adopten medidas progresivas a favor de los derechos humanos dentro de sus legislaciones internas y tomen, de acuerdo con sus preceptos constitucionales, medidas apropiadas para fomentar la fiel observancia de esos derechos; preparar los estudios o informes que considere convenientes en el desempeño de sus funciones; encarecer a los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informaciones sobre las medidas que adopten en el orden de los derechos humanos; servir de cuerpo consultivo de la Organización de los Estados Americanos en materia de derechos humanos.

En la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, en Río de Janeiro en 1965, Brasil, mediante la Resolución XXII titulada “Ampliación de las Facultades de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, resolvía solicitar de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos que continuara velando por la observancia de los derechos humanos fundamentales en cada uno de los Estados miembros de la Organización.

Que prestara particular atención a esa tarea de la observancia de los derechos humanos; del mismo modo autorizaba a la Comisión para que examinara las comunicaciones que le fueran dirigidas y cualquier información disponible, para

que se dirigiera al gobierno de cualquiera de los Estados americanos con el fin de obtener las informaciones que considerase pertinentes y para que les formulara recomendaciones cuando lo considere apropiado.

También solicitaba de la Comisión que rindiera un informe anual a la Conferencia Interamericana o a la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores que incluyera una exposición sobre el progreso alcanzado en la consecución de los objetivos señalados por la Declaración Americana, el cual debía contener una relación sobre los campos en los cuales habrían de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los derechos humanos conforme lo prescribe la citada Declaración, y para formular las observaciones que la Comisión considerase apropiadas respecto de las comunicaciones y sobre cualquiera otra información que la Comisión tenga a su alcance; en igual medida resolvía que la Comisión debía verificar, como medida previa, si los procesos y recursos internos de cada Estado miembro fueron debidamente aplicados y agotados.

La resolución de la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria provocó que en 1966 se modificara el Estatuto de la Comisión para incorporar a su artículo 9° las nuevas facultades, del mismo modo que provocó una modificación a su Reglamento. Más adelante, como ya adelantamos, con la Reforma a la Carta de la OEA mediante el Protocolo de Buenos Aires de 1967, la Comisión se convierte en un órgano principal de la Organización, y se expresaba en su artículo 150 que mientras no entrara en vigor la Convención Americana la Comisión se encargaría de velar por la observancia de los derechos humanos, del mismo modo que en su artículo 112 se indicaba que una convención interamericana sobre derechos

humanos sería la encargada de determinar la estructura, competencia y procedimiento de esta Comisión.

Con la firma de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José en 1969 se establece en el Capítulo VII los elementos organizativos, funciones, competencia y el procedimiento de la Comisión.

Entre los elementos fundamentales de su composición se encuentra que esta se compondrá de siete miembros de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos elegidos a título personal por la Asamblea General de la Organización de una lista de candidatos propuestos por los gobiernos de los Estados miembros y por un período de cuatro años los que podrían ser reelegidos una vez.

La principal función de la Comisión es “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos”, para lo cual se definen entre sus funciones y atribuciones “formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos”.

También “preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones”; “solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos”; “atender las consultas que, por medio de la Secretaría

General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos”, “rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos”, entre otras.

La Comisión era competente para recibir peticiones presentada por cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización que contuvieran denuncias o quejas de violación de la Convención por un Estado parte, así como para recibir y examinar las comunicaciones por parte de un Estado parte y que en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión, o en cualquier momento posterior declarara el reconocimiento de la competencia de la Comisión, que alegara que otro Estado parte hubiera incurrido en violaciones de los derechos humanos.

En la actualidad la Comisión Interamericana se rige por el Estatuto adoptado por la Asamblea General de la OEA en su noveno período ordinario de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979, que establece entre sus atribuciones en el artículo 19 además de diligenciar las peticiones y otras comunicaciones, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de la Convención

- Comparecer ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos previstos en la Convención.
- Solicitar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tome las medidas provisionales que considere pertinentes en asuntos graves y urgentes que aún no estén sometidos a su conocimiento,

cuando se haga necesario para evitar daños irreparables a las personas.

- Consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o de otros tratados sobre la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.
- Someter a la consideración de la Asamblea General proyectos de protocolos adicionales a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con el fin de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades”, así como
- Someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, por conducto del Secretario General, propuestas de enmienda a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

1.7 Funciones de la Comisión

La importancia que resulta el mecanismo de medidas cautelares que podría adoptar la Comisión así, se establece en consecuencia que “la Comisión podrá, a iniciativa propia o a solicitud de parte, solicitar que un Estado adopte medidas cautelares.

Tales medidas, ya sea que guarden o no conexidad con una petición o caso, se relacionarán con situaciones de gravedad y urgencia que presenten un riesgo de daño irreparable a las personas o al objeto de una petición o caso pendiente ante los órganos del Sistema Interamericano”.

Se explicita que a los efectos de tomar la decisión la Comisión debe

considerar la “gravedad de la situación”, que “significa el serio impacto que una acción u omisión puede tener sobre un derecho protegido o sobre el efecto eventual de una decisión pendiente en un caso o petición ante los órganos del Sistema Interamericano”, también la “urgencia de la situación” que “se determina por la información que indica que el riesgo o la amenaza sean inminentes y puedan materializarse, requiriendo de esa manera acción preventiva o tutelar” y el “daño irreparable” que “significa la afectación sobre derechos que, por su propia naturaleza, no son susceptibles de reparación, restauración o adecuada indemnización.”

Estas medidas cautelares “podrán proteger a personas o grupos de personas, siempre que el beneficiario o los beneficiarios puedan ser determinados o determinables, a través de su ubicación geográfica o su pertenencia o vínculo a un grupo, pueblo, comunidad u organización”.

En cuanto a los elementos de gravedad, urgencia e irreparabilidad, la Comisión ha establecido de manera reiterada, al igual que las medidas provisionales de la Corte Interamericana, que las medidas cautelares tiene un doble carácter, uno cautelar y otro tutelar. “Respecto del carácter tutelar, las medidas buscan evitar un daño irreparable y preservar el ejercicio de los derechos humanos.

Con respecto al carácter cautelar, las medidas cautelares tienen como propósito preservar una situación jurídica mientras está siendo considerada por la CIDH” del mismo modo que “los hechos alegados que motivan una solicitud de medidas cautelares no requieren estar plenamente comprobados, sino que la información proporcionada debe ser apreciada desde una perspectiva

primeramente que permita identificar una situación de gravedad y urgencia”.

Esta importante función protectora de los derechos humanos a cargo de la Comisión en el sistema interamericano, sin embargo, es blanco de muchas críticas desde su nacimiento.

Aun cuando pueda destacarse los servicios en la protección de los derechos humanos en el sistema interamericano, que son incuestionables, no deja de sorprender, por ejemplo, que en su Informe Anual de 2018, en medio de grandes complejidades para la región en materia de derechos humanos, y en medio de una confrontación ideológica abierta, haya decidido realizar únicamente informes especiales sobre la situación de derechos humanos en Cuba, Nicaragua y Venezuela, casualmente tres de los Estados que configuran una especie de “eje” contra el cual se ha abierto una descarnada confrontación política, económica e ideológica por parte de Estados Unidos y otros Estados del continente.

2. LA CONVENCIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

SUMARIO: *2.1 Las particularidades 2.2 Funciones de la Corte Interamericana 2.3 Competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 2.4 La formación de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana*

2.1 Las particularidades

Convocada una conferencia especializada interamericana por la OEA para la redacción de un tratado sobre derechos humanos, se aprueba en 1969 en San José la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José.

La Corte Interamericana constituye una institución judicial autónoma con el objetivo de aplicar e interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y ejerce una función jurisdiccional y una función consultiva.

La Corte contó con un primer Reglamento aprobado en su III Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 30 de junio al 9 de agosto de 1980.

La Corte se ha convertido en uno de los pilares del sistema interamericano de derechos humanos y una de las instituciones de mayor prestigio en el continente, pese a sus evidentes limitaciones materiales y de funcionamiento. Independientemente de la filiación política o ideológica que se asuma para entender

los problemas de este mundo, y de las justas críticas al papel de la Organización de Estados Americanos en el continente americano, sobre todo por la posición injerencista de los Estados Unidos, basta con echar una simple ojeada a la jurisprudencia y opiniones consultivas de la Corte para constatar todo un desarrollo doctrinal y teórico profundo, elevado y revolucionario que se vuelca, cada vez con mayor hondura, a hacer en la práctica la realización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en una región marcada por grandes problemáticas sociales, económicas y políticas.

La Corte Interamericana constituye una institución judicial autónoma con el objetivo de aplicar e interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y ejerce una función jurisdiccional y una función consultiva.

La historia de la Corte Interamericana no es ajena al contexto histórico, social y cultural de nuestra región. Todo lo contrario, su jurisprudencia, tanto a través de casos contenciosos, opiniones consultivas o medidas provisionales, refleja la búsqueda de respuestas concretas a las problemáticas que han aquejado a las personas de nuestra América.

En este camino hacia la efectiva protección de los derechos humanos, la Corte ha tenido oportunidad de desarrollar importantes estándares, que resultan esenciales para dar respuestas a los retos actuales que enfrentan nuestras democracias constitucionales.

Constituye un pilar del sistema interamericano de protección de los derechos humanos que debe enfrentarse a grandes dificultades de diversa

naturaleza, que de alguna manera muestra debilidades para la eficacia del sistema en todo el continente.

Un dato revelador de inicio nos indica que, en la actualidad, de los 35 Estados que conforman la OEA, solo 20 reconocen la competencia contenciosa de la Corte.

La Convención permite que “todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.”⁹

Esta posibilidad de reconocer o no la competencia de la Corte se convierte en un elemento de debilidad en el sistema de protección de los derechos humanos en el marco de la Organización de Estados Americanos, con evidentes consecuencias para completar un sistema de protección al amparo de esta Organización.

Otro de los problemas más serios que enfrenta la Corte es su condición de órgano judicial de carácter no permanente, es decir, no es un órgano a tiempo completo.

La Convención Americana dispuso en su artículo 58 que la Corte tendría su sede en el lugar que determinaran los Estados Partes en la Convención en la

⁹ Buergenthal, Thomas, y Judith V. Torney. Los derechos humanos: Una nueva conciencia internacional. Buenos Aires: Distribuidora argentina, 1978.

Asamblea General de la Organización, y podría “celebrar reuniones en el territorio de cualquier Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos en que lo considere conveniente por mayoría de sus miembros y previa aquiescencia del Estado respectivo”, del mismo modo que “los Estados Partes en la Convención pueden, en la Asamblea General por dos tercios de sus votos, cambiar la sede de la Corte.”

Así, los Estados Partes durante el Sexto Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General, en noviembre de 1978, aceptaron la oferta formal del Gobierno de Costa Rica para establecer la sede de la Corte en San José.

La resistencia por otorgarle carácter permanente a la institución, no obstante, supuso desde el inicio grandes escollos para el correcto funcionamiento de la Corte.

Una vez constituida la Corte, fue oficialmente inaugurada en San José de Costa Rica el día 3 de setiembre de 1979.

Una de las primeras tareas fue la preparación del proyecto del Estatuto de la Corte, que debía ser aprobado por la Asamblea General de la OEA.

También había que presentar un proyecto de presupuesto. Sin embargo, primero se tuvo que enfrentar un obstáculo inesperado.

Poco después de la solemne inauguración de la Corte, aunque la sede oficial estaba en ese hermoso país, el gobierno no otorgó un espacio físico propio, ni siquiera un piso de oficinas. Como consecuencia, la primera sesión se realizó en el área de recreo del Colegio de Abogados de Costa Rica.

Al poco tiempo, se trasladó a unas oficinas del edificio de la Corte Suprema de Costa Rica para luego instalarnos en definitiva en nuestras oficinas permanentes.

La Corte se compone de siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la Organización, elegidos por los Estados Partes durante el período de sesiones de la Asamblea General de la OEA, antes de la expiración del mandato de los jueces salientes, por los Estados Parte de la Convención Americana, en votación secreta y por mayoría absoluta de votos.

Son “elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos.”

Se eligen por seis años y gozan “desde el momento de su elección y mientras dure su mandato, de las inmunidades reconocidas a los agentes diplomáticos por el derecho internacional”, además de que “durante el ejercicio de sus cargos gozan, además, de los privilegios diplomáticos necesarios para el desempeño de sus funciones”.

En este sentido tampoco podrá exigírsele “responsabilidad en ningún tiempo a los jueces de la Corte ni a los miembros de la Comisión por votos y opiniones emitidos en el ejercicio de sus funciones.”

Del mismo modo prevé la asistencia de los jueces en el ejercicio de sus funciones por la Secretaría del Tribunal, también un Secretario Adjunto que asistirá

al Secretario en el ejercicio de sus funciones y suplirá sus faltas temporales y la posibilidad de designar jueces ad hoc por los Estados en los casos previstos en el artículo 45 de la Convención, es decir, en los casos en que se haya presentado alguna comunicación de un Estado donde alegue la violación por otro Estado de las disposiciones, siempre que en el momento del depósito del instrumento de ratificación o adhesión haya reconocido la competencia de la Comisión para recibir y examinar las referidas comunicaciones.

Desde hace algún tiempo ya se ha manifestado la cuestión problemática de la carencia de un presupuesto para pagar regularmente un salario a los jueces de la Corte, que posibilite hacer su trabajo más allá de las semanas de sesiones que celebren al año.

Cuando fue presidente de la Corte, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, se ha pronunciado por la necesidad de que los siete jueces tengan dedicación exclusiva para evitar conflictos de interés y proteger su credibilidad.

En tal sentido, los problemas de orden financiero por los que atraviesa -y ha atravesado- la Corte generan críticas y opiniones de diverso tipo. En este caso, los aportes de los Estados para el presupuesto de esta institución son obvio que genere inquietudes.

Otra de las preocupaciones siempre latente en este sistema de protección de los derechos humanos ha sido el acceso directo del individuo al mecanismo de protección de la Corte.

2.2 Funciones de la Corte Interamericana

La Convención Americana establece que solo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte y esta última deberá comparecer en los casos ante la Corte.¹⁰

En todo caso, pese a la intervención aún de la Comisión Interamericana en el inicio del contencioso ante la Corte, se ha avanzado considerablemente en un reconocimiento paulatino a las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes legales en todas las etapas del proceso ante la Corte sin que se haya logrado la presencia del individuo, es decir, el acceso directo del individuo a la Corte.

Posteriormente, el Reglamento de la Corte de 1996, dispondrá en su artículo 23 la posibilidad de participación de los representantes de las víctimas o de sus familiares en la etapa de reparaciones para que pudieran presentar sus propios argumentos y pruebas en forma autónoma, además de prever que la comunicación por el secretario de la Corte en torno a la demanda, contestación y excepciones preliminares debería hacerse tanto al denunciante como a la presunta víctima o sus familiares.

La nueva norma vino a darle legitimidad activa, en la etapa de reparaciones, a los representantes de las víctimas o de sus familiares, quienes anteriormente presentaban sus alegaciones a través de la CIDH, la cual las hacía suyas. El

¹⁰ Becerra Ramírez, Manuel, coord. La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento. México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

Tribunal pasó a comunicar a los denunciantes originales, a las víctimas o a sus representantes y familiares, los principales actos del procedimiento escrito del caso sometido a la Corte y las sentencias atinentes a las distintas etapas del proceso.

Fue este el primer paso concreto para lograr el acceso directo de los individuos a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y asegurar su más amplia participación en todas las etapas del procedimiento.

Con el otorgamiento a las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes legales, en todas las etapas del proceso ante la Corte, pasan ellos a disfrutar de todas las facultades y obligaciones, en materia procesal, que, hasta el Reglamento de 1996, eran privativos únicamente de la CIDH y del Estado demandado. Esto implica que, en el procedimiento ante la Corte, podrán coexistir, y manifestarse, tres posturas distintas: la de la presunta víctima o sus familiares o representantes legales, como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; la de la CIDH, como órgano de supervisión de la Convención y auxiliar de la Corte; y la del Estado demandado.

Luego vinieron las reformas al Reglamento, con el objetivo de agilizar el procedimiento y aliviar los costos que suponía, y una reforma, con similares propósitos, hasta que finalmente se aprobó por la Corte el vigente Reglamento.

La preocupación para las víctimas provenía de que tenían capacidad para participar en el procedimiento, pero en forma dependiente porque el rol de la Comisión no había cambiado; era ella todavía la demandante, aun cuando el Reglamento de 2003 había caracterizado a la Comisión como parte “solamente

procesal”.

En realidad, el hecho de una doble participación en la representación de los intereses de las víctimas, con la posibilidad de formular peticiones a la Corte y de presentar pruebas, incomodaba a muchos. La inevitable repetición de argumentos, el incremento de presentación de testigos y peritos y de los interrogatorios y contrainterrogatorios alargaban mucho las audiencias y a menudo las presentaciones e interrogatorios no tenían mayor utilidad... los Estados comenzaron a objetar el hecho de que tanto la Comisión como los representantes de las presuntas víctimas presentaran demandas y pruebas de manera separada.

Los Estados consideraban que la igualdad del proceso se había quebrado porque después de la reforma debían litigar contra dos partes.”.¹¹

En tal sentido, el nuevo Reglamento de la Corte somete a reforma el papel de la Comisión en el procedimiento ante la Corte, pues “conforme al artículo 35, la Comisión ya no inicia el procedimiento con la presentación de una demanda, sino con la remisión de su informe de fondo, emitido conforme al artículo 50 de la Convención.

Al enviar este informe, la Comisión debe presentar los fundamentos que la llevaron a someter el caso a la Corte. Además, a diferencia del anterior Reglamento, la Comisión no podrá ofrecer testigos y declaraciones de presuntas víctimas y, de acuerdo al mencionado artículo, solo en ciertas circunstancias podrá ofrecer peritos.

¹¹ Becerra Ramírez, Manuel, coord. La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento. México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

Asimismo, en los casos en los que se realice audiencia, la Comisión será la que inicie la misma, exponiendo los motivos que la llevaron a presentar el caso.

Los interrogatorios podrán ser hechos por los representantes de las presuntas víctimas y los del Estado.

La Comisión podrá interrogar a los peritos en la situación prevista en el artículo 52. Al cerrar la etapa de alegatos, regulada en el artículo 51.7, la Comisión expondrá sus observaciones finales, como así queda establecido en el numeral 8 del mismo artículo. Cabe resaltar que este nuevo procedimiento fue detalladamente considerado con la Comisión.

De importancia resultó la incorporación en el Reglamento de la figura del Defensor Interamericano para la representación de aquellas víctimas que no cuenten con representación legal en el procedimiento ante la Corte, los que son designados de oficio por la propia Corte.

Esta figura se complementa en su labor con el Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, por lo que se sustituye la labor de la Comisión en la representación de las presuntas víctimas que carecían de representación legal, como se establecía en el reglamento anterior, de modo que “se garantiza que toda presunta víctima tenga un abogado que haga valer sus intereses ante la Corte y se evita que las razones económicas impidan contar con representación legal”; y en otro tanto “se evita que la Comisión tenga una posición dual ante la Corte, de representante de víctimas y de órgano del sistema”.

En otro tanto, el artículo 44 del Reglamento de la Corte también reconoce la figura

del *amicus curiae*, que en los casos contenciosos podrá presentar por escrito opiniones en cualquier momento del proceso, pero no más allá de los 15 días posteriores a la celebración de la audiencia pública.

En igual sentido podría presentar escritos en los procedimientos de supervisión de cumplimiento de sentencias y de medidas provisionales.

2.3 Competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos registra una importante labor en la protección de los derechos humanos en el ámbito regional por vía de casos contenciosos.

Entre otras ideas se señalaba que, en estos cuarenta años, la jurisprudencia interamericana ha servido de faro para enfrentar temáticas regionales complejas, como desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, tortura, límites a la jurisdicción militar, uso de la fuerza pública, pena de muerte, incompatibilidad de las leyes de amnistía, debido proceso, protección judicial y acceso a la justicia, entre tantas otras cuestiones paradigmáticas en la salvaguarda de los derechos humanos.

Mención aparte merecen los amplios y consolidados estándares en materia de libertad de pensamiento y expresión, piedra angular de la Democracia, que le han permitido a este Tribunal contribuir en la consolidación del Estado de Derecho en nuestra América.

El nacimiento de la Corte se produce en un momento de extrema complejidad para el continente en materia de derechos humanos.¹²

Esto porque gran parte del hemisferio occidental sufría de violaciones masivas a los derechos humanos.

La guerra fría, en la América de aquella época, permitió que los regímenes militares y las dictaduras civiles torturaran e hicieran desaparecer a cualquier persona que catalogaran como subversivo. A menudo, también, el simple hecho de hablar públicamente de derechos humanos podía ser motivo de encarcelamiento o de medidas aún más drásticas.

En 1979 muchos países sudamericanos, entre ellos Brasil, Argentina, Paraguay, Bolivia, Chile y Uruguay, estaban en manos de regímenes militares.

Con excepción de la democrática Costa Rica, la situación en América Central no era mucho mejor, ni siquiera en los países como Panamá, Haití y la República Dominicana.

La entonces llamada “democracia” de México no favorecía ni a los derechos humanos ni a las instituciones internacionales de derechos humanos. Sin embargo, todos esos países tenían derecho al voto en las decisiones que se tomarían sobre el estatuto y presupuesto, a pesar de no haber ratificado la Convención.

Desde entonces el entorno regional nunca ha sido fácil para el trabajo de la Corte. Ha tenido que enfrentar duras situaciones en la protección de los derechos

¹² Becerra Ramírez, Manuel, coord. La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento. México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

humanos en una región marcada por serios problemas de gobernabilidad y con una desigualdad económica y social estructural al sistema imperante, con impactos negativos directos en la promoción y protección de los derechos humanos.

Para poner en perspectiva lo que decimos, baste con mencionar cómo la Corte tuvo que enfrentar las consecuencias de la nefasta “Operación Cóndor” en el continente, que llevó a conocer de violaciones graves a los derechos humanos durante los regímenes de Fujimori, en los casos de Barrios Altos y La Cantuta, por citar algunos, de Pinochet, caso Almonacid y del régimen Stroessner, caso Goiburú y Otros.

Algunos de estos casos se han sumado a otros para integrar el llamado “ciclo de casos de masacres”, como lo fue el ya citado Caso Barrios Altos Vs. Perú (2001), el Caso Caracazo Vs. Venezuela (1999 y 2002), el Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala (2004), el Caso de la *Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia (2005), el Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia (2006), el Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia (2006), y el ya mencionado también Caso La Cantuta Vs. Perú (2006), entre otros.

En estos casos del “ciclo de masacres”, la contribución de la Corte “se extendió, desde las bases de la responsabilidad internacional, a las consecuencias jurídicas de la responsabilidad internacional agravada para las reparaciones.

Dada la complejidad de estos casos, la Corte IDH se concentró en la determinación de la condición de víctima, en nuevo desarrollo jurisprudencial a este respecto: la Corte IDH procedió a la identificación -inclusive subsiguiente- y

categorización de las víctimas con el debido cuidado, para no dejar de incluir ninguna de ellas, para los efectos de reparaciones por ejemplo a los familiares próximos y reveló la interacción entre las jurisdicciones internacional y nacional en el dominio de la protección de los derechos humanos.

En relación con las masacres ocurridas en Guatemala, y en seguida en Perú, la determinación de la responsabilidad internacional del Estado, a nivel internacional) inclusive precedió la determinación, a nivel nacional, de la responsabilidad penal de dos jefes de Estado; la jurisdicción internacional llegó aún a prestar asistencia a la nacional en épocas de violenta represión”.

2.4 La formación de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana

De este modo, la Corte ha tenido que levantarse frente a esas realidades y marcar un desarrollo jurisprudencial de vanguardia, que, con muchas limitaciones, constituye un mecanismo de protección de los derechos humanos de enorme trascendencia para la región. Por fortuna, ya lo hemos adelantado de alguna manera, en momentos de violaciones graves de los derechos humanos en el continente la Corte ha desplegado una jurisprudencia de notable repercusión y ha establecido estándares de especial relevancia para niñas, niños y adolescentes; mujeres; personas mayores; pueblos indígenas y tribales; personas con discapacidad; afrodescendientes y personas LGTBI.¹³

Es rica también la jurisprudencia interamericana a favor de migrantes,

¹³ Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando. La cuestión étnico nacional y derechos humanos: el etnocidio: los problemas de la definición conceptual. México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996.

refugiados o solicitantes de asilo; privados de la libertad; desplazados forzados; defensoras y defensores de derechos humanos; periodistas y personas en situación de pobreza.

Hace pocos años se había advertido entre las principales líneas jurisprudenciales de la Corte, en cuanto a número de casos y porcentaje del total de asunto, los pronunciamientos relativos a la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; la ejecución extrajudicial; la desaparición forzada de personas; la jurisdicción militar; las leyes de amnistía; las responsabilidades ulteriores en el ejercicio de la libertad de expresión y pena de muerte.

En el Informe Anual de la Corte del año 2017, tomado como un botón de muestra, se dejó ver todo un desarrollo jurisprudencial que reitera criterios en unos casos e incorpora otros de carácter novedoso. Entre estos se encuentra la desaparición forzada como violación múltiple y permanente de derechos humanos y sus elementos, la desaparición forzada en el contexto de un conflicto armado, la aplicación de análisis de necesidad y razonabilidad de restricciones a la libertad de expresión en contextos laborales, el derecho a la estabilidad laboral como derecho protegido por la Convención Americana, la no limitación del derecho de asociación laboral a la actividad sindical, el derecho a la vida y a la integridad personal en el contexto militar, la incompatibilidad del fuero militar para juzgar violaciones de derechos humanos, los estándares sobre independencia de los órganos investigadores en casos de muerte derivada de una intervención policial, la debida diligencia y plazo razonable en casos de alegada violencia sexual, etc.

Entre los fallos más importantes de la Corte en casos contenciosos se

encuentra Velásquez Rodríguez vs Honduras, de 29 de julio de 1988, que constituyó su primer fallo en un caso contencioso, con importantes pronunciamientos sobre la desaparición forzada, ochos antes de la entrada en vigor de la de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Con este fallo, la Corte se convirtió en el primer tribunal internacional en abordar de manera decidida la problemática de las desapariciones forzadas.

Respuesta que tuvo significativo impacto teniendo en consideración las graves violaciones a derechos humanos en el contexto de gobiernos autoritarios de la región en la segunda mitad del Siglo XX.

Este primer caso fue fundamental para cimentar el camino que vendría después, desarrollando las características y elementos de la desaparición forzada de personas, años antes de la existencia de la Convención Interamericana sobre la materia, cuyo texto fue inspirado en los estándares y en la jurisprudencia de esta Corte.¹⁴

En ella expresó que la desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar.

El secuestro de la persona es un caso de privación arbitraria de libertad que conculca, además, el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su arresto, que

¹⁴ Porras del Corral, Manuel. Biotecnología, derecho y derechos humanos. Córdoba: Publicaciones Obra Social y Cultural Caja Sur, 1996

infringe el artículo 7 de la Convención que reconoce el derecho a la libertad personal. Además, el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la libertad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, lo que constituye, por su lado, la violación de las disposiciones del artículo 5 de la Convención que reconocen el derecho a la integridad personal.

La práctica de desapariciones, en fin, ha implicado con frecuencia la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y de procurar la impunidad de quienes lo cometieron, lo que significa una brutal violación del derecho a la vida, reconocido en el artículo 4 de la Convención y concluyó que la práctica de desapariciones, a más de violar directamente numerosas disposiciones de la Convención, como las señaladas, significa una ruptura radical de este tratado, en cuanto implica el craso abandono de los valores que emanan de la dignidad humana y de los principios que más profundamente fundamentan el sistema interamericano y la misma Convención.

La existencia de esa práctica, además, supone el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado de modo que se garanticen los derechos reconocidos en la Convención.

No sería ocioso recordar que la Corte ha sido pionera en decisiones que luego han sido reconocidas por otros tribunales internacionales. Un ejemplo de ello lo constituyó el Caso Barrios Altos, cuando consideró “inadmisibles las

disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.

Además, la Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8o y 25 de la Convención.

Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención.

Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana.

Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.

Otra decisión audaz, y de particular importancia en las decisiones de la Corte, lo constituyó la ampliación del contenido material del *jus cogens*, que no abarcaría solo a la prohibición de la tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o la violación del principio de la igualdad y no discriminación, sino también el derecho de acceso a la justicia lato sensu.

Como señalo la Corte en el Caso Caso Goiburú y otros (2006): (...) ante la naturaleza y gravedad de los hechos, más aún tratándose de un contexto de violación sistemática de derechos humanos, la necesidad de erradicar la impunidad se presenta ante la comunidad internacional como un deber de cooperación interestatal para estos efectos. La impunidad no será erradicada sin la consecuente determinación de las responsabilidades generales -del Estado- y particulares -penales de sus agentes o particulares-, complementarias entre sí.

3. EL ACCESO A LA JUSTICIA A TRAVÉS DE LA CORTE INTERAMERICANA

SUMARIO: *3.1 La importancia del acceso a la justicia 3.2 La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 3.3 Las medidas cautelares 3.4 Las reparaciones 3.5 Control de convencionalidad 3.6 Supervisión de sentencias*

3.1 La importancia del acceso a la justicia

El acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones erga omnes para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el derecho internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo.

El acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones erga omnes para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el Derecho Internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de hechos de esa índole, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo.

La Corte recuerda que, bajo el mecanismo de garantía colectiva establecido en la Convención Americana, en conjunto con las obligaciones internacionales regionales y universales en la materia, los Estados Parte en la Convención deben colaborar entre sí en ese sentido.

Ahora, en los terribles casos que conformaron el mencionado “ciclo de masacres”, la construcción jurisprudencial tuvo un momento seminal en identificar, en la perpetración de violaciones graves a los derechos humanos, planeaciones y ejecuciones por parte del mismo Estado, que se convirtió en instrumento y medio eficaz para la comisión de tales violaciones, así como la existencia de una “responsabilidad internacional agravada”, con impactos considerables en el ámbito de las reparaciones.

En relación con el primer punto, la Corte sostuvo en el Caso Goiburú y otros: que la preparación y ejecución de la detención y posterior tortura y desaparición de las víctimas no habrían podido perpetrarse sin las órdenes superiores de las jefaturas de policía, inteligencia y del mismo jefe de Estado de ese entonces, o sin la colaboración, aquiescencia y tolerancia, manifestadas en diversas acciones realizadas en forma coordinada o concatenada, de miembros de las policías, servicios de inteligencia e inclusive diplomáticos de los Estados involucrados.

Los agentes estatales no solo faltaron gravemente a sus deberes de prevención y protección de los derechos de las presuntas víctimas, consagrados en el artículo 1.1 de la Convención Americana, sino que utilizaron la investidura oficial y recursos otorgados por el Estado para cometer las violaciones.

En tanto Estado, sus instituciones, mecanismos y poderes debieron funcionar como garantía de protección contra el accionar criminal de sus agentes. No obstante, se verificó una instrumentalización del poder estatal como medio y recurso para cometer la violación de los derechos que debieron respetar y garantizar, ejecutada mediante la colaboración interestatal señalada. Es decir, el Estado se constituyó en factor principal de los graves crímenes cometidos, configurándose una clara situación de “terrorismo de Estado”.¹⁵

En más de una vez se reiteró que en este tipo de casos se trataba de verdaderos casos de “crímenes de Estado”. Aunque la expresión utilizada por la Corte en el referido caso sería “terrorismo de Estado”, para este juez la existencia de un verdadero crimen de Estado se encontraba comprobado “y, más que esto, en una amplia dimensión, en una red verdaderamente interestatal o, para usar una caracterización que está de moda, «transnacional» o «multinacional».

Por tales razones el caso Goiburú y Otros se insertaba “en una política de terrorismo de Estado que victimizó, del modo más cruel y brutal, miles de personas y sus familiares en los países que montaron la Operación Cóndor, la cual inclusive se permitió cometer violaciones graves de los derechos humanos «extraterritorialmente», en otros países, y otros continentes.”

El crimen de Estado solo no existe dentro de la cabeza de los jusinternacionalistas “iluminados” que afirman dogmáticamente que el Estado no puede cometer un crimen, y punto final.

¹⁵ Beuchot, Mauricio. Derechos humanos: historia y filosofía. México: Fontamara, 1999.

Siguen ignorando episodios como los del presente caso, históricamente comprobados, y otros casos de masacres adjudicados por la Corte Interamericana (casos, v.g., de la Masacre de Barrios Altos, de la Masacre de Plan de Sánchez, de los 19 Comerciantes, de la Masacre de Mapiripán, de la masacre de la Comunidad Moiwana, de la Masacre de Pueblo Bello, de las Masacres de Ituango), y asesinatos planificados al más alto nivel del poder estatal (casos, v.g., de Barrios Altos, y de Myrna Mack Chang), contando hoy inclusive con el reconocimiento de responsabilidad internacional por parte de los Estados demandados por su ocurrencia.

Algo no deja de existir simplemente, porque uno afirma que no puede existir. Los jusinternacionalistas no pueden seguir indiferentes al sufrimiento humano, que se desprende de hechos históricamente comprobados. Mientras la doctrina jusinternacionalista contemporánea insista en negar lo históricamente comprobado -los crímenes de Estado- estará eludiendo un tema de la mayor gravedad, con sus consecuencias jurídicas, comprometiendo su propia credibilidad.

En este sentido, también en el Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile (2006), la Corte consideró el asesinato del señor Almonacid Arellano como parte de una “política de Estado de represión a sectores de la sociedad civil, y representa solo un ejemplo del gran conjunto de conductas ilícitas similares que se produjeron durante esa época.

Igualmente en el Caso La Cantuta, la Corte consideró “reconocido y probado que la planeación y ejecución de la detención y posteriores actos crueles, inhumanos y degradantes y ejecución extrajudicial o desaparición forzada de las

presuntas víctimas, realizadas en forma coordinada y encubierta por miembros de las fuerzas militares y del Grupo Colina, no habrían podido perpetrarse sin el conocimiento y órdenes superiores de las más altas esferas del poder ejecutivo y de las fuerzas militares y de inteligencia de ese entonces, específicamente de las jefaturas de inteligencia y del mismo Presidente de la República.”

La Corte sostuvo que esta forma de violación de los derechos humanos consagradas en la Convención, o “crimen de Estado la corte prefería hablar en su voto razonado en el Caso Goiburú de “crímenes desde el Estado” o “terrorismo desde el Estado”, es decir, crímenes y terrorismo a través del empleo del poder y de los medios e instrumentos con que cuentan quienes lo detentan, enfilados a delinquir, daba lugar a una “responsabilidad internacional agravada” del Estado.

Con fuerza la Corte esgrimió esta idea por los hechos ocurridos en el marco de la Operación Cóndor y por las faltas a la obligación de investigarlos efectivamente. En tal sentido sostuvo en el Caso Goiburú y otros, que “la responsabilidad internacional del Estado se ve agravada cuando la desaparición forma parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado”, en tanto se trata “de un delito de lesa humanidad que implica un craso abandono de los principios esenciales en que se fundamenta el sistema interamericano.”

En esta misma línea, la Corte remata sosteniendo que “la tortura y desaparición forzada de las presuntas víctimas, cuya prohibición tiene carácter de normas inderogables de derecho internacional o *jus cogens*, fueron perpetradas con la colaboración de autoridades de otros Estados del continente y se encuentran parcialmente en la impunidad ante las faltas a la obligación de investigarlas.

La gravedad de los hechos no puede desvincularse del contexto en que ocurrieron y es deber de esta Corte destacarlo, en atención a la preservación de la memoria histórica y a la imperante necesidad de que hechos similares no vuelvan a repetirse.

En este aspecto, resulta también interesante, no obstante, la cautela que imprimió el juez Sergio García Ramírez en su voto razonado en el Caso Goiburú y otros, al mostrar “algunas preocupaciones en relación con ciertos conceptos”, entre los que se encontraron la “responsabilidad internacional agravada”.

En tal sentido, sostuvo que “no existe tal responsabilidad «agravada», como tampoco una responsabilidad “atenuada”, porque la responsabilidad solo implica, sin consideraciones de intensidad o matiz, la posibilidad o necesidad de «responder» por determinados hechos en virtud de un título jurídico de imputación que vincula determinada conducta con cierta persona que ha de responder por aquella a través del establecimiento de ciertas consecuencias jurídicamente.

Por supuesto, esto no significa que las violaciones de derechos humanos carezcan de “tono propio” y revistan invariablemente la misma gravedad. Lo que es uniforme es la responsabilidad -vínculo lógico jurídico entre un hecho, un responsable y unas consecuencias-, no los hechos de los que aquella deriva ni los efectos que el tribunal les atribuye. En otros términos, los hechos pueden ser calificados como leves, graves o gravísimos, y las consecuencias, como ordinarias, severas o severísimas. En cambio, la responsabilidad es solo responsabilidad.

De cualquier manera, e independientemente de estas cuestiones de índole terminológicas, pues como el propio juez Sergio García subrayó, “la referencia a

una responsabilidad agravada del Estado, que se monta sobre la gravedad objetiva de los hechos y apunta hacia la severidad de las medidas sancionadas, no modifica la razón y pertinencia del juicio condenatorio”, en tanto “en este caso, las palabras no influyen en la estructura del juicio y la determinación del resultado”, lo destacable en realidad lo constituyó las consecuencias que en el ámbito de las reparaciones conllevaba esta responsabilidad.

Debemos anotar también los pronunciamientos de la Corte en casos contenciosos que involucraban a las comunidades indígenas del continente.

Sus pronunciamientos fueron contruidos con argumentos eruditos y desde una comprensión universal de los problemas, con una conciencia de la diversidad cultural como patrón de medida para la tutela, desde interpretaciones evolutivas y *pro persona*.

Recordemos, por ejemplo, el Caso Mayagua Awas Tingni versus Nicaragua (2001), donde la Corte consideró vulnerado el artículo 21 de la Convención, referido a la protección de la propiedad privada, en relación con la forma comunal de propiedad prevaleciente entre los miembros de dicha Comunidad.

La Corte para arribar a esta conclusión tuvo en cuenta que: Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de esta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad.

Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas

mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica.

Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.

Por tanto, la Corte consideró que “a la luz del artículo 21 de la Convención, el Estado ha violado el derecho al uso y el goce de los bienes de los miembros de la Comunidad Mayag-na Awas Tingni, toda vez que no ha delimitado y demarcado su propiedad comunal, y que ha otorgado concesiones a terceros para la explotación de bienes y recursos ubicados en un área que puede llegar a corresponder, total o parcialmente, a los terrenos sobre los que deberá recaer la delimitación, demarcación y titulación correspondientes.”

3.2 La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte ha desarrollado un gran número de Opiniones Consultivas sobre diversos temas que atañen al sistema interamericano, que constituyen hoy un invaluable patrimonio doctrinal y teórico en materia de protección de los derechos humanos.

En las opiniones consultivas la Corte parece moverse con más soltura en sus argumentos en busca de la máxima garantía y protección de los derechos humanos y para fijar criterios interpretativos de enorme estatura para el desarrollo

del derecho internacional de los derechos humanos.

Cabe recordar, sin que pretendamos excluir otras de igual o similar importancia -no son pocas-, aquella Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, sobre el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal solicitada por México, y que tenía como antecedente las gestiones bilaterales emprendidas en favor de algunos de los nacionales mexicanos, sentenciados a muerte en diez entidades federativas de los Estados Unidos de América, quienes no fueron informados oportunamente por Estados Unidos de Norteamérica de su derecho a comunicarse con las autoridades consulares mexicanas.

Como se conoce, la Corte concluyó que la inobservancia del derecho a la información del detenido extranjero, reconocido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, afecta las garantías del debido proceso legal y, en estas circunstancias, la imposición de la pena de muerte constituye una violación del derecho a no ser privado de la vida “arbitrariamente”, en los términos de las disposiciones relevantes de los tratados de derechos humanos, con las consecuencias jurídicas inherentes a una violación de esta naturaleza, es decir, las atinentes a la responsabilidad internacional del Estado y al deber de reparación.

Al argumentar de este modo, los Estados Unidos asumieron, sin embargo, una posición con orientación manifiestamente distinta de la que sostuvieron en el caso -movido contra Irán- de los Rehenes (Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos) en Teherán (1979- 1980) ante la Corte Internacional de Justicia

(CIJ).

En efecto, en sus argumentos orales ante la Corte de La Haya en aquel caso, los Estados Unidos invocaron, en un dado momento, la disposición de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 que requiere del Estado receptor la permisión para que las autoridades consulares del Estado que envía “se comuniquen con sus nacionales y tengan acceso a ellos”.

En la fase escrita del proceso, los Estados Unidos, en su memorial después de señalar que, en las circunstancias del caso, los nacionales norteamericanos habían sido detenidos incomunicados en violación de las más flagrantes de las normas consulares y de los estándares aceptados de derechos humanos.

Esta argumentación de los Estados Unidos no podría ser más clara, sumándose a la de los Estados latinoamericanos intervinientes en el presente procedimiento consultivo ante la Corte Interamericana, contribuyendo todos, en conjunto, a situar el artículo 36 de la citada Convención de Viena de 1963 ineluctablemente en el universo conceptual de los derechos humanos.

Para salvaguardar la credibilidad de la labor en el dominio de la protección internacional de los derechos humanos hay que precaverse contra los dobles discursos: el real compromiso de un país con los derechos humanos se mide, no tanto por su capacidad de preparar unilateralmente, y al margen de los instrumentos internacionales de protección, informes gubernamentales sobre la situación de los derechos humanos en otros países, sino más bien por su iniciativa y determinación de tornarse Parte en los tratados de derechos humanos, asumiendo así las

obligaciones convencionales de protección en estos consagradas.

En el presente dominio de protección, los mismos criterios, principios y normas deben ser válidos para todos los Estados, independientemente de su estructura federal o unitaria, o cualesquiera otras consideraciones, así como operar en beneficio de todos los seres humanos, independientemente de su nacionalidad o cualesquiera otras circunstancias.

Recientemente ha habido pronunciamiento de extraordinaria importancia en temas tan vitales como el medio ambiente, el asilo diplomático y la identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo Sexo.

La Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 Identidad de Género, e Igualdad y No Discriminación a Parejas del Mismo Sexo, en relación con los derechos de las personas LGBTI, en aspectos concretos como el reconocimiento del derecho a la identidad de género -y más específicamente sobre los procedimientos para tramitar las solicitudes de cambio de nombre en razón de la identidad de género-, así como sobre los derechos patrimoniales de las parejas constituidas por personas del mismo sexo, la Corte integra analíticamente las obligaciones generales establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación de la propia Convención y de la Convención de Viena de Tratados, las resoluciones de la Asamblea General de la OEA y de los organismos internacionales de Naciones Unidas, para afirmar “que la orientación sexual y la identidad de género, así como la expresión de género son categorías protegidas por la Convención.

Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, su identidad de género y/o su expresión de género”.

Por su parte en la Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018 sobre la institución del Asilo y su reconocimiento en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, la Corte considera que, a pesar de no estar el asilo diplomático protegido en el marco del sistema interamericano, subsisten otras obligaciones en materia de derechos humanos para el Estado de acogida y, en su caso, para terceros Estados, en virtud del riesgo que pudieran sufrir las personas que acuden a una legación en búsqueda de protección.

Ello, toda vez que, si bien no se considera que otorgar asilo constituya una función diplomática o consular de acuerdo al derecho internacional general, los Estados están obligados a respetar, por medio de todos sus funcionarios públicos y autoridades estatales, los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana de todas las personas bajo su jurisdicción sean o no nacionales, sin discriminación alguna.

Por lo tanto, subsisten determinadas obligaciones en el supuesto de que se establezca que la persona que acude o irrumpe en la sede diplomática en búsqueda de protección se encuentra bajo la jurisdicción de ese Estado. En este caso el principio de no devolución se constituye en la protección de personas que alegan

estar siendo perseguidas por motivos políticos, o que peligre su vida o integridad personal, y que se presenten solicitando asilo ante una legación.

En relación con la Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, Medio Ambiente y Derechos Humanos, la Corte se pronunció sobre las obligaciones estatales que surgen de la necesidad de protección del medio ambiente bajo la Convención Americana.

Sostiene que, en el sistema interamericano de derechos humanos, el derecho a un medio ambiente sano se encuentra consagrado expresamente en el artículo 11 del Protocolo de San Salvador, cuando sostiene que “toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos”, así como que “los Estados parte promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente”.

La Corte entiende que este derecho se encuentra incluido entre los derechos económicos, sociales y culturales protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana, en la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre.

A partir de una interpretación de la Convención acorde con los criterios establecidos en el artículo 29 de la misma, para lo cual reitera la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello, y de comprobar su reconocimiento explícitamente en las legislaciones internas de

diversos Estados de la región, en las normas del corpus iuris internacional adicionales al Protocolo de San Salvador -como la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la Declaración de Derechos Humanos de la Asociación de Naciones del Sudeste de Asia y la Carta Árabe de Derechos Humanos, la Corte considera que “el derecho humano a un medio ambiente sano se ha entendido como un derecho con connotaciones tanto individuales como colectivas.

En su dimensión colectiva, el derecho a un medio ambiente sano constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras. Ahora bien, el derecho al medio ambiente sano también tiene una dimensión individual, en la medida en que su vulneración puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas debido a su conexidad con otros derechos, tales como el derecho a la salud, la integridad personal o la vida, entre otros. La degradación del medio ambiente puede causar daños irreparables en los seres humanos, por lo cual un medio ambiente sano es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad.

En este punto, la Corte consideró que, entre los derechos vulnerables por las afectaciones ambientales, se encontraban los derechos a la vida, integridad personal, vida privada, salud, agua, alimentación, vivienda, participación en la vida cultural, derecho a la propiedad y el derecho a no ser desplazado forzadamente, entre otros.

En este sentido, resulta la vinculación que realiza la Corte entre las afectaciones al medio ambiente proveniente de daños transfronterizos, la

vulneración de derechos humanos y la responsabilidad del Estado causante del daño al amparo de la Convención Americana.

Al considerar de inicio la obligación de los Estados, establecida en el derecho internacional, de evitar daños ambientales transfronterizos, la Corte considera que a efectos de la Convención Americana, cuando ocurre un daño transfronterizo que afecte derechos convencionales, se entiende que las personas cuyos derechos han sido vulnerados se encuentran bajo la jurisdicción del Estado de origen si existe una relación de causalidad entre el hecho que se originó en su territorio y la afectación de los derechos humanos de personas fuera de su territorio.

En el entendido de que la jurisdicción de los Estados, en cuanto a protección de los derechos humanos de las personas bajo la Convención Americana, no se limita a su espacio territorial, pues excepcionalmente puede extenderse más allá de sus límites cuando el Estado ejerza autoridad o control efectivo sobre una o varias personas fuera de su territorio, se comprende entonces que el Estado es responsable de las afectaciones a los derechos humanos de personas fuera de su territorio en caso de daños transfronterizos si media una relación de causalidad entre el hecho que ocurrió en su territorio y la afectación de los derechos humanos de estas personas.

La Corte destaca que los Estados deben velar porque su territorio no sea utilizado de modo que se pueda causar un daño significativo al medio ambiente de otros Estados o de zonas fuera de los límites de su territorio y, por ello, los Estados tienen la obligación de evitar causar daños transfronterizos, del mismo modo que están obligados a adoptar todas las medidas necesarias para evitar que las

actividades desarrolladas en su territorio o bajo su control afecten los derechos de las personas dentro o fuera de su territorio y a adoptar todas las medidas necesarias para evitar que las actividades desarrolladas en su territorio o bajo su control afecten los derechos de las personas dentro o fuera de su territorio. Así, el ejercicio de la jurisdicción surge cuando el Estado de origen ejerce un control efectivo sobre las actividades llevadas a cabo que causaron el daño y consecuente violación de derechos humanos.

3.3 Las medidas cautelares

Como dispone el artículo 63.2 de la Convención, “en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes” y “si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud la Comisión.”

Por su parte el Reglamento vigente de la Corte legitima a las víctimas o las presuntas víctimas, o sus representantes, para presentar la solicitud de medidas provisionales en los casos contenciosos, la que podrá ser presentada por cualquier medio de comunicación ya sea a la Presidencia, cualquiera de los jueces o a la Secretaría de la Corte, y en el caso que no sea la Presidencia deben ponerla en conocimiento de ella una vez recibida la solicitud.

Se prevé en el Reglamento que antes de resolver sobre las medidas provisionales, la Corte o la Presidencia -en el caso que la Corte no estuviera reunida- pudiera requerir información al Estado, a la Comisión o a los

representantes de los beneficiarios.

Como es lógico, la finalidad de las medidas provisionales requieren de prontitud y agilidad en los trámites y frente a una Corte que no tiene carácter permanente, se dispone que sea la Presidencia, si la Corte no estuviere reunida, en consulta con la Comisión Permanente -y, de ser posible, con los demás jueces- para que el Estado dicte providencias urgentes de ser requerido, con el objetivo de asegurar la eficacia de las medidas provisionales que pueda tomar la Corte en su período de sesiones.

La Corte podrá requerir, en las circunstancias que considere, información de datos relevantes sobre el asunto, peritajes o informes, todo ello con el objetivo de apreciar la gravedad y urgencia de la situación y la eficacia de las medidas; también la Corte podría convocar, o la Presidencia si no está reunida aquella, a la Comisión, a los beneficiarios de las medidas, o sus representantes, a una audiencia pública o privada sobre las medidas provisionales.

Ahora, la presentación de informes estatales se convierte en el medio para la supervisión de las medidas urgentes o provisionales, pero estas pueden recibir observaciones por parte de los beneficiarios de dichas medidas o sus representantes, del mismo modo que se faculta a la Comisión para que presente observaciones tanto al informe del Estado como a las observaciones de los beneficiarios de las medidas o sus representantes.

Cuando a consideración de la Corte las medidas no se hayan ejecutado debidamente, podrá formular las recomendaciones que estime pertinente como

parte del informe anual que rinde a la Asamblea General.

La Corte ha reiterado en más de un caso, como en el Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala (2008), que: las medidas provisionales tienen una naturaleza temporal y carácter excepcional, y son dictadas siempre y cuando se reúnan los requisitos básicos de extrema gravedad y urgencia, y necesidad de evitar daños irreparables a las personas.

Estos tres requisitos son coexistentes y deben persistir para que la Corte mantenga la protección ordenada; si uno de ellos ha dejado de tener vigencia, corresponderá al Tribunal valorar la pertinencia de su continuación.

Así, a efectos de decidir si se mantiene la vigencia de las medidas provisionales, el Tribunal debe analizar si persiste la situación que determinó su adopción, o bien si nuevas circunstancias igualmente graves y urgentes ameritan su mantenimiento.

Dadas las características de temporalidad y urgencia, la evaluación de la persistencia de la situación que dio origen a las medidas provisionales exige una evaluación cada vez más rigurosa por parte de la Corte a medida que se va prolongando el tiempo en que dichas medidas han permanecido vigentes.

Este Tribunal ha señalado que, conforme a la Convención y al Reglamento, la carga procesal de demostrar prima facie dichos requisitos recae en el solicitante. Si un Estado solicita el levantamiento o la modificación de las medidas provisionales ordenadas, deberá presentar la suficiente prueba y argumentación que permita al Tribunal apreciar que el riesgo o la amenaza ya no reúne los requisitos de extrema

gravedad y urgencia de evitar daños irreparables.

A su vez las representantes de los beneficiarios que deseen que las medidas continúen, deberán presentar prueba de las razones para ello.

3.4 Las reparaciones

Las reparaciones tuvieron un lugar destacado entre las aportaciones de la Corte al ámbito de protección internacional de los derechos humanos. El hecho que junto a la reparación de contenido patrimonial haya decidido exigir modalidades de reparación sin contenido pecuniario, para consolidar un modelo de “reparación integral”, constituyeron posturas de avanzada en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con importantes repercusiones.

En este orden, en la jurisprudencia de la Corte se advierten medidas de reparación que incluyen la restitución, la indemnización, las garantías de no repetición, la investigación de los hechos, la rehabilitación física, psicológica o social, y la satisfacción mediante actos en beneficio de las víctimas.

Un caso que nos sirve para ilustrar esta amplitud al concepto de reparación en la jurisprudencia de la Corte, se ubica en el Caso Gómez Palomino Vs. Perú. La Corte dispuso que el Estado debía cumplir un grupo de obligaciones: investigar los hechos denunciados; identificar, juzgar y sancionar a los responsables; realizar con la debida diligencia las actuaciones necesarias tendientes a localizar y hacer entrega de restos mortales a sus familiares, y brindar las condiciones necesarias para trasladar y dar sepultura a dichos restos en el lugar de elección de estos, con

el objetivo de que puedan realizar los ritos funerarios según sus costumbres y creencias; brindar gratuitamente, sin cargo alguno y por medio de sus instituciones de salud especializadas, tratamiento médico y psicológico; implementar programas de educación; adoptar las medidas necesarias para reformar, dentro de un plazo razonable, su legislación penal a efectos de compatibilizarla con los estándares internacionales en materia de desaparición forzada de personas; y hacer un pago por concepto de daño material y por concepto de daño inmaterial.

Las reparaciones de carácter ejemplarizante o disuasivo ya marcan presencia en la jurisprudencia de esta Corte.

Así, por ejemplo, en el caso *Aloeboetoe versus Suriname*, la Corte ordenó la reapertura de una escuela y la creación de una fundación para asistir a los beneficiarios.

En el caso *Villagrán Morales y Otros versus Guatemala*, la Corte ordenó una vez más la designación de un centro educativo con nombre alusivo a las víctimas del caso; de modo similar, en el caso *Trujillo Oroza versus Bolivia*, la Corte volvió a ordenar la designación de un centro educativo con el nombre de la víctima. Me parecen particularmente significativas, y ejemplarizantes, las medidas de reparación tendientes al reconocimiento del sufrimiento de los victimados y a la preservación de su memoria colectiva.

Otros ejemplos pertinentes de la jurisprudencia de la Corte. En el caso *Cantoral Benavides versus Perú*, v.g., la Corte ordenó al Estado proporcionar una beca de estudios universitarios a la víctima.

En el caso Barrios Altos relativo al Perú, la Corte dispuso sobre reparaciones en prestaciones educativas y el pago de gastos de servicios de salud.

Asimismo, en el caso Durand y Ugarte versus Perú, la Corte volvió a ordenar el pago de gastos de prestaciones o servicios de salud y de apoyo psicológico.

En el caso Myrna Mack Chang versus Guatemala, la Corte ordenó reparaciones dotadas de carácter a un tiempo resarcitorio y sancionatorio, con propósitos ejemplarizantes o disuasivos, en el sentido de preservar la memoria de las violaciones ocurridas, de proporcionar satisfacción a los familiares de la víctima, y de contribuir a garantizar la no-repetición de dichas violaciones.

3.5 Control de convencionalidad

Figura desarrollada y construida por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en términos generales persigue que las disposiciones de la Convención no puedan ser violadas en los ordenamientos jurídicos internos por medio de la aplicación de normas jurídicas nacionales.

La Corte mediante este control vela por la coherencia, eficacia y armonía entre las disposiciones de la Convención y la vida interna de los Estados en su producción normativa y su aplicación, donde pasa a constituirse, en un orden jerárquico necesario y lógico, en el último intérprete de las disposiciones de la Convención, las que sirven de referencia para un juicio de compatibilidad respecto de las normas nacionales.

Si bien se ha destacado que la expresión de “control de convencionalidad” tuvo una primera mención en el voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez en el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, y así también lo reiteró en *Tibí vs. Ecuador*, *Raxcacó Reyes vs. Guatemala* (2005) y *López Álvarez vs. Honduras* (2006), sería en el Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile* (2006), cuando la Corte razonó por primera vez en este sentido:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico.

Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos.

En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Si bien a priori el control de convencionalidad indica un mecanismo se suma importancia para la garantía y la aplicación de las disposiciones de la Convención,

sin embargo los razonamientos de la Corte en torno al control de convencionalidad, a partir del análisis de varias sentencias, Caso Helio- doro Portugal Vs. Panamá 2008, Caso Boyce y otros Vs. Barbados 2007, Caso Radilla Pacheco Vs. México 2009, y otras permiten sostener que no han marcado una única línea sobre su alcance, los sujetos implicados en dicho control y sus efectos.

Si nos atenemos a la jurisprudencia brindada por la Corte se advierte, como ya se ha hecho, varias etapas en la construcción jurisprudencial de la institución: un primer momento donde el control de convencionalidad fue concebido como un control de compatibilidad con perfiles estrictos, que debía realizar el Poder Judicial, *ex officio* y en el marco de sus respectivas competencias y regulaciones procesales correspondientes, entre las normas internas, por un lado; y la Convención Americana y la interpretación que de esta última realiza la Corte Interamericana, por el otro.

Un segundo momento donde el control debía ser ejercido por todos los poderes y órganos del Estado, pero principalmente por los órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, de manera que correspondía al obligado realizarlo *ex officio* y en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, así como debía ejercerse entre las normas internas, por un lado; respecto de los tratados de derechos humanos del sistema interamericano de los cuales es parte el Estado, pero principalmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y la interpretación que de estas normas ha formulado la Corte Interamericana, por el otro; y una tercer momento que corrobora la naturaleza del control de convencionalidad como un control normativo

de las normas internas, que pueden ejercerlo todos los poderes del Estado y los órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, *ex officio* y en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, donde las “normas internas se contrastan con los tratados americanos de los cuales el Estado es parte, y particularmente la Convención Americana; así como con la jurisprudencia interamericana, a la que se le atribuye expresamente valor vinculante.

3.6s Supervisión de sentencias

La función jurisdiccional de la Corte de supervisar el cumplimiento de sus fallos. El artículo 68.1 y 67 de la Convención, relativos a la obligación de los Estados de cumplir con la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes y el cumplimiento de las sentencias por los Estados de forma pronta, son el punto de partida para una argumentación sobre varias obligaciones.¹⁶

Entre ellas, la obligación de los Estados partes de cumplir las obligaciones convencionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y sin que pueda alegarse en su incumplimiento razones de orden interno, así como el poder inherente a todo órgano con funciones jurisdiccionales de determinar el alcance de su propia competencia.

Que es la Corte, como todo órgano internacional con funciones jurisdiccionales, la que tiene el poder, inherente a sus atribuciones, de determinar

¹⁶ Trindade, Antonio Augusto Cancado. El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI. Santiago de Chile/México: Jurídica de Chile, 2001.

el alcance de sus resoluciones y fallos, y el cumplimiento de estos no puede quedar al mero arbitrio de las partes, pues sería inadmisibles subordinar el mecanismo previsto en la Convención Americana a restricciones que hagan inoperante la función del Tribunal y, por lo tanto, el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en la Convención.

En algún momento la Corte ha insistido que esta facultad se desprende de lo dispuesto en los artículos 33, 62.1, 62.3 y 65 de la Convención, 30 de su Estatuto y en el artículo 69 de su Reglamento.

En el artículo 69 de su Reglamento se deja leer que la supervisión de las sentencias y demás decisiones de la Corte se realizará mediante la presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de las víctimas o sus representantes”, así como que “la Comisión deberá presentar observaciones al informe del Estado y a las observaciones de las víctimas o sus representantes.

Se establece también que la Corte podrá requerir a otras fuentes de información datos relevantes sobre el caso, que permitan apreciar el cumplimiento, así como para los mismos efectos podrá también requerir los peritajes e informes que considere oportunos.

La Corte podrá convocar al Estado y a los representantes de las víctimas a una audiencia para supervisar el cumplimiento de sus decisiones, y en esta escuchará el parecer de la Comisión.

En este punto que una vez que el Tribunal cuente con la información

pertinente, determinará el estado del cumplimiento de lo resuelto y emitirá las resoluciones que estime pertinentes, y se culmina señalando que las citadas disposiciones se aplican también para casos no sometidos por la Comisión.

La Corte también ha remarcado que la obligación, que también incluye el deber del Estado de informar a la Corte sobre las medidas adoptadas para cumplir cada uno de los puntos ordenados, lo cual es fundamental para evaluar el estado de cumplimiento de la Sentencia en su conjunto.

Los Estados Parte en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios en el plano de sus respectivos derechos internos.

Estas obligaciones deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presente la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos.

Esta función de supervisión de cumplimiento ha devenido en una herramienta útil para evitar la impunidad de aquellos responsables por violaciones de derechos humanos en el continente.

Un caso reciente, y muy sonado mediáticamente, lo fue el indulto por razones humanitarias del presidente peruano a Alberto Fujimori, privado de libertad por su responsabilidad en delitos de lesa humanidad cometidos, entre otros, en los casos Barrios Altos y La Cantuta, donde la Corte debió pronunciarse sobre la compatibilidad o no de la concesión de este indulto con el cumplimiento de la obligación de investigar, juzgar y de sancionar fijada por la Corte en los referidos

asuntos.

Como es conocido, y a modo de ejemplificar su alcance, en esta supervisión de cumplimiento la Corte consideró que al analizarse si la aplicación de una figura jurídica de indulto por razones humanitarias constituye un obstáculo para el cumplimiento de la obligación de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar tales violaciones, era preciso valorar si se produce una afectación innecesaria y desproporcionada al derecho de acceso a la justicia de las víctimas de tales violaciones y sus familiares, en cuanto a la proporcionalidad de la pena impuesta en el proceso judicial y su ejecución.

Así, la obligación internacional de sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos con penas apropiadas a la gravedad de la conducta delictiva, no puede verse afectada indebidamente o volverse ilusoria durante la ejecución de la sentencia que impuso la sanción en apego al principio de proporcionalidad.

En esta lógica, dependiendo de factores como situación de salud, riesgo a la vida, condiciones de detención y facilidades para ser atendido adecuadamente, ya sea en el centro penal o mediante traslado a un centro médico, la Corte consideró que corresponde al Estado valorar proporcionalmente cuál es la medida de carácter administrativo o figura jurídica que permita proteger la vida y la integridad del condenado, siempre que la misma se otorgue debidamente y siguiendo un fin legítimo que no signifique únicamente dejar de asegurar la ejecución de la pena.

Ahora, la Corte argumentó que en casos de graves violaciones de derechos

humanos dicha medida o figura jurídica debe ser la que menos restrinja el derecho de acceso a la justicia de las víctimas y debe ser aplicada en casos muy extremos y por una necesidad imperante.

Esto no significa que la figura jurídica o medida que tenga que adoptar el Estado sea necesariamente una que ponga en libertad al condenado y, mucho menos, que implique la extinción de la pena.

Corresponde determinar, primeramente, de acuerdo con otros factores, si habría una medida que permita una atención médica efectiva, por ejemplo, asegurar que el condenado, de forma efectiva y pronta, pueda acudir a las citas o procedimientos médicos correspondientes y medidas y protocolos que permitan una atención médica de urgencia o si resulta necesario aplicar una institución jurídica apropiada que modifique la pena o permita una libertad anticipada.

Por ello, la Corte continúa de que en casos de graves violaciones a los derechos humanos, en que mediante un proceso penal se fijó una pena proporcional a los bienes jurídicos afectados, el posterior perdón de la misma por una decisión del Presidente de la República conlleva una mayor afectación al derecho de acceso a la justicia de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos y sus familiares en lo que respecta a la ejecución de la pena dispuesta en la sentencia penar; y agrega que si se contempla una medida que afecte la pena dispuesta por delitos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos, particularmente si se trata de una figura jurídica que permite que sea el Poder Ejecutivo quien extinga dicha pena mediante una decisión discrecional, es necesario que exista la posibilidad de solicitar el control jurisdiccional e la misma, que permita realizar un

análisis de ponderación respecto de la afectación que ocasione a los derechos de las víctimas y sus familiares, y asegurar que sea otorgada de forma debida, en consideración de los estándares de derecho internacional. Y en tal sentido argumentó:

Ante la situación comprobada de que la jurisdicción constitucional podría realizar un control del “indulto por razones humanitarias” otorgado a Alberto Fujimori, en ejercicio de sus facultades de supervisión (...), esta Corte considera conveniente que los órganos jurisdiccionales peruanos competentes puedan pronunciarse al respecto, para efectuar un análisis que tome en cuenta los estándares expuestos en la presente Resolución (...) y los serios cuestionamientos relativos al cumplimiento de los requisitos jurídicos estipulados en el derecho peruano (...). De ser necesario, este Tribunal podrá realizar un pronunciamiento posterior sobre si lo actuado a nivel interno es acorde o no a lo ordenado en la Sentencia o constituye un obstáculo para el cumplimiento de la obligación de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar en los dos referidos casos por no adecuarse a los estándares indicados e impedir indebidamente la ejecución de la sanción fijada por sentencia penal.

La Corte recuerda que todas las autoridades de un Estado Parte en la Convención Americana, entre ellos los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad”, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, de forma tal que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones

internacionales del Estado en materia de derechos humanos.

En esta tarea deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana.

No obstante, esta función alcanza relevancia ante el hecho desafortunado de un gran número de casos cuyas sentencias continúan aún pendientes.

En el Informe Anual de la Corte del año 2017, revelaba que 189 casos contenciosos se encontraban todavía en etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia.

En todo caso, se entiende que el artículo 65 de la Convención, y el 30 del Estatuto de la Corte, establecen un sistema de garantía colectiva cuando dispone que la Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior.

De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos.

Esto implica que una vez que la Corte decida aplicar el artículo 65 y, por tanto, informar a la Asamblea General, recaerá en esta instar el cumplimiento de las sentencias a los Estados infractores.

Que con este paso pueda decirse que está solucionado el problema, es una expectativa resquebraja por la realidad de los hechos: el Informe Anual de la Corte del año 2017 constató que en 14 casos donde se aplicó el artículo 65 no ha variado

la situación y, en consecuencia, continúan en etapa de supervisión; una

realidad donde, pese a los notables avances, los Estados se resisten a ser sometidos del todo, donde la institucionalidad internacional aún es incapaz de reaccionar con eficacia y contundencia.

4. FUNCIÓN DEL CONSEJO DE EUROPA

SUMARIO: *4.1 Inicios 4.2 Los protocolos y la interpretación judicial del Consejo de Europa 4.3 Composición jurisdiccional del Consejo de Europa 4.4 Particularidades de protección europea*

4.1 Inicios

La protección de los derechos humanos por el Consejo de Europa cuenta con un instrumento jurídico de naturaleza vinculante y un tribunal internacional.

Es un instrumento en el que se recogen numerosos derechos que se protegerán por el Tribunal. Ahora bien, no debemos olvidar que este Convenio se adopta en los años 50 del siglo XX y que la concepción de los derechos humanos ha estado sujeta a una importante evolución.¹⁷

4.2 Los protocolos y la interpretación judicial del Consejo de Europa

Los mecanismos que se utilizan para cumplir con esta tarea son básicamente: la adopción de Protocolos y la interpretación judicial.¹⁸

¹⁷ Lasagabaster Herrarte, Iñaki, et al. Convenio europeo de derechos humanos: comentario sistemático. Madrid: Civitas, 2004.

¹⁸ Sánchez Sanana, J. *El camino hacia los derechos y libertades fundamentales en el ámbito de la Unión Europea*. Bosch, ed. Barcelona. 2011.

La primera vía más habitual para modificar el contenido del Convenio es la adopción de Protocolos.

A través de estos se actualiza, mejora y amplía el contenido del Convenio. En este sentido, con carácter general, se podrían establecer tres tipos de Protocolos.

Primero, aquellos que reconocen o incorporan nuevos derechos que no estaban previamente recogidos en el Convenio. En esta línea, conviene destacar que el momento de adopción del Convenio y su evolución no han permitido la incorporación de derechos de contenido social, por lo que la adopción de un Protocolo de este tipo sería una vía idónea para incorporarlos.

Segundo, aquellos Protocolos que mejoran el contenido de alguno de los derechos incluidos en el Convenio con lo que estos derechos reciben precisiones normativas cuya función es ampliar su contenido y disfrute.

Por último, aquellos Protocolos que se podrían calificar de “procedimentales” o institucionales cuya función sería reformar y modificar el sistema de garantía. Ahora bien, los Estados no están obligados a ser parte en los Protocolos, por lo menos en los dos primeros casos, con lo que un derecho puede quedar garantizado en el espacio bajo la jurisdicción de un Estado y, sin embargo, no en el de otro.

No obstante, en el caso de los Protocolos “procedimentales” estos deben entrar en vigor para todos los Estados que participan porque carecería de sentido la existencia de mecanismos de garantía distintos.

Por otro lado, la segunda vía para modificar o actualizar el contenido del Convenio es la interpretación judicial, es decir, a través de las posiciones que expresa la jurisprudencia. En este caso, a diferencia de lo que ocurre con los Protocolos, se trata siempre de derechos que estén previamente reconocidos en el Convenio.

Por lo tanto, por medio de la jurisprudencia no se incorporan nuevos derechos, sino que, sobre todo, se mejora el contenido, el sentido y el alcance de los derechos que ya están reconocidos en el Convenio.

En cualquier caso, la función jurisprudencial, junto a la adopción de Protocolos, resultan claves de cara a perfeccionar los derechos que en él se reconocen, adaptando este instrumento jurídico a las demandas de la realidad europea.¹⁹

Más allá de estas precisiones, cabe ahora señalar tan solo algunos rasgos sobre la labor del Consejo de Europa en materia de reconocimiento y protección de los derechos humanos.

El análisis de la Convención y, también del contenido de los Protocolos, demuestra que en él se reconocen básicamente derechos civiles y políticos.

En este sentido, no conviene olvidar que se reconocen algunos derechos de contenido social, pero, en su mayoría, se trata de derechos que presentan al mismo tiempo una naturaleza política tal y como sería, por ejemplo, el caso del

¹⁹ Ugartamentia Eceizabarrena, J. B. *Breves apuntes sobre las sentencias básicas del tribunal de justicia de la Unión Europea. Teoría y realidad constitucional*. Eusko ed. Euskadi, 2010.

derecho a la huelga.

En cualquier caso, en los últimos años, el Consejo de Europa viene reflexionando sobre la posibilidad de incorporar algunos derechos de contenido social por medio de la adopción de Protocolos.

Ahora bien, no cabe olvidar que los derechos de contenido social tienen un importante coste económico para los Estados lo que explica que, en ocasiones, se opongan a reconocer este tipo de derechos. Sin embargo, sería posible que algunas dimensiones de un determinado derecho social se pudieran reconocer en el marco del Convenio.

Lo que queda claro, por ahora, es que los derechos de tercera generación, tales como el derecho a la paz, el derecho a la autodeterminación o el derecho al medio ambiente, ni aparecen reconocidos en el Convenio ni cabe esperar que esto suceda.

En particular, hasta el momento, el Convenio reconoce esencialmente derechos civiles y políticos. Se trata, sin embargo, de un Convenio bastante completo, aunque sea prácticamente solo en relación con derechos de primera generación y, asimismo, debe ser calificado como un instrumento jurídico sencillo en cuanto a su formulación y estructura.

Está integrado por tres partes. Se podría decir, con rotundidad, que “solo se garantizan los derechos que se reconocen y cómo se reconocen.

Por otro lado, los mecanismos de garantía y, por último, las disposiciones finales y de procedimiento.

El artículo 1o del CEDH afirma que “las Altas Partes Contratantes deberán asegurarles a todas las personas bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en la Sección I de esta Convención”.

De este artículo cabe extraer algunas cuestiones sobre la competencia, alcance y aplicación.

Por un lado, con “las Altas Partes Contratantes” el Convenio se refiere a los Estados que son parte en el Convenio.

Estos Estados representan a prácticamente toda Europa. Por otro lado, el artículo continúa diciendo que los Estados “deberán asegurarles a todas las personas (...)”.

Así, el Convenio se refiere a todo ser humano, a todo individuo que se encuentre bajo la jurisdicción de cualquier Estado parte con independencia de su nacionalidad. Con carácter general la nacionalidad y también la situación administrativa del individuo es irrelevante salvo que la nacionalidad forme parte de la configuración del derecho y la situación administrativa forme parte del ejercicio del derecho.

Por último, se refiere a que los Estados protegerán los derechos de los individuos que se encuentren “bajo su jurisdicción”. En este sentido debemos acogernos a la concepción más amplia de jurisdicción y cabría preguntarse si deberíamos incluir o no la expresión “bajo su control”.

Los artículos 2 a 18 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establecen los derechos que se reconocen y, en consecuencia, se protegen.

Sin intención de hacer un análisis pormenorizado, tanto de la lectura de

estas disposiciones como de la práctica internacional podemos extraer las siguientes conclusiones.

En primer lugar, el Convenio reconoce bastantes derechos que, en ocasiones, tienen también varias dimensiones.

En segundo lugar, la práctica demuestra que la violación del derecho que ha dado lugar a un mayor número de demandas ha sido todo lo relativo a los “derechos de la defensa”, reconocidos en el artículo 6o del Convenio.

Así, el primer asunto por el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condena a España estuvo vinculado precisamente al procedimiento: Asunto Barbera, Messegue y Jabardo contra España.

En tercer lugar, conviene reflexionar sobre los posibles límites de los derechos fundamentales.

En principio, cabría afirmar que los derechos fundamentales no son absolutos, sino que tienen límites.

El ejercicio de un derecho puede encontrar sus límites en el ejercicio de otro derecho y en consideraciones que se basen, entre otras, en el orden público, la moral o la salud.

Por tanto, cuando se formula un derecho, este se enuncia con sus límites. En este sentido, cuando se presenta una demanda por la violación de un derecho reconocido en el Convenio hay que tener en cuenta estos límites.

En verdad, los derechos humanos no se formulan en términos absolutos por

lo que resulta lógico que el Convenio fije determinados límites.

Ahora bien, la interpretación de esos límites la lleva a cabo el TEDH. Por último, cuando se presenta una demanda ante el TEDH es posible alegar la violación simultánea de varios derechos al mismo tiempo, tomando en consideración, eso sí, que no se llegue a una situación en la que se exprese una posición indebidamente fundada.

En particular, la alegación relativa a la violación de varios preceptos del Convenio en un asunto concreto puede crear una “atmósfera” favorable que permite considerar en toda su amplitud el derecho o los derechos que se han violado.

Por lo que respecta a los mecanismos de garantía que son la expresión de la eficacia que caracteriza a la protección que proporciona el Consejo de Europa cabría señalar lo siguiente.

En primer lugar, en la actualidad, un particular puede presentar una demanda directamente ante el TEDH.

Ahora bien, la naturaleza directa, sin intermediarios, ha sido el resultado de una larga evolución. En sus orígenes, el Convenio no permitía que el individuo tuviera legitimación para presentar una demanda directamente ante el TEDH.

En este sentido, el individuo debía presentar la demanda contra un Estado ante la Comisión Europea de Derechos Humanos y si este órgano lo estimaba conveniente podría llegar el asunto ante el Tribunal.

Así, se debía contar con la participación de dos órganos internacionales: la Comisión y el Tribunal, con lo que el individuo no podía acudir directamente ante el

Tribunal.

En la actualidad, como hemos dicho, la situación es distinta y un particular puede ir directamente ante el TEDH.

En segundo lugar, el TEDH puede conocer tanto de demandas individuales como de demandas interestatales.

En la práctica, no es corriente que los Estados demanden a otros Estados por lo que el interés se centra en la “demandas individuales”.

Estas demandas se fundamentan en artículo 34 del Convenio, dónde se reconocen, al menos, tres posibilidades a la hora de determinar quiénes pueden presentar la demanda: un particular, una ONG y un grupo de particulares.

En tercer lugar, en relación con la estructura del TEDH, este está compuesto por cuatro instancias, producto también de la evolución a la que ha estado sometido este órgano judicial. Es posible que el importante número de demandas que se presentan ante el TEDH esté en el origen de la creación de estas instancias, pero, en cualquier caso, conviene señalar que las decisiones de cualquiera de estas instancias se consideran decisiones del TEDH.

4.3 Composición jurisdiccional del Consejo de Europa

Las cuatro instancias son: el Juez único, los Comités, las Salas y la Gran Sala.²⁰

Uno de los problemas básicos se encuentra, sin embargo, en la admisibilidad o

²⁰ Ruiz Miguel, C. *Estudios sobre la Carta de los derechos fundamentales de la unión europea*. Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 2004.

inadmisibilidad de la demanda.

Muchas demandas son declaradas inadmisibles. El Juez único solo decide sobre la admisibilidad o no de la demanda, sin entrar en el fondo del asunto. Ahora bien, la decisión de admitir o no a trámite una demanda dependerá de que esta reúna una serie de requisitos de los que cabe resaltar los siguientes: Primero, el agotamiento de los recursos internos, es decir, utilizando el sistema jurídico interno y teniendo una sentencia definitiva ante la que no quepa recurso. En realidad, quien tiene que reparar la violación de un derecho fundamental es, sobre todo, el Estado. En todo caso, el agotamiento de los recursos internos es una condición inexcusable para presentar una demanda ante el TEDH.

Segundo, el Tribunal no podrá conocer de una demanda, siendo así que el asunto se encuentra pendiente de decisión por algún otro órgano internacional, es decir, la demanda no se puede presentar simultáneamente ante dos tribunales u órganos internacionales.

Por último, se ha añadido un nuevo requisito, del Convenio. Este hace referencia a que el demandante haya sufrido un “perjuicio importante”. Este criterio tendría un carácter subjetivo que podría originar confusión sobre la manera de interpretar los derechos humanos reconocidos en el Convenio y es posible que llegara a otorgar mayor importancia a unos derechos en relación con otros.

En cualquier caso, la tarea del juez único se complementa con la desarrollada por los Comités. Estos se pueden pronunciar sobre la admisibilidad o no de la demanda y, también, sobre el fondo del asunto en determinados casos.

Normalmente, corresponde a las Salas pronunciarse sobre el fondo del asunto y, por último, la Gran Sala quedaría reservada para asuntos de trascendencia en el marco de la aplicación del Convenio.

Las sentencias del TEDH son obligatorias, jurídicamente vinculantes en todos sus extremos. La aplicación de las sentencias suele ser espontánea por parte de los Estados. Ahora bien, puede que en ocasiones existan algunas dificultades para ejecutar la sentencia.

En cualquier caso, el Consejo de Europa dispone de un órgano político que toma decisiones a este respecto: el Comité de ministros que sería el encargado de exigir al Estado en cuestión que cumpla la sentencia, siendo así que tiene la facultad de suspender al Estado de su participación como miembro en la Organización europea. En la práctica no se suele recurrir a este mecanismo, pero en teoría se podría utilizar tanto en los supuestos mencionados como en los casos en los que el Estado no se adapte a los términos del Convenio.

En definitiva, está clara la relevancia que le corresponde en el ámbito europeo a la protección de derechos humanos por parte del Consejo de Europa. No se puede negar que se han instaurado unos mecanismos bastante efectivos, si no los más efectivos, en materia de protección y garantía de los derechos humanos en el plano internacional, aunque todavía cuenta con algunas limitaciones. Por de pronto, tan solo reconocen y protegen básicamente derechos de carácter civil y político y, al mismo tiempo, se trata de una “marco” de protección que supone un largo camino para el particular a la hora de ver protegido algunos de los derechos que le corresponden.

4.4 Particularidades de protección europea

A diferencia de lo que ocurre con el Consejo de Europa, la UE ha estado sujeta a una importante evolución a la hora de alcanzar el establecimiento de un “marco” de reconocimiento, protección y garantía de los derechos humanos.

Los orígenes y el contenido de esa Organización de Europa se diferencian esencialmente de los rasgos que definen y caracterizan a la Organización paneuropea.

No obstante, en la actualidad, no se pone en duda que la UE regula los derechos humanos, aunque esto no siempre haya sido así. La naturaleza esencialmente económica de la UE en sus primeros años es quizá el motivo que hizo que la cuestión de los derechos humanos quedase relegada a un segundo plano.

Así, cuando se inicia el proceso de creación de lo que hoy se denomina Unión Europea, esta Organización no se ocupaba de los derechos fundamentales, en particular, los tratados constitutivos de las Comunidades europeas no recogían los derechos fundamentales.

Asimismo, el Tribunal no conocía, de asuntos en los que se hubiera producido la eventual violación de un derecho fundamental. Por lo tanto, el individuo que hubiera sufrido la violación de un derecho cuyo origen estuviera en una norma comunitaria quedaba “desamparado” ante órganos de carácter internacional y ni tan siquiera con la posibilidad de acudir a los ordenamientos jurídicos internos.

Más todavía, durante un largo periodo, no se consideraba ni tan siquiera la posibilidad de que la Unión Europea pudiese violar derechos fundamentales como consecuencia de su naturaleza básicamente económica, por lo que parecía innecesario abordar esta cuestión.

Por ello, la UE comienza un proceso de renovación que tiene como resultado el reconocimiento de los derechos humanos y en el que se sitúa al ciudadano en el centro de la política europea.

La Organización no solo amplía sus competencias en diferentes sectores, sino que comienza a conocer y a preocuparse por el respeto y la garantía de los derechos fundamentales.

Esto queda definitivamente plasmado con la adopción de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en 2000, y con su posterior aceptación por el Tratado de Lisboa, adquiriendo el contenido de la Carta así un carácter vinculante.

Hasta entonces, el individuo gozaba de la protección que le brindaba el TJUE a través de una interpretación jurisprudencial según la cual los derechos humanos formaban parte de los “principios generales del derecho comunitario”, lo que exigía que, en cada caso, se determinara no solo si se había producido la violación sino, también, si el derecho en cuestión era reconocido en el seno de la Unión y qué contenido y límites tenía.

Por lo tanto, con anterioridad a la adopción de la Carta de Niza, la UE inicia el camino que conducirá a la protección de los derechos humanos y se hará

básicamente a través de las sentencias del TJUE.

El hecho de que la UE aceptara la posibilidad de que una norma comunitaria estuviera en el origen de la violación de un derecho fundamental se encuentra en la base de esta protección. Así, podemos afirmar que, en la actualidad, normalmente se acudirá al TEDH, en el marco del Consejo de Europa, cuando un Estado haya violado un derecho y cuando la violación encuentre su origen en el ordenamiento jurídico interno de un Estado mientras que se acudirá al TJUE cuando la propia UE haya violado, a través de sus normas o comportamientos, el derecho fundamental en cuestión.

Resulta necesario, en consecuencia, buscar el origen de la violación. El camino más habitual para llegar al TJUE en supuestos de violación de un derecho fundamental, aunque quepa utilizar cualquiera de los recursos generales que existen en el derecho comunitario, será la cuestión prejudicial.

La cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia constituye el mecanismo de colaboración judicial por excelencia en el continente europeo, con un impacto incomparablemente mayor que la competencia consultiva, de dimensión más política del TEDH.

Así, las situaciones que afectan a derechos humanos suelen llegar al TJUE a través de cuestiones prejudiciales. Por ahora, como se ha establecido por la propia UE “si -como particular o como empresa- te consideras perjudicado por acción u omisión de una institución de la UE o de su personal, tienes dos vías de recurso ante el Tribunal: indirectamente, a través de los tribunales nacionales, que pueden

remitir el asunto al Tribunal de Justicia. Directamente, recurriendo al Tribunal General si una decisión de una institución de la UE te afecta directa e individualmente”. Lo que quiere decir que existen procedimientos idóneos de protección.

Sobre esta base, corresponde tan solo reseñar unas pocas cuestiones: Primero, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE es un texto complejo y bastante amplio en él se reconocen derechos, pero en el que, al mismo tiempo, se incorporan indicaciones normativas. Todo hace pensar que, aunque deba ser el principal instrumento en el que deba inspirarse el TJUE a la hora de adoptar una decisión, en cada caso y en relación con los derechos que resulten afectados, se precisa una interpretación acorde con la situación de los derechos humanos en el seno de la Unión.

En pocas palabras, la Carta de Niza es un instrumento útil para deducir los derechos que se reconocen en la Unión Europea y hasta dónde se reconocen, pero, sin embargo, crea amplios espacios normativos en los que debe actuar la labor interpretativa del Tribunal.

Segundo, la labor de la Unión Europea en materia de protección de los derechos humanos deberá con el tiempo buscar componentes de complementariedad con la tarea que realiza el Consejo de Europa.

En todo caso, debería buscarse la fórmula a través de la cual no se produzcan contradicciones entre los distintos mecanismos de protección. En definitiva, a diferencia de algunas regiones del planeta, el continente europeo cuenta

con distintos “marcos” de protección de los derechos humanos. La violación de un derecho fundamental en el ámbito europeo conlleva la posibilidad de contar con tres vías de protección y garantía de los derechos humanos.

Dos de ellas están conformadas por órganos judiciales con competencias para adoptar decisiones vinculantes para los Estados. No obstante, la eficacia y el desarrollo en los tres casos no es la misma puesto que mientras la protección del Consejo de Europa y de la Unión Europea está ampliamente consolidada, permitiendo incluso la acción directa del particular ante tribunales internacionales.

El poder y el grado de integración que se aprecia tanto en el Consejo de Europa, en materia de derechos humanos, como en la Unión Europea con carácter general no están presentes, sin embargo, en la OSCE. En cualquier caso, e incluso con estos límites, es posible afirmar que será el continente europeo el más evolucionado en materia de protección, garantía y respeto de los derechos humanos.

La configuración actual de la protección en este ámbito demuestra la fortaleza con la que cuenta la región europea en materia de defensa de los derechos humanos. En realidad, los esfuerzos desarrollados por Europa son considerables por lo que un balance general demuestra que Europa tiene un papel clave en la protección de los derechos humanos en el plano internacional.²¹

²¹ Trindade, Antonio Augusto Cancado. Derecho internacional de los derechos humanos: esencia y trascendencia: (votos en la corte Interamericana de derechos humanos, 1991-2006). México: Editorial Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2007.

5. LOS DERECHOS HUMANOS EN LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL

SUMARIO: *5.1 El caso de la Ex Yugoslavia 5.2 Los orígenes del Tribunal*

5.1 El caso de la Ex Yugoslavia

Una dimensión en la protección de los derechos humanos se debe ubicar también en la justicia penal internacional.

Aunque no pueda hablarse de un sector del ordenamiento jurídico internacional que se dirija fundamentalmente a esta labor, inevitablemente las instituciones en este ámbito no solo se encaminan a hacer justicia y a evitar la violación de derechos humanos por la comisión de crímenes internacionales, sino que debe garantizar también los derechos humanos de las personas que son juzgadas por la comisión de tales crímenes.

A evaluar cómo se ha garantizado el principio de legalidad, como principio encaminado a garantizar los derechos humanos de las personas en el marco de un proceso penal internacional, es el objetivo de este capítulo en relación con el Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia.

En este sentido, la condena del 22 de noviembre de 2017, al militar serbobosnio Ratki Mladic, conocido como “el carnicero de los Balcanes”, a cadena perpetua por la comisión, entre otros, del crimen de genocidio ocurrido en

Srebrenica en 1993, marcó la última sentencia del Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia (en lo adelante TPIY), que funcionó por más de veinte años y cerró sus puertas en diciembre de 2017.

Como expresó el secretario general de Naciones Unidas Antonio Guterres: “El Tribunal se sentó durante más de 10.000 días de juicio y escuchó el testimonio de casi 5.000 personas. Noventa personas fueron sentenciadas por sus crímenes, incluyendo genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Y más allá de estos números, el Tribunal dio voz a las víctimas. Las personas que habían experimentado una violencia atroz y pérdidas trágicas, incluidas mujeres y niñas, tuvieron la oportunidad de contar sus historias en los tribunales, dejar constancia de sus experiencias y hacer que los perpetradores de los crímenes contra ellas rindieran cuentas. Esto, en sí mismo, ha contribuido al proceso de curación.”

El TPIY marcó un punto importante de inflexión en la historia del derecho penal internacional, y así lo pudo destacar el Secretario General de la ONU cuando convino en remarcar que “demostró un nuevo y serio compromiso por parte de la comunidad internacional de que los responsables de perpetrar los crímenes más graves de trascendencia internacional rindan cuentas por sus acciones”, fue “un pionero en la creación de la arquitectura contemporánea de la justicia penal internacional”, y no solo “desde el establecimiento del Tribunal, hemos visto un florecimiento de entidades establecidas para garantizar la rendición de cuentas, incluido el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, el Tribunal Especial para Sierra Leona, las Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya, el Tribunal Especial para el Líbano y, por supuesto, la Corte Penal Internacional”, sino que

“también ayudó a inspirar enjuiciamientos y juicios por crímenes internacionales a nivel nacional”.

El impacto y trascendencia de este Tribunal para el desarrollo y consagración de normas consuetudinarias en el ámbito del derecho internacional humanitario resultaron notabilísimos.

Pudiéramos convenir que no se puede construir hoy en día el cuerpo de esta rama del derecho internacional, y del derecho penal internacional en general, sin tomar en cuenta los fundamentales aportes de este tribunal en materias tan diversas como la definición de crímenes internacionales, la aplicación de las normas de derecho internacional humanitario, tanto en conflictos armados internacionales como en conflictos armados internos, etc.

Sin embargo, resulta cierto también que la complejidad en la identificación del derecho internacional consuetudinario, en una rama del derecho internacional tan controvertida como el derecho internacional humanitario, que es extensivo al derecho internacional en general, y la aplicación y respeto del principio de legalidad, elevado a norma consuetudinario internacional gracias al impulso decisivo del derecho internacional de los derechos humanos, puso en grandes aprietos a una instancia internacional urgida de hacer justicia ante la comisión de crímenes gravísimos para la comunidad internacional.

En esta línea, el presente trabajo se enfocará fundamentalmente en el impacto que tuvo una compleja metodología en la identificación del derecho consuetudinario por parte de este tribunal en el principio de legalidad, y con ello

pretendemos volcar el análisis al ámbito de las garantías de los derechos de las personas procesadas que el principio de legalidad buscaba salvaguardar y proteger.

Consciente de que el problema del “activismo judicial” en este Tribunal ha sido abordado por varios autores, y que tal vez escribir sobre la labor de este órgano judicial desde una posición que cuestiona los métodos y las formas por las que arribó a las condenas por la comisión de crímenes de tamaño gravedad, no encuentra el mismo calor de militante para asirse a ella, el trabajo busca, en primer lugar, exponer y analizar las dificultades en la identificación del derecho internacional consuetudinario y, fundamentalmente, la metodología utilizada por el TPIY a partir de la exposición de un grupo de casos.

5.2 Los orígenes del Tribunal

Como se conoce, el TPIY tiene causa, en palabras reiteradas del Consejo de Seguridad, en una serie de informes de “violaciones generalizadas y flagrantes del derecho internacional humanitario, y especialmente en la República de Bosnia y Herzegovina”, así como en “informes de asesinatos en masa, de detenciones y violaciones de mujeres masivas, organizadas y sistemáticas, y de la continuación de la práctica de depuración étnica, inclusive para la adquisición y la retención de territorio”.

El Estatuto reconocía competencia al Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de violaciones del derecho internacional humanitario cometidas a partir de 1991 en el territorio de la ex-Yugoslavia.

De modo específico las competencias del Tribunal se fijaron en los siguientes términos: competencia *ratione personae*, con respecto a las personas físicas; competencia *ratione loci*, en lo que concierne al territorio de la antigua República Federativa Socialista de Yugoslavia, incluyendo su espacio terrestre, su espacio aéreo y sus aguas territoriales; y competencia *ratione temporis*, que se extendía al período que comenzaba el 1o de enero de 1991.

Establecía como crímenes internacionales por los cuales juzgar a los presuntos responsables las infracciones graves a la Convención de Ginebra del 12 de agosto de 1949, las violaciones de las leyes o prácticas de guerra, el genocidio y los crímenes contra la humanidad.

En cuanto a las reglas y procedimientos sería un tribunal *sui generis*, en tanto el propio Estatuto en su artículo 15 delegó en los propios jueces la adopción de reglas de procedimiento y constituyó una mezcla de varios sistemas, cuyo “La estructura predominante da deferencia al sistema acusatorio de derecho consuetudinario de justicia penal, aunque se apartan de él de muchas maneras. Ligadas desde el principio con conceptos del derecho civil o del sistema romano-germánico de procedimiento penal, las Reglas han ido evolucionando”.

En el informe aprobado por el Consejo de Seguridad, el secretario general consideraba un derecho internacional humanitario conformado tanto por reglas de carácter convencional como consuetudinarias, y reconocía que la mayor parte de este derecho internacional se formaba precisamente como derecho consuetudinario.

Este era el elemento clave, a juicio del secretario general, para evitar la violación del principio de *nullum crimen sine lege*, en la medida que “la aplicación del principio *nullum crimen sine lege* exige que el tribunal internacional aplique las normas del derecho internacional humanitario que, sin duda alguna, forman parte del derecho consuetudinario, de modo que el problema de la adhesión de algunos, pero no de todos los Estados, a no surgen convenciones específicas. Esto parece ser particularmente importante en el contexto de un tribunal internacional que enjuicia a personas responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario”.²²

Por tanto se consideraba el derecho internacional convencional que había pasado a formar parte del derecho internacional consuetudinario, que a juicio del Secretario General era el derecho aplicable a los conflictos armados como se establecía en los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra, en el Convenio de La Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra en tierra y el Reglamento anexo al mismo de 18 de octubre de 1907, en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 9 de diciembre de 1948, y la Carta del Tribunal Militar Internacional.

De esta manera, aunque el propio Estatuto del TPIY no tenían una autorización explícita para la aplicación general de derecho internacional consuetudinario, sirvió, para delimitar el alcance de los crímenes en sí mismos sobre la base de las disposiciones derivadas de los tratados antiguos, para argumentar la no violación del principio de *nullum crimen sine lege* al argumentar que la ley se

²² Beuchot, Mauricio. Derechos humanos: historia y filosofía. México: Fontamara, 1999.

puede encontrar en la costumbre, aunque no se haya escrito, así como para resolver cuestiones procesales y probatorias, particularmente cuando encontraban lagunas en los textos aplicables.

En este punto también la aplicación de principios generales del derecho internacional penal tuvo que pasar primero la prueba de si formaba parte del derecho internacional consuetudinario, o más específicamente, “que para sostener que un principio era parte del derecho internacional consuetudinario, tiene que estar satisfecho que la práctica estatal reconoció el principio sobre la base de apoyar la *opinio juris*”

De este modo, el propio Tribunal aclaró que el Consejo de Seguridad podía adoptar definiciones de crímenes en el Estatuto que se apartaran del derecho internacional consuetudinario, pero entendió que, a menos que la intención de apartarse del derecho internacional consuetudinario se expresara en los términos del Estatuto o de otras fuentes autorizadas, como principio general las disposiciones del Estatuto que definían los crímenes de la competencia del Tribunal debían interpretarse siempre como reflejo del derecho internacional consuetudinario.

En este sentido la Cámara de Apelaciones del TPIY en el asunto Tadic consideró que: “A la misma conclusión se llega si se interpreta el artículo 5 a la luz del principio según el cual, en caso de duda y siempre que no se desprenda lo contrario del texto de una disposición estatutaria o convencional, tal disposición debe interpretarse a la luz de, y de conformidad con el derecho internacional consuetudinario. En el caso del S tatú te, debe presumirse que el Consejo de Seguridad, cuando no se apartó explícita o implícitamente de las reglas generales

del derecho internacional, tuvo la intención de permanecer dentro de los límites de tales reglas”.

6. LA IMPORTANCIA DEL DERECHO CONSUECUDINARIO Y SU INCORPORACIÓN

SUMARIO: *6.1 Argumentación sobre la incorporación del derecho consuetudinario 6.2 Problemas de la identificación del derecho consuetudinario internacional 6.3 El principio de legalidad, derecho consuetudinario y su recepción en el derecho internacional 6.4 Evaluación del instrumento*

6.1 Argumentación sobre la incorporación del derecho consuetudinario

La formación y determinación del derecho consuetudinario en el derecho internacional es un tema todavía presente para la comunidad internacional.²³

Una preocupación de inicio consistió en la detección de diferentes enfoques en cuanto a la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario en las distintas ramas del derecho internacional (derecho internacional de los derechos humanos, el derecho penal internacional y el derecho internacional humanitario), y también en la controversia sobre la actuación de los tribunales internacionales en la identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario.

²³Cano Valle, Fernando; M. L. Ramírez García; y H. A. del Castillo, coords. Bioética y derechos humanos. México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992

De la práctica de la Corte Internacional de Justicia, órgano judicial principal de Naciones Unidas, no se puede concluir en un método claro y definitivo para su identificación.

Un criterio inicial es “la Corte continúa enfrentándose a cuestiones relacionadas con el estatus y el alcance de las normas consuetudinarias, incluso cuando están cada vez más codificadas”. Y en tal sentido “la Corte ha adoptado un enfoque pragmático para determinar la existencia y el contenido de la costumbre internacional, considerando si una regla ha sido identificada de manera convincente antes de pasar a considerar la prueba primaria de la práctica de los Estados y la *opinio juris*”.²⁴

Lo cierto es que, a diferencia de los Tratados como fuentes de derecho, en la costumbre no es siempre fácil descubrir lo que los Estados realmente hacen, y puede ser muy controvertido el peso que se le debe dar a sus actos y a las conclusiones normativas que puedan extraerse de ellos.

Desde hace algún tiempo el desacuerdo entre los académicos y la propia práctica judicial de los Tribunales internacionales en torno al alcance y formación, o incluso existencia del derecho consuetudinario, se ha caracterizado, por “un alto grado de libertad en las “soluciones” propuestas por académicos y jueces”.

Dudas e interrogantes aun no solventadas del todo en torno a la determinación de la “cantidad” de práctica estatal necesaria para constituir una regularidad conductual suficiente para constituir el elemento material o la propia

²⁴ Vieco Maya, L. *La universalización de los derechos humanos*. Analecta Polit. Barcelona, 2009.

naturaleza de la práctica estatal, en tanto existe dificultad para argumentar a favor o en contra de la relevancia de actos y declaraciones como práctica estatal.

Entre las serias dificultades para establecer las normas sobre este tema, que el derecho consuetudinario es, por su propia naturaleza, el resultado de un proceso informal de creación de reglas, así como está atravesada con intensidad por cuestiones controvertidas de la teoría y la ideología.

No obstante, advertiremos seguidamente que el movimiento del TPIY se tornó inconsistente, a veces poco convincente, en la identificación del derecho consuetudinario.

En unos casos llevó a cabo la búsqueda de normas consuetudinarias, ya sea como *opinio juris* o como práctica de los Estados, mediante un proceso que, parecía tautológico, porque lo llevaba de regreso a una de las fuentes primarias, como las convenciones.

En buena medida ello se corrobora con la aplicación de las Convenciones de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977, que el Tribunal destacaba como ejemplos notables de Convenciones contentivas del derecho internacional consuetudinario.

6.2 Problemas de la identificación del derecho consuetudinario internacional

De igual modo, la determinación del derecho consuetudinario estuvo en el fondo de uno de los aspectos más controversiales para el derecho internacional general.

Al considerar la existencia de “elementos jurídicos generales” que compartían cada uno de los delitos enumerados en el Estatuto, y en específico, la naturaleza internacional del conflicto como un requisito previo para la aplicabilidad del artículo 2, así como las infracciones graves contra personas o bienes definidos como “protegidos” por cualquiera de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, la Cámara de Apelaciones del TPIY en el asunto Tadic tuvo que responder preguntas concretas: en qué condiciones jurídicas se puede considerar que las fuerzas armadas que combaten en un conflicto armado interno prima facie actúan en nombre de una potencia extranjera; y en el caso de que el conflicto fuera internacional en todos los momentos, si las víctimas debían considerarse como “personas protegidas”.

Esto hoy tiene la mayor actualidad con el conflicto de guerra entre Rusia y Ucrania, a la postre al final de este conflicto entraran, sin duda las instituciones que hoy estudiamos.

La Cámara de Apelaciones, en este punto, al considerar que el derecho internacional humanitario no contenía ningún criterio exclusivo para establecer cuándo se podía considerar que un grupo de individuos estaba bajo el control de un Estado, consideró necesario examinar la noción de control de un Estado sobre las personas, establecida en el derecho internacional general, más específicamente en las normas internacionales generales sobre la responsabilidad del Estado que establecen los criterios jurídicos para atribuir a un Estado los actos realizados por personas que no tienen el estatuto formal de funcionarios del Estado.

En este punto, la Cámara no consideró correcto el criterio del “control

efectivo” defendido por la Sala de Primera Instancia en la sentencia que exoneró a los inculpados por estos cargos, y que tomaba base en el mismo criterio de la Corte Internacional de Justicia en el asunto Nicaragua.

El Tribunal no solo consideró que el criterio sostenido en el asunto Nicaragua no era convincente de acuerdo a “la lógica misma de todo el sistema de derecho internacional sobre la responsabilidad del Estado”, sino que consideró que “La prueba del «control efectivo» propuesta por la Corte Internacional de Justicia como prueba exclusiva y global está en desacuerdo con la práctica judicial internacional y de los Estados: dicha práctica ha contemplado la responsabilidad del Estado en circunstancias en las que un menor grado de control que se ejerció lo exigido por la prueba de Nicaragua”.

Esta posición no fue sostenida por la Corte Internacional de Justicia con posterioridad en el caso Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), en la cuestión sobre si el genocidio cometido por los serbios en Srebrenica, Bosnia, podía atribuirse a la República Federativa de Yugoslavia.

Luego de establecer que los autores del genocidio en Srebrenica -el general Mladi y otros oficiales-, no eran *de jure* órganos de la República Federativa de Yugoslavia ni podían equipararse a órganos, el Tribunal pasa a valorar si, no obstante, podían considerarse órganos de facto de la República Federativa de Yugoslavia.

En este punto, aplicó el criterio del “control efectivo” desarrollado por la

Corte en Nicaragua, que en su consideración coincidía sustancialmente con las normas desarrolladas por la Comisión de Derecho Internacional en su artículo 80 sobre Responsabilidad del Estado, considerada una norma de derecho consuetudinario en esta materia, y que atribuía a una conducta estatal la responsabilidad por personas o grupos de personas que actuaban “bajo las instrucciones” o “bajo la dirección” o “bajo el control” del Estado.

De modo que para la Corte no era necesario demostrar que las personas que realizaron los actos presuntamente violatorios del derecho internacional estaban en general en una relación de “total dependencia” de sus objetivos o dieran instrucciones específicas sobre la realización de operaciones militares y sobre presuntas violaciones del derecho internacional humanitario.

El Tribunal consideró que se podía considerar que el control exigido por el derecho internacional existía cuando un Estado (o, en el contexto de un conflicto armado, la Parte en conflicto) tiene un papel en la organización, coordinación o planificación de la acción militar del grupo militar, además de financiar, capacitar y equipar u ofrecer apoyo operativo a ese grupo. Tal como resulta el lamentable caso actual de Rusia sobre Ucrania.

De este modo los actos realizados por el grupo o sus miembros pueden considerarse como actos de órganos del Estado de facto independientemente de cualquier instrucción específica del Estado que ejerza control sobre la comisión de cada uno de esos actos.

No obstante, estas divergencias en la interpretación, y sobre todo en la

determinación del derecho consuetudinario, lo importante es extraer como conclusión que todo ello mostraba varios rostros con incidencia directa en el posterior establecimiento de responsabilidad penal de los acusados.

6.3 El principio de legalidad, derecho consuetudinario y su recepción en el derecho internacional

La garantía del respeto de los derechos humanos de presuntos responsables de crímenes internacionales, en los procesos penales que se abren en contra de estos ante jurisdicciones nacionales o internacionales, tienen un soporte fundamental en el cumplimiento de varios principios básicos.

El principio de legalidad, en sus manifestaciones más conocidas, comporta que la responsabilidad solo debe basarse en una prohibición de una conducta preexistente *nullum crimen sine lege*, que a su vez conlleva la irretroactividad de la ley, además de otros requisitos indispensables, como que la prohibición penal de la conducta debe estar escrita y los elementos del delito definidos de modo claro e inequívoco, así como que no debe haber punición sin ley que la establezca.

La adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, de numerosos Pactos Internacionales y Regionales, como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, la Convención Europea y la Convención Americana de Derechos Humanos, así como su incorporación a numerosos ordenamientos jurídicos internos, permitió que el principio de legalidad se convirtiera en un principio básico

de derecho internacional consuetudinario.

Es cierto que el camino para su consagración en el orden internacional ha sido tortuoso, lleno de matizaciones y, en ocasiones, sin el rigor que lo caracteriza hoy día generalmente en los ordenamientos jurídicos nacionales de buena parte del mundo, cuando se advierten diversas interpretaciones en su aplicación práctica.

Entre 1945, final de la segunda guerra mundial hasta 1998, año del establecimiento del Estatuto de la Corte Penal Internacional, el derecho penal internacional, arrastrando el fatigoso peso de la discusión entre la falta de *lex scripta* y su compatibilidad con el principio de legalidad, se movió, como hemos visto en el caso del TPIY, en los marcos de un gran “activismo judicial”.

Precisamente Núremberg confrontó la idea de una vulneración del principio de legalidad con la imperiosa necesidad de hacer justicia por la comisión de graves crímenes contra la paz y la humanidad, en un escenario carente de normas escritas y regidas fundamentalmente por el derecho consuetudinario de la época.

De hecho, como recuerdan varios autores, el principio *nullum crimen* fue considerado, de una manera un tanto flexible, un principio de justicia que no debía impedir el castigo si la justicia así lo requería y ello provocó una deformación o “normativización” del *nullum crimen*, convirtiéndolo en una máxima sustantiva de justicia que exige el castigo siempre que la justicia así lo requiera.

Como se apreciará, se hacía un énfasis marcado en el derecho internacional humanitario, conformado tanto por reglas de carácter convencional como por reglas consuetudinarias.

Estas demarcaban el ámbito de lo permisivo en la actuación del Tribunal para evitar la violación del principio de *nullum crimen sine lege*.

Aun cuando somos conscientes de las dificultades de una consistencia en el contenido de este principio, incluso por el propio TPIY, al menos es conveniente exponer aquellos pronunciamientos que concuerdan con las pautas establecidas por la doctrina y el derecho consuetudinario de los derechos humanos, como aquella en el asunto Vasiljevic, que dejó bien claro: “Bajo ninguna circunstancia el tribunal podrá crear nuevos tipos penales después del hecho que se le imputa a un acusado, ya sea dando una definición a un delito que no tenía hasta el momento, haciéndolo así perseguible y punible, o tipificado como delito un acto que no se produjo hasta el en la actualidad ha sido considerado como criminal”.

6.4 Evaluación del instrumento

Pese a la enorme trascendencia e importancia del TPIY para el desarrollo del derecho penal internacional, nació llevando en sí un peso enorme para cumplir sus funciones, entre la contención de la arbitrariedad por los Tribunales y la definición y la elaboración de las normas existentes.

No podía ser de otra manera, el abundante material legislativo a nivel internacional que pudo servir de soporte como única fuente no existía, y no podía pedírsele tampoco que lo fuera.

La producción normativa en el derecho internacional tiene a los Estados como sus principales productores -ya sabemos que no los únicos- y estos cuecen

su existencia entre muchas contradicciones, atravesados por intereses particulares, por visiones diferentes sobre el papel del orden internacional más allá de sus fronteras. Todo ello, como es lógico, tiene una incidencia negativa en un sector de ordenamiento jurídico escaso de práctica internacional continua y de legislación, paradójicamente urgido en su aplicación de respetar principios y derechos básicos del ser humano que solo pueden llegar a serlos, al menos intentarlo de modo efectivo, en circunstancias diametralmente opuestas.

De lo que no queda dudas es que ello, unido a una metodología inestable, asistemática en la identificación del derecho consuetudinario, impidió certeza, previsibilidad y representó una anulación de principios desarrollados en la dogmática penal -como se conoce en la doctrina y legislación nacional y que no puede ser de otra manera-, en lo atinente al concepto de culpabilidad. Aun así, la tarea de este Tribunal que cierra sus puertas fue de enorme trascendencia en la lucha contra la impunidad y tal vez falte mucho por escribir todavía sobre su impronta.

7. LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONCEPTOS JURISPRUDENCIALES DE DERECHOS HUMANOS

SUMARIO: 7.1 La interpretación evolutiva 7.2 La interpretación evolutiva de la doctrina de derechos humanos hoy

7.1 La interpretación evolutiva

En esta parte nos enfocaremos fundamentalmente la interpretación evolutiva que se realiza en el marco del Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, Convenio de Roma y la Convención Americana de Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969, Pacto de San José.²⁵

Estos instrumentos jurídicos no solo regularon los principales derechos y libertades, sino que, también, dieron origen a dos mecanismos jurisdiccionales de protección de estos derechos: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), entre cuyas funciones se encuentra precisamente interpretar las normas contenidas en estos Tratados y dirimir sobre la observancia que los Estados parte hacen de las obligaciones

²⁵ Vilata, Menadas, S. *El papel de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en la armonización del derecho europeo*. Universidad de Valencia, Valencia, 2005.

contenidas en ambos Tratados.

En primer lugar, es preciso tener en cuenta que los Tratados de Derechos Humanos constituyen modelos de lo que las conclusiones de los trabajos del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional, reflejado en el informe que la Comisión de Derecho Internacional envió, en 2006, a la Asamblea General de las Naciones Unidas, consideró nuevos y especiales tipos de derecho, es decir, regímenes autónomos caracterizados por sus propios principios y valores y formas de conocimientos especializados, que tratan de responder a nuevas necesidades técnicas y funcionales en el objetivo de protección de los derechos humanos, y que para ser eficientes incluyen novedades en las categorías de cláusulas convencionales o de prácticas que quizás no sean compatibles con el antiguo derecho general o con el derecho de otra rama especializada.

En el marco del Derecho Internacional de los derechos Humanos, se ha llegado, incluso, a afirmar la existencia de un riesgo de fragmentación como el principal desafío que resulta de la coexistencia de los sistemas regionales de protección americano, europeo y africano.

En el ámbito de la interpretación de tratados un lugar importante lo ocupa la interpretación “evolutiva” de los Tratados sobre Derechos Humanos y su inevitable relación con las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre derechos de Tratados.²⁶

²⁶ *Idem.*

Como se sabe, la teoría clásica de la interpretación establece cinco métodos tradicionales: el método histórico, que interpreta un Tratado a partir de la intención real de los redactores, cobrando, así, una importancia capital los trabajos preparatorios, el método gramatical o textual, que se concentra en el texto del tratado por considerarse la expresión de la voluntad común de las partes; el contextual o sistémico, que busca el significado de los términos en su contexto más cercano y amplio; el teleológico o funcional, por el que se tiene en cuenta, sobre todo, el objeto y propósito del Tratado; y el método lógico que favorece técnicas racionales de interpretación mediante la utilización de principios abstractos como *per analogiam e contrario*.

En los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional la cuestión, que aparece en el marco del Derecho de Tratados, había sido seleccionada como uno de los temas relevantes a tratar en su primera sesión de 1949.

Sin embargo, no sería hasta 1964, al hilo del Tercer Informe que Sir Humphrey Waldock presenta a la Comisión, que el asunto de la interpretación de Tratados se lleva a discusión en el seno de esta institución.

En efecto, este texto reconocería la existencia de controversias en torno a la utilidad e incluso a la existencia de normas de derecho internacional relativas a la interpretación de los tratados.

La redacción final del texto de la Convención de Viena reconoció que un Tratado debía 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.

Por contexto la Convención entiende en primer lugar el texto, incluido su preámbulo y anexos, además de todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del Tratado o todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

En esta clara formulación los redactores entendieron que los términos del Tratado no se encontraban aislados y su significado solo puede ser determinado considerando el texto del tratado en su totalidad y determinando su objeto y fin.

En el ámbito europeo uno de los primeros casos muy debatido en la asunción y aplicación de las reglas de interpretación de la Convención de Viena, lo constituyó el caso *Golder v. Reino Unido* (1975) resuelto por el TEDH. El caso discutió si el artículo 6.1 de la Convención Europea, que reconocía el derecho a un proceso equitativo en un procedimiento ya existente, incluía además el derecho de acceso a los Tribunales. Una vez que el Tribunal consideró que los artículos del 31 al 33 de la Convención de Viena, pese a no estar en vigor para entonces, expresaban principios del Derecho Internacional generalmente aceptados, se apoya en el artículo 31 de la Convención de Viena para considerar que el proceso de interpretación de un Tratado es una unidad, una sola operación combinada.

Se trataba, de que no se separasen del contexto del tratado el objeto y el fin de este, pues de lo contrario la interpretación por el contexto podría ser demasiado rígida e incluso mecánica.

En la forma en que se abrió la posibilidad de una interpretación teleológica en el artículo 31.1, en el marco de una regla de interpretación que combina los métodos de interpretación conocidos como objetivista -interpretación gramatical cuando se alude al sentido ordinario de sus términos, y lógico- sistemática o contextual, cuando se alude a una interpretación dentro de su contexto-, era clara la intención de que en que se estableciera un conjunto de reglas para determinar la voluntad de las partes, que partiera y se circunscribiera en primer lugar al texto del Tratado.

Sin embargo, la jurisprudencia internacional y la doctrina iuspublicista, destacó la singularidad del derecho internacional de los Derechos Humanos en lo relativo, también, a la interpretación de Tratados.

Un antecedente que marcó esta cuestión se ubica en la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las Reservas a la Convención sobre el Genocidio y los pronunciamientos sobre esta materia de la Comisión Europea de Derechos Humanos.

Aspecto que fue igualmente señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982 relativa al efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención América sobre Derechos Humanos.

La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio

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

Esta particularidad permitiría que, estableciendo un vínculo con la efectividad del Tratado, se comenzara a dar mayor peso a la interpretación ideológica del artículo 31.1 de la Convención de Viena.

Esta interpretación de los Tratados de Derechos Humanos, que apela al objeto y fin del tratado para asegurar una protección efectiva de las garantías de los derechos, brinda una nueva manera de encarar una interpretación siguiendo el objeto y fin del tratado, que no se circunscribe a los contornos establecidos para la interpretación teleológica del artículo 31.1, relacionados con el sentido ordinario de sus términos y con el contexto del tratador.

Ello se explica por la propia adaptación de las reglas del derecho Internacional a ámbitos específicos como es el de los Derechos Humanos. La interpretación teleológica relacionada con el requisito del efecto útil de los Tratados “no supone una divergencia con el Derecho Internacional de Tratados consagrado en la Convención de Viena, pues para este autor la principal función de los Tribunales debe ser proveer un máximo de protección para los derechos humanos o cual será difícil conseguir sino es con base en una interpretación más abierta

vinculada con el desarrollo creativo del derecho internacional, tal y como queda reflejado en la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las Reservas a la Convención sobre el Genocidio.

En este punto, las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos han sido enfáticas en más de una ocasión al señalar que el objeto y fin de los tratados de Derechos Humanos es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos con independencia de su nacionalidad y su situación administrativa y frente a su propio Estado o a cualquier otro.

Conviene destacar, en este sentido, que el artículo 31 no estableció específicamente dónde podían ser identificados el objeto y fin del Tratado.

Esto conllevó a que tradicionalmente se acudiera al Preámbulo o alguna cláusula general en el inicio del Tratado para determinar el objeto y el fin.

En esta línea, los medios de interpretación complementarios del artículo 32 desarrollan una importante labor, pero, en todo caso, se privilegia la determinación del objeto y fin de los Tratados de derechos Humanos.

En cualquier caso, el reconocimiento de nuevos contenidos a lo que constituye el objeto y fin de Tratado no es exclusivo de las Cortes de Derechos Humanos.

Sin embargo, no es menos cierto que en el ámbito propio de los Tratados de derechos humanos, esta reactualización de las reglas de interpretación de la Convención de Viena, que dan una primacía particular a la interpretación teleológica con la referencia al objeto y fin del tratado, provocó una escisión que desvinculó el

objeto y fin del Tratado del sentido corriente de los términos y del contexto del Tratado.

Se trata de una resignificación muy general y abstracta y no se relaciona, en la forma que fue concebido por sus redactores, con el sentido ordinario de sus términos y con el contexto del tratado.

No obstante, esta posición tomaría en cuenta los imperativos de insertar estos instrumentos jurídicos internacionales de protección de los derechos humanos en el marco del Derecho Internacional, aun cuando ensanchara los límites del objeto y fin del Tratado, los dotara de una configuración específica y se definieran características propias, lo que se apoya, indudablemente, en el carácter abierto de los términos.

Las Cortes han venido, en realidad, a complementar y dar sentido a algunas de los métodos contenidos en la Convención de Viena para un ámbito preciso de aplicación de normas internacionales.

Para ello han desarrollado métodos y razonamientos propios que no han sido posibles aplicar, por ejemplo, debido a que su campo de actuación queda perfilado en el marco de las obligaciones propias entre Estados.

Este desarrollo propio de las Cortes, que como en el caso de la Corte Interamericana no se aparta expresamente de las reglas de la Convención de Viena, permiten considerar una adaptabilidad y reacomodo de las diferentes modalidades de interpretación, pero considerando los desarrollos propios de esta rama del derecho en el ámbito internacional.

La especificidad de las obligaciones que entraña este tipo de Tratados, particularidades que ya casi nadie pone en duda, parece constituirse en un criterio general válido que sirve como puerta de entrada para que se detallen reglas más específicas de interpretación, como las reconocidas en el artículo 29 de la Convención americana, y se dote de nuevos sentidos a las modalidades de interpretación del artículo 31.3 de la Convención de Viena.

Es en este sentido que la Convención Americana prevé expresamente determinadas pautas de interpretación en su artículo 29, entre las que alberga el principio *pro persona*, que implican que ninguna disposición de dicho tratado puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados, o bien de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

En este caso se puede incluso afirmar que en esa construcción jurisprudencial de lo que constituye el objeto y fin de los tratados de derechos humanos, para adaptarlos a su compleja realidad, ha estado presente un criterio evolutivo que condicionará después la posibilidad de una interpretación evolutiva de las normas que constituyen el cuerpo de estos Tratados.

Si como veremos seguidamente, la interpretación evolutiva comporta normas que evolucionan para contemplar realidades cambiantes, ello está condicionado en primer orden, por los criterios de valoración evolutiva en la

definición del objeto y la fin del Tratado que no sigue en todos sus pasos, como ya vimos, los criterios para identificar el objeto y fin de un Tratado conforme a la Convención de Viena, y que son los criterios que, en definitiva, otorgan y delimitan la importancia y características de estos Tratados.

Es en este sentido, que la interpretación evolutiva, a partir de considerar los Tratados como instrumentos vivos, no debe tener, en primer lugar, otra justificación que no sea perseguir el objeto y la finalidad de Tratados de Derechos Humanos, que para el caso en cuestión persigue la máxima protección de los derechos humanos.

En tal caso cuando se ha razonado que el artículo 8o de la Convención Europea comprende el derecho de los homosexuales a una vida familiar o que la orientación sexual es una categoría protegida al amparo del artículo 1.1. de la Convención Americana, se está haciendo, en primer término, una interpretación que es compatible con el objeto y finalidad de este tipo de tratado.

7.2 La interpretación evolutiva de la doctrina de derechos humanos hoy

El Derecho Internacional de los derechos Humanos ha supuesto un área de desarrollo propio dentro del marco del Derecho Internacional en su conjunto, en un escenario que tiende cada vez más a encontrar puntos de contactos y de armonización entre ambos.²⁷

²⁷ Rubio Carracedo, José. *Ciudadanía, nacionalismo y derechos humanos* Editorial: Trotta, Madrid, 2000.

Esta realidad acontece con la aceptación de la estructura específica de los Tratados de Derechos Humanos y el continuo desarrollo de la jurisprudencia de los Tribunales en temas no previstos por el Derecho Internacional Público, en el objetivo de garantizar una protección efectiva de los derechos humanos.

En el ámbito propio del régimen de los Tratados establecido por la Convención de Viena, estos síntomas de fragmentación, conducen a replantearse, no obstante, las posibilidades de acople o adaptación de este régimen general con el establecido en los sistemas de protección de derechos humanos mencionados, en cuestiones tales como las reservas y el que nos ocupa, el de la interpretación.

En este punto, las reglas de la Convención de Viena, a partir de los desarrollos propios de las Cortes y la doctrina, permiten considerar una adaptabilidad y reacomodo de las diferentes modalidades de interpretación asumidos por estas Cortes, que debe partir de considerar los desarrollos propios de esta rama del derecho en el ámbito internacional.

8. LAS INSTITUCIONES Y LOS DERECHOS PENDIENTES

SUMARIO: 8.1 Propuestas al Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales 8.2 Los derechos humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 8.3 La situación en el mundo 8.4 Los mecanismos de control en el mundo

8.1 Propuestas al Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

La protección de los derechos económicos, sociales y culturales continúan hoy siendo un tema de permanente debate ante la incapacidad de la comunidad internacional en su conjunto de brindar una protección eficaz a esta categoría de derechos humanos.

Un punto destacado de la cuestión se ubica en la efectividad y justiciabilidad de todos los derechos humanos, cuando aún los derechos económicos y sociales no son considerados por algunos como verdaderos derechos, sino principios, aspiraciones y metas políticas.

El fundamento insistía, desde entonces, en que la garantía de los derechos civiles y políticos imponían obligaciones de abstención por parte del Estado, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales implicaban

obligaciones positivas, por lo que debían ser de aplicación progresiva.

Sin embargo, esta distinción de derechos con base en su aplicación inmediata no puede ser asumida de manera categórica, en tanto el propio Pacto de Derechos Civiles y Políticos contempla la posibilidad de una realización progresiva de ciertos derechos, del mismo modo que el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene disposiciones de aplicación inmediata.

Desde la misma elaboración de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se pudo identificar claramente la apuesta de algunos Estados de Occidente por un énfasis en los derechos civiles y políticos mientras que los Estados socialistas por los derechos económicos, sociales y culturales.²⁸

En este contexto los Estados socialistas privilegiaban el principio de soberanía estatal en el tema de los derechos humanos, al hacer énfasis que se trataba de un asunto de la jurisdicción interna de los Estados, mientras que las posturas defendidas por Francia, Inglaterra y Estados Unidos, partidarios de una mayor defensa de los derechos civiles y políticos, se pronunciaron por un mayor activismo de la comunidad internacional en lo referido a los derechos humanos.

La decisión de elaborar dos pactos en lugar de uno, pasaba por la posición de los países capitalistas sobre el carácter programático de los derechos económicos, sociales y culturales, en contraposición al grupo socialista que hacían fuerza por la elaboración de un solo convenio, posición esta última que contaba con el apoyo mayoritario en la Asamblea General de las Naciones Unidas, en buena

²⁸ Rubio Carracedo, José. *Problemas en la universalización de los derechos humanos*. Diálogos. Deusto. 2001.

medida por contar con el apoyo del grupo de Estados que luego de la descolonización habían pasado a formar parte de la Organización y habían colocado como objetivo prioritario de su política desatar los nudos del subdesarrollo.

Sin embargo, es conocido que después de acordado por la Asamblea General en un primer momento la elaboración de un solo texto, el grupo de países capitalistas en la Comisión de Derechos Humanos insistió en su posición y obligó a volviera hacerse una consulta del tema a la Asamblea General, quien finalmente estuvo a favor de la elaboración de dos pactos.

En este ambiente era claro que los pactos estuvieran marcados por diferentes grados o niveles de implementación para ambas categorías de derechos.

La aplicación de los derechos civiles y políticos se consideraba de aplicación inmediata, conforme el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a diferencia de la aplicación progresiva establecida en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; se creó en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el Comité de Derechos Humanos con la facultad de velar eficazmente a su aplicación y en sus artículos 28 y siguientes se definió su composición, su modo de elección, sus facultades, la fecha de su entrada en vigor, y se estableció en el artículo 36 la obligación del Secretario General de las Naciones Unidas de proporcionar el personal y los servicios necesarios para el desempeño eficaz de sus funciones en virtud del presente Pacto, mientras que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no estableció ningún Comité ni obligación alguna por parte del Secretario General.

De modo más enfático cabría decir que la idea anterior se reflejó fundamentalmente en los mecanismos de control previstos para el cumplimiento de las disposiciones de ambos pactos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos establecía no solo la obligación del Estado de presentar informes, sino también la posibilidad de presentar comunicaciones de aquellos Estados que alegaran la violación del Pacto por otro Estado, lo que se hacía para su recepción y examen mediante un procedimiento establecido ante un órgano de expertos creado específicamente para ejercer como órgano de control, el Comité de Derechos Humanos, encargado de velar por el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el Pacto.

No puede decirse lo mismo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que solamente estableció la obligación de los Estados de presentar informes sobre las medidas y progresos para garantizar el cumplimiento de los derechos ante el Secretario General de Naciones Unidas quien transmitía copias al propio Consejo Económico y Social para su examen, sin que se creara un órgano de control específico.

Pero lo cierto es que la adopción de dos Pactos ha tenido que convivir desde entonces con aquellas posiciones que reclaman reafirmar los criterios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos.

No deja de resultar llamativo, en este orden, que se afirmara con fuerza en la I Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de las Naciones Unidas en Teherán en 1968, a solo dos años después de la adopción de ambos pactos, que los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización

de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible.

La consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social.

Posteriormente la conocida Acta Final de Helsinki, adoptada en la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa en 1975, y en el marco del proceso de distensión que se vivió entonces entre el Este y el Oeste, supuso un paso significativo en el reconocimiento de la estrecha relación entre todos los derechos humanos, cuando los Estados convinieron en plasmar que promoverían y fomentarían el ejercicio efectivo de los derechos y libertades civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y otros derechos y libertades, todos los cuales derivan de la dignidad inherente a la persona humana y son esenciales para su libre y pleno desarrollo, a lo que se agrega el gran salto para el reconocimiento del principio de protección de los derechos humanos como un principio estructural del Derecho Internacional por ambos grupos de Estados.

Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.

El momento actual de esta problemática, tal vez pueda resumirse en la toma

de conciencia de la comunidad internacional con la adopción de la Resolución 70/1, la Declaración “Transformar nuestro Mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible” que fija 17 objetivos y 169 metas de una magnitud enorme y que se inspira en los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, y sus fundamentos los ubica en la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados internacionales de derechos humanos, la Declaración del Milenio, el Documento Final de la Cumbre Mundial 2005, en la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, entre otros.

En este se ha expuesto en el Preámbulo la pretensión de hacer realidad los derechos humanos de todas las personas y alcanzar la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de todas las mujeres y niñas para lo cual los Objetivos y las metas son de carácter integrado e indivisible y conjugan las tres dimensiones del desarrollo sostenible: económica, social y ambiental.

De este modo, se ha destacado los vínculos convergentes entre los derechos económicos, sociales y culturales y la plataforma de los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

Lo pendiente se centra en las personas y se asienta firmemente en los principios de igualdad y no discriminación, preocupándose sobre todo por no dejar a nadie atrás y llegar primero a los más rezagados.²⁹

Además, exige un mayor grado de coherencia de las políticas mundiales y la acción concertada de los Estados Miembros y el sistema de las Naciones Unidas,

²⁹ Ramírez Gloria, coord. Derechos humanos. Puebla: Universidad Autónoma de Puebla, 1998.

así como un sistema de rendición de cuentas más sólido y el establecimiento de asociaciones más dinámicas con todas las partes interesadas.

Si bien los Objetivos de Desarrollo Sostenible no están formulados explícitamente en el lenguaje de los derechos humanos, prácticamente todos ellos coinciden con el contenido de los principales derechos económicos, sociales y culturales.

Varios de los Objetivos se centran específicamente en los derechos económicos, sociales y culturales correspondientes, como el derecho a una alimentación adecuada; el derecho a la salud; el derecho a la educación; el derecho al agua potable y al saneamiento; el derecho a trabajar; y el derecho a un nivel de vida adecuado, incluido el derecho a una vivienda adecuada, y la igualdad de derechos a la propiedad de la tierra y a otros bienes.

Por consiguiente, su aplicación debería ajustarse a las normas internacionales de derechos humanos; sus procesos deberían guiarse por los principios de derechos humanos de igualdad y no discriminación, participación y rendición de cuentas; y debería estar orientada al ejercicio efectivo de los derechos humanos, particularmente los derechos económicos, sociales y culturales, teniendo en cuenta la interdependencia, interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos.”

Sin embargo, no podemos en este punto dejar de reconocer las dificultades que se derivan para la comunidad internacional de establecer obligaciones a los Estados a partir del reconocimiento del desarrollo sostenible como un principio

esencial o estructural del ordenamiento jurídico internacional.

Por supuesto que el punto más importante en el debate en torno a esta diferencia de derechos descansa fundamentalmente en dos cuestiones: los criterios bajo los cuales se puede entender que el Estado no cumple con las obligaciones asumidas en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos y Culturales para garantizar su efectividad y en la posibilidad de ser justiciables en el plano internacional.

Necesario es fijar ante todo el grado o la intensidad de las obligaciones que asume el Estado en el plano internacional para entonces abordar la cuestión de su posible justiciabilidad en el plano internacional.

Se debe clarificar igualmente, en el caso de derechos puntuales, las obligaciones que asumieron los Estados, como es el caso del derecho a una vivienda adecuada, el derecho de las personas discapacitadas, el derecho de las personas mayores, el derecho a una alimentación adecuada, el derecho a la educación, el derecho al agua, el derecho al trabajo, el derecho a la seguridad social.

Sin embargo, esta realización de los derechos económicos, sociales y culturales condicionados a cuando se pueda, tomando en cuenta la realidad económica de los Estados, plantea siempre un trato discriminatorio para este tipo de derechos, que no podemos perder de vista, responde y replica a un nivel discursivo una realidad con la que no contrasta, la realidad de un camino tortuoso que inevitablemente demandaría, para su cumplimiento efectivo, cambios

estructurales a nivel de los Estados y del orden internacional que están muy lejos de producirse aún.

El mayor obstáculo de fondo que encuentra la efectividad y justiciabilidad de los derechos económicos y sociales reside en una desigualdad económica y social estructural impuesta por un orden económico internacional que ha abierto brechas enormes en el desarrollo de Estados que han pasado a denominarse indistintamente como Estados del primer mundo y Estados del tercer mundo, Estados industrializados y Estados en vías de desarrollo, etc.

En realidad, no puede decirse sea el mejor momento para la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, ni para que los Estados, hasta ahora incapaces de resolver los grandes problemas sociales y económicos de la humanidad, consientan crear mecanismos efectivos para hacer justiciables en la esfera internacional y nacional estos derechos.

Un replanteo estructural del orden económico internacional, y una recomposición de las economías en función del hombre y no del capital, son condicionantes de inicio para que todo ello sea posible.

Bastaría con echar una ojeada a algunos indicadores en torno a la pobreza para corroborar esto. El Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2020, una revisión del progreso en el tercer año de implementación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, muestra aún un panorama desconsolador, pues si bien la tasa de pobreza extrema ha disminuido, la última estimación global sugiere que en 2013 el 11% de la población del mundo, 783 millones de personas, vivía por debajo

del umbral de la pobreza extrema; la proporción de personas con nutrición insuficiente en el mundo aumentó de 10,6% en 2015 a 11% en 2016, lo que representa un aumento a 815 millones de personas en el mundo en 2016, de los 777 millones que había en 2015; en 2021, 151 millones de niños menores de cinco años sufrían de retraso de crecimiento (baja estatura para su edad), 51 millones sufrían de emaciación (bajo peso para su altura) y 38 millones tenían sobrepeso.

Se hace evidente al menos en el discurso político la urgencia de mejores indicadores para el pleno ejercicio de los derechos humanos en el mundo, del mismo modo que se asiste a una cierta tendencia a desideologizar el debate por parte de algunos órganos de Naciones Unidas para insistir en el compromiso y la obligación de todos los Estados en esta materia.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha considerado que el compromiso de adoptar medidas por todos los medios apropiados, incluyendo la adopción de medidas legislativas, no excluye a cualquier tipo específico de gobierno o de sistema económico como vehículo para la adopción de las medidas en cuestión.

Sin embargo, no podrá encararse este problema realmente si las causas que lo generan subsisten a lo interno de los Estados y en el plano internacional se impone la lógica de un primer mundo que cada vez encuentra mejores condiciones de vida y un tercer mundo que se pudre en la indigencia y el hambre.

No ayudan análisis que se desentiendan del hombre como centro de toda reflexión, y no ponderen las relaciones de cooperación, complementariedad y

solidaridad por encima del saqueo de riquezas, de la expansión inescrupulosa y sin límites del capital, que no cuestione la preponderancia del mercado en la vida de los hombres, y la importancia cada vez más preocupante del consumo en las sociedades modernas.³⁰

En muchos países desarrollados y países en desarrollo, las instituciones financieras multilaterales y regionales han promovido reformas de la legislación laboral en el marco de políticas de austeridad, en el supuesto de que ello impulsaría el crecimiento económico y prevendría las crisis de la deuda o contribuiría a superarlas.

En muchos casos, esas instituciones han recomendado o insistido en que, como condición de sus préstamos, se flexibilice el mercado de trabajo mediante la desregulación, la reducción del sector público y la congelación o reducción de los salarios y los beneficios sociales relacionados con el trabajo con el fin de reducir el gasto público.

Así pues, atendiendo a esas recomendaciones, muchos gobiernos nacionales han reducido o eliminado ciertos derechos laborales -a veces bajo fuertes presiones- con la esperanza de superar sus dificultades financieras.

Por ello las políticas de austeridad impuestas por el gobierno de Andrés Manuel López Obrador tienden a cumplir más con los compromisos bancarios internacionales que con un desarrollo real del poder adquisitivo de la población,

³⁰ Trindade, Antonio Augusto Cancado. Derecho internacional de los derechos humanos: esencia y trascendencia: (votos en la corte Interamericana de derechos humanos, 1991-2006). México: Editorial Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2007.

minimizando su desarrollo efectivo.

Como es de suponer todo ello ha tenido consecuencias nefastas para garantizar la efectividad de algunos derechos económicos, sociales y culturales.

En muchos casos, las medidas de austeridad y las reformas del mercado de trabajo han contravenido las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos, han menoscabado los derechos laborales y se han traducido en un retroceso de la igualdad de género en el ámbito laboral.

Las reformas han contribuido a un aumento de la desigualdad y la precarización e informalización del empleo; han fomentado la discriminación en el mercado de trabajo contra los jóvenes y los mayores y las personas pertenecientes a grupos sociales marginados; y han ocasionado la reducción de las prestaciones por desempleo y otras prestaciones sociales relacionadas con el trabajo.³¹

8.2 Los Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR, por sus siglas en inglés) es un órgano compuesto de 18 expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por sus Estados partes.

El Comité se creó en virtud de la Resolución ECOSOC 1985/17 del 28 de

³¹ Trindade, Antonio Augusto Cancado. El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI. Santiago de Chile/México: Jurídica de Chile, 2001.

mayo de 1985 para llevar a cabo las funciones de seguimiento asignadas al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) en la Parte IV del Pacto.

En el devenir de la segunda mitad del siglo XX, donde se ha puesto énfasis en expandir en el plano universal un marco normativo e institucional eficaz en la protección de los derechos humanos, el acceso directo del individuo a órganos jurisdiccionales de carácter internacional, o, en otras palabras, el *ius standin* o la legitimación activa del individuo ante órganos de esta naturaleza, constituye aún un tema pendiente para la comunidad internacional.

Más aún, si se trata de crear instancias jurisdiccionales para hacer justiciables los derechos económicos, sociales y culturales, cuando es una realidad que los propios Estados del conjunto de la comunidad internacional, sin cuyo consentimiento tales instancias no pueden crearse ni tener jurisdicción en sus asuntos internos, se resiente en sus ordenamientos jurídicos nacionales de deficientes sistemas de protección y garantías de estos derechos.

En el ámbito de los derechos civiles y políticos, la posibilidad de la aplicación inmediata de las disposiciones contenidas en el Pacto y la convicción de que era posible en mayor medida garantizar su efectividad, no solo permitió incluir en el mismo Pacto un Comité de Derechos Humanos para velar por su aplicación, sino que en 1976 entró en vigor un Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, que estableció un mecanismo de presentación de denuncias por presuntas violaciones, en la que los Estados partes reconocían la competencia del Comité de Derechos Humanos para recibir las denuncias de las personas que se encontraran bajo su jurisdicción y que alegaran ser víctimas de

violaciones de los derechos reconocidos en el mencionado Pacto.

Se estableció la competencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para recibir y examinar comunicaciones provenientes de personas o grupo de personas bajo la jurisdicción de un Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto.

No se trata de un órgano jurisdiccional que esté facultado para dictar sentencias u otro tipo de resoluciones obligatorias para los Estados, ya sea por las medidas provisionales que pueden adoptar ante circunstancias excepcionales a fin de evitar posibles daños irreparables a la víctima o las víctimas de la supuesta violación, o por el dictamen que elabora después de examinar la comunicación y que hace llegar a las partes interesadas.

Para este momento se establece que el Estado debe dar la debida consideración al dictamen, así como a sus recomendaciones, y en un plazo de seis meses dar una respuesta por escrito que incluya información sobre toda medida que haya adoptado a la luz del dictamen y las recomendaciones del Comité.

8.3 La situación en el mundo

En el mundo la protección de los derechos económicos, sociales y culturales también ha sido de la atención de otros órganos, organismos especializados y programas de las Naciones Unidas, así como contenido de convenios específicos

de protección de derechos humanos.³²

Existe una dimensión institucional y normativa que se manifiesta con fuerza en la protección de los derechos humanos de titulares concretos en el proceso de especificación que acontece en el Derecho internacional de los derechos humanos, con una comprensión interdependiente e indivisible entre todos los derechos humanos.

Ello se ha ido reforzando con una tendencia a brindar un acceso directo al individuo a estos mecanismos internacionales de protección, aunque habría que decir que es un camino largo en el que no se han dado todos los pasos necesarios, como sí ya se muestra con fuerza en el plano regional.

En este marco se reconoce la existencia de un sistema universal especializado en los derechos humanos laborales, con la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1919, la Declaración de Filadelfia de 1944 y la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento de 1998.

Entre los cometidos de la Organización Internacional del Trabajo se encuentra la adopción de normas internacionales del trabajo y la promoción de la ratificación y aplicación de las normas en cuestión en sus Estados Miembros, así como el control de su aplicación.

Estos convenios y recomendaciones son aprobadas en la Conferencia

³² Concha Malo, Miguel. Los derechos humanos de los excluidos. México: Academia Mexicana de Derechos Humanos, 1997.

Internacional Anual, con la participación de los representantes de los Estados miembros y los representantes de las organizaciones de empleadores y trabajadores de Estados miembros.

De igual forma la protección de derechos económicos, sociales y culturales se encuentra en un grupo importantes de convenciones en esta materia para titulares concretos.

Así, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, que entendería por discriminación racial toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

En consecuencia, los Estados se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, en el goce los derechos económicos, sociales y culturales, en particular el derecho al trabajo, a la libre elección de trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo, a igual salario por trabajo igual y a una remuneración equitativa y satisfactoria; también el derecho a fundar sindicatos y a sindicarse; el derecho a la vivienda; el derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales; el derecho a la educación y la formación profesional; el derecho a participar, en condiciones de igualdad, en las

actividades culturales; el derecho de acceso a todos los lugares y servicios destinados al uso público, tales como los medios de transporte, hoteles, restaurantes, cafés, espectáculos y parques.

En relación con la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en igual sentido se expresa que discriminación contra la mujer denotaría toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Los Estados partes mediante esta Convención se comprometen a tomar “en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.

De un modo enfático la Convención establece que los Estados Partes adoptarían todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, entre ellos, el derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano; el derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de

selección en cuestiones de empleo; el derecho a elegir libremente profesión y empleo; el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio; el derecho a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico; el derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo; el derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas; el derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción, entre otras.

En cuanto a los derechos de la infancia, se registra la incorporación de un catálogo amplio de derechos de contenido social, económico y cultural en una variedad de situaciones en las que se pueden encontrar los niños.

En tal sentido, se estableció la obligación de los Estados partes en adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en Convención, con un enfoque especial para los derechos económicos, sociales y culturales, donde se estableció expresamente que los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

Por su parte la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, establece, entre

otras disposiciones, que ningún trabajador migratorio o familiar suyo será sometido a esclavitud ni servidumbre ni a realizar trabajos forzosos u obligatorios; establece el goce de un trato que no sea menos favorable que el que reciben los nacionales del Estado de empleo en cuanto a la remuneración y condiciones de; también el derecho a participar en las reuniones y actividades de los sindicatos o de cualesquiera otras asociaciones con miras a proteger sus intereses económicos, sociales, culturales, del mismo modo a afiliarse libremente a cualquier sindicato o asociaciones; también el derecho a gozar del mismo trato que los nacionales respecto a la seguridad social en la medida en que cumplan los requisitos previstos en la legislación aplicable de ese Estado o en los tratados bilaterales y multilaterales aplicables; el derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado; el derecho de los hijos de los trabajadores migratorios de acceder a la educación en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate, entre otros.

También la protección de esta categoría de derechos se encuentra en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, cuyo propósito es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.

Entre tantos otros, se reconoce el derecho de las personas con discapacidad a la educación, a la salud, al trabajo y empleo, a un nivel de vida adecuado y protección social, etcétera.

8.4 Los mecanismos de control en el mundo

Los mecanismos de control establecidos en cada una de las Convenciones, muestran avances significativos en la asunción de obligaciones en materia de derechos humanos, si lo observamos desde una perspectiva histórica, pero muestra a su vez la escasa voluntad de los Estados de asumir las consecuencias jurídicas, por medio de mecanismos de control contenciosos, que puedan derivarse del incumplimiento de algunas de las disposiciones de estas Convenciones.³³

En general, se puede afirmar que el sistema de informes y de comunicaciones no despliega las consecuencias jurídicas deseables como mecanismo de control para el cumplimiento de las disposiciones de los Tratados.

En cuanto a los convenios y recomendaciones de la OIT, esta organización ha establecido varios tipos de control para el cumplimiento de sus disposiciones, un procedimiento regular de control y procedimientos especiales de control.

En relación al mecanismo regular de control de la observancia de las obligaciones establecidas en los convenios y recomendaciones o relacionadas con ellos, se encargó, por resolución adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su octava reunión en el año 1926, a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y a la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia, el examen de las memorias anuales previstas por el artículo 22 de la Constitución y relativas a las medidas tomadas por los Miembros

³³ Beuchot, Mauricio. Derechos humanos: historia y filosofía. México: Fontamara, 1999.

para dar efecto a las disposiciones de los convenios que han ratificado, así como las informaciones facilitadas por los Miembros sobre los resultados de las inspecciones; también las informaciones y las memorias comunicadas por los Miembros, y las recomendaciones; y las informaciones y las memorias relativas a las medidas adoptadas por los Miembros.

En relación con los procedimientos especiales de control, estos se entienden en la posibilidad de reclamaciones y de quejas. En relación con las reclamaciones respecto a la aplicación de un convenio, la Constitución de la OIT establece que Toda reclamación dirigida a la Oficina Internacional del Trabajo por una organización profesional de empleadores o de trabajadores en la que se alegue que cualquiera de los Miembros no ha adoptado medidas para el cumplimiento satisfactorio, dentro de su jurisdicción, los tratados en la recomendación, precisando en qué medida se han puesto o se propone poner en ejecución las disposiciones de la recomendación, y las modificaciones que se considere o pueda considerarse necesario hacer a estas disposiciones para adoptarlas o aplicarlas.

En cuanto al procedimiento de queja respecto a la aplicación de un convenio, el artículo 26 de la Constitución de la OIT establece la posibilidad de que cualquier miembro presente ante la Oficina Internacional del Trabajo una queja contra otro miembro cuando considere no haya adoptado medidas para el cumplimiento satisfactorio de un convenio que hubieren ratificado ambos.

El Consejo de Administración podría nombrar una comisión de encuesta encargada de estudiar la cuestión planteada, e informar al respecto, o podría comunicar la queja al gobierno requerido antes de someter el asunto a una comisión

de encuesta a los efectos de recibir una respuesta, lo que no obsta para que si la respuesta no satisface al Consejo de Administración pueda nombrar la referida comisión de encuesta.

Entre los procedimientos especiales también cuenta un procedimiento específico de quejas por violación de la libertad sindical, las que deben proceder de organizaciones de empleadores o de trabajadores o de gobiernos, ya sea una organización nacional directamente interesada en el asunto, una organización internacional de empleadores o de trabajadores que tenga estatuto consultivo con la OIT o cualquier otra organización internacional de empleadores o de trabajadores, cuando las quejas se refieran a asuntos que afecten directamente a organizaciones afiliadas a la misma.

Las quejas, que pueden presentarse independientemente de que el Estado demandado haya o no ratificado alguno de los convenios relacionados con la libertad sindical, el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración, órgano tripartito del Consejo de Administración, es quien examina las quejas de violación de la libertad sindical y somete sus conclusiones y recomendaciones al Consejo de Administración.

No obstante, el Comité dispone de cierto margen de apreciación para juzgar la admisibilidad de la queja, habida cuenta de la calidad de querellante.

En efecto, en virtud del procedimiento especial de la OIT para el examen de quejas por violaciones al ejercicio de la libertad sindical, el Comité goza de entera libertad para decidir si una organización puede ser considerada como organización

profesional desde el punto de vista de la Constitución de la OIT, y no se considera ligada por ninguna definición nacional de ese término.

En el caso de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, los Estados asumen la obligación de presentar ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, por medio del Secretario General de las Naciones Unidas, un informe sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole que hayan adoptado y que sirvan para hacer efectivas las disposiciones de la Convención.

Esto debe realizarse dentro del plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Convención para el Estado de que se trate y, posteriormente, cada dos años o cuando el Comité lo solicite.

Del mismo modo los Estados partes pueden tramitar comunicaciones al Comité cuando consideren que otro Estado parte no cumple las obligaciones de la Convención, la cual es remitida al Estado interesado, que dentro de tres meses debe presentar al Comité explicaciones o declaraciones por escrito para aclarar la cuestión y exponer qué medida correctiva hubiere, en su caso, adoptado. Cuando el asunto no se resuelve a satisfacción de ambas partes, mediante negociaciones bilaterales o algún otro procedimiento adecuado, se sigue un procedimiento en la que se crea una Comisión Especial de Conciliación, que culmina con una tibia y poca contundente solución: se elabora un informe con las conclusiones sobre todas las cuestiones de hecho pertinentes al asunto planteado entre las partes y con las recomendaciones que la Comisión considere apropiadas para la solución amistosa de la controversia.

Por su parte la Convención sobre los Derechos del niño, estableció un Comité en la que se sigue la práctica de informes de los Estados partes por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, donde se indicarán las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos en el plazo de dos años a partir de la fecha de entrada en vigor para cada Estado Parte y, en lo sucesivo, cada cinco años.

La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares igualmente estableció un Comité para observar la aplicación de sus disposiciones, en la que establece un similar procedimiento de informes por parte de los Estados, que presentarán al Secretario

General de las Naciones Unidas para su examen por el Comité en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Convención para el Estado Parte de que se trate, luego cada cinco años o cada vez que el Comité lo solicite, con un curso similar a los anteriores.

9. LOS TEMAS PENDIENTES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

SUMARIO: *9.1 Los derechos en ciernes 9.2 La jurisprudencia consultiva 9.3 Los obstáculos al cambio*

9.1 Los derechos en ciernes

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana en Bogotá, unos meses antes de la propia Declaración Universal de Derechos Humanos, no tuvo reparos en incorporar tanto derechos políticos y civiles como aquellos definidos como derechos económicos, sociales y culturales.

La Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, por su parte, redactada en una conferencia especializada interamericana convocada por la Organización de Estados Americanos (OEA), y entrada en vigor en 1978, es fruto del espíritu divisivo entre los derechos humanos que animó a la elaboración de dos pactos internacionales y a la elaboración de la Convención Europea de Derechos humanos, cuando se inclinó por recoger en su articulado únicamente los derechos civiles y políticos, y señala que los Estados Partes se comprometen a adoptar a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica

y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

La ausencia de derechos económicos, sociales y culturales en el texto de la Convención y la remisión a encontrar estos derechos en la normativa de la Carta de la OEA, los que a su vez debían alcanzar una plena efectividad de manera progresiva, mostraba un panorama no alentador para la protección y garantía de estos derechos en el continente americano.

Un momento importante en esta materia en el continente, acontecería el 17 de noviembre de 1988 en San Salvador, cuando fue adoptado en el decimoctavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”.

Desde el mismo Preámbulo se expresaba la consideración de 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 otros.

El Protocolo recogería importantes derechos de carácter social como el derecho al trabajo, derechos sindicales, derecho a la seguridad social, derecho a la salud, derecho a un medio ambiente sano, derecho a la alimentación, derecho a la educación, derecho a los beneficios de la cultura, entre otros.

El artículo 1o del Protocolo establecía, no obstante, como ha sido tendencia en la protección de este tipo de derechos, que la adopción de medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica se realizaría hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, para la plena efectividad de estos derechos de manera progresiva y de acuerdo a la legislación interna de los Estados.

En un marco general, en el sistema interamericano se ha destacado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la aplicación del artículo 26 de la Convención en temas como el derecho a una vivienda, el derecho a la educación, el derecho a la salud, entre otros.

En los últimos años importantes posturas han puesto énfasis en la protección de este tipo de derechos, como las Normas para Elaboración de Informes Periódicos Previstos en el Artículo 19 del Protocolo de San Salvador de 2005, aprobadas por la Asamblea General de la OEA; la Carta Social de las Américas, aprobada por los ministros de Relaciones Exteriores del continente en 2012; la creación de la Unidad sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales por la Comisión Interamericana en 2012 que se transformó en 2017 en la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales.

En lo concerniente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, importantes pronunciamientos han tenido en materia de derechos económicos, sociales y culturales, ya sea por vía por de la jurisdicción consultiva como por jurisdicción contenciosa.

9.2 La jurisprudencia consultiva

En cuanto a la llamada “jurisprudencia consultiva”, si bien no se han presentado consultas dirigidas expresamente a dilucidar esta materia, algún autor señala que ya tuvo tiempo de pronunciarse en la Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, a partir de una consulta formulado por Costa Rica en torno a la naturalización en Costa Rica de mujeres extranjeras que se casan con nacionales costarricenses, donde la Corte sostuvo que no se justifica y debe ser considerada como discriminatoria la diferencia que se hace entre los cónyuges en el párrafo 4 del artículo 14 del proyecto para la obtención de la nacionalidad costarricense en condiciones especiales por razón del matrimonio.

Este asunto puede considerarse como en efecto ha ocurrido desde la perspectiva de la igualdad de todas las personas ante la ley, en general, con la consiguiente proscripción de medidas discriminatorias, y desde el ángulo de la igualdad de género, en particular, que constituye uno de los capítulos clásicos del Derecho Social.

En el sistema interamericano la jurisprudencia ha optado por desarrollar los derechos sociales por medio de los derechos civiles y políticos recogidos en la

Convención, ante el déficit de una justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales.

El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo.

En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no solo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna.

Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él.

Esta referencia a condiciones que le garanticen una existencia digna ponía en el debate la inevitable relación del derecho a la vida con los derechos sociales y económicos con todas las consecuencias que ello trae para el ámbito de su justiciabilidad.

El derecho a la vida implica no solo la obligación negativa de no privar a nadie de la vida arbitrariamente, sino también la obligación positiva de tomar las medidas necesarias para asegurar que no sea violado aquel derecho básico.

Dicha interpretación del derecho a la vida, de modo que abarque medidas

positivas de protección por parte del Estado, encuentra respaldo hoy día tanto en la jurisprudencia internacional como en la doctrina (...) El deber del Estado de tomar medidas positivas se acentúa precisamente en relación con la protección de la vida de personas vulnerables e indefensas, en situación de riesgo, como son los niños en la calle.

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 humanos.

Cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los niños de la calle, los hacen víctimas de una doble agresión.

En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece.

En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida.

No podemos desconocer en todo esto, que el debate más crudo en torno a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano se ha planteado en torno al alcance del artículo 26 de la Convención en relación con el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador.

9.3 Los obstáculos al cambio

En el ámbito jurisprudencial, como ya se ha dicho, la cuestión está atravesada por “barreras conceptuales e ideológicas” que han llevado a asumir varias líneas argumentativas.

Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente.

Este fue el argumento de la Corte en aquel caso para desestimar la solicitud de pronunciamiento sobre el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales en el Perú. Resaltaba a primera vista, que la Corte aludiera a una dimensión tanto individual como colectiva de los derechos económicos, sociales y culturales y seguidamente argumentara que el desarrollo progresivo de estos

derechos se debía 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. Esto despertó reflexiones importantes en el voto concurrente del juez Sergio Ramírez, en tanto consideró que esa dimensión individual se traduce en una titularidad asimismo individual: de interés jurídico y de un derecho correspondiente, que pudieran ser compartidos, por supuesto, con otros miembros de una población o de un sector de este.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

PRIMERA. En lo concerniente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, importantes pronunciamientos que no han sido incorporados han tenido en materia de derechos económicos, sociales y culturales, ya sea por vía por de la jurisdicción consultiva como por jurisdicción contenciosa. Es innegable que la dignidad humana no puede pasar por alto los derechos aquí señalados; es bueno que se tenga tradicionalmente, históricamente el derecho a la vida como el derecho humano por excelencia, pero la vida sin posibilidades económicas, sin un desarrollo social armónico y sin una raigambre cultural es incompleta.

SEGUNDA. Como consecuencia de la anterior conclusión, en el sistema interamericano la jurisprudencia ha optado por desarrollar los derechos sociales por medio de los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, ante el déficit de una justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales; esto significa que no solo la interpretación de los textos se ha de dar de modo evolutivo, sino incluyéndolos, no por vía de doctrina sino de norma.

TERCERA. Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la

creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente.

CUARTA. En el ámbito jurisprudencial, como ya se ha dicho, la cuestión está atravesada por “barreras conceptuales e ideológicas” que han llevado a asumir varias líneas argumentativas.

QUINTA. Es en este sentido, que la interpretación evolutiva, a partir de considerar los Tratados como instrumentos vivos, no debe tener, en primer lugar, otra justificación que no sea perseguir el objeto y la finalidad de Tratados de Derechos Humanos, que para el caso en cuestión persigue la máxima protección de los derechos humanos.

BIBLIOGRAFIA

Aguiar Aranguren, Asdrubal. Cultura de paz y derechos humanos: año internacional de la cultura de paz. Caracas: UNESCO/Universidad Católica Andrés Bello, 2000.

Álvarez Ledesma, Mario I. Acerca del concepto derechos humanos. México: McGraw-Hill, 1998.

Amnistía Internacional. Brasil "aquí nadie duerme tranquilo": violaciones de derechos humanos contra detenidos y presos. Madrid: Amnistía Internacional/Los libros de Catarata, 1999.

Amnistía Internacional. Defensores de los derechos humanos en Latinoamérica: más protección, menos persecución. Madrid: Amnistía Internacional

Asociación Pro Derechos Humanos. 50 años de derechos humanos. Madrid: Fundamentos, 2000.

Auping, John, et al. El Análisis económico de los derechos humanos. México: Universidad Iberoamericana/Instituto de Investigaciones sobre Desarrollo Sustentable y Equidad Social/Plaza y Valdés, 2004.

Becerra Ramírez, Manuel, coord. La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento. México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

- Beltrán Gaos, Mónica. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México. Valencia: Universitat Politècnica de València, 2005.
- Beuchot, Mauricio. Derechos humanos: historia y filosofía. México: Fontamara, 1999.
- Buergenthal, Thomas, y Judith V. Torney. Los derechos humanos: Una nueva conciencia internacional. Buenos Aires: Distribuidora argentina, 1978.
- Cano Valle, Fernando; M. L. Ramírez García; y H. A. del Castillo, coords. Bioética y derechos humanos. México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992.
- Carpizo, Jorge, y Miguel Carbonell, coords. Derecho a la información y derechos humanos. México: Miguel Ángel Porrúa/Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- Castro, Fidel, et al. Cuba de los derechos humanos. La Habana: Ciencias Sociales, 1990.
- Caz, Rosario del; P. Gibosos; y M. Saravia. La ciudad y los derechos humanos: una modesta proposición sobre derechos humanos y práctica urbanística. Madrid: Nueva Utopía, 2002.
- Comisión Nacional de derechos Humanos (CNDH). Bibliografía general sobre derechos humanos. México: Comisión Nacional de Derechos humanos/Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992.

Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH). Ciclo de Conferencias y Mesas Redondas “Globalización y Derechos Humanos”. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2005.

Concha Malo, Miguel. Los derechos humanos de los excluidos. México: Academia Mexicana de Derechos Humanos, 1997.

Crawford Brough, Macpherson. La democracia liberal y su época. Madrid: Alianza, 2003.

Díaz Müller, Luis. Bioética, salud y derechos humanos. México: Editorial Porrúa, 2001.

Díez Quintana, Juan Antonio. 205 preguntas y respuestas sobre garantías individuales y derechos humanos. México: Pac, 2005.

Eroles, Carlos; M. M. Gagneten; y A. Sala. Antropología, cultura popular y derechos humanos. Buenos Aires: Espacio, 2004.

Estévez López, Ariadna, et al. Compilación de instrumentos nacionales e internacionales sobre VIH/Sida y derechos humanos. México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2002. (LIBRUNAM: K3575.A43 C65)

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Miguel Carbonell. Compendio de derechos humanos: textos, prontuario y bibliografía. México: Editorial Porrúa/Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2004.

Galvis Ortiz, Ligia. Comprensión de los derechos humanos: una visión para el siglo

XXI. Bogotá: Aurora, 2005.

Gamboa, César, et al. Aportes andinos sobre derechos humanos: investigaciones monográficas. Quito: Universidad Andino Simón Bolívar-Sede Ecuador/Abya yala, 2005.

Ignatieff, Michael. Los Derechos humanos como política e idolatría. Barcelona: Paidós Ibérica, 2003.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Catálogo de material didáctico educación en derechos humanos. Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Amnistía Internacional, 1995.

Lasagabaster Herrarte, Iñaki, et al. Convenio europeo de derechos humanos: comentario sistemático. Madrid: Civitas, 2004.

Olmos Giupponi, María Belén. Derechos humanos e integración en América Latina y el Caribe. Valencia: Tirant lo Blanch/Universitat de València, 2006.

Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando. La cuestión étnico nacional y derechos humanos: el etnocidio: los problemas de la definición conceptual. México:

Porrás del Corral, Manuel. Biotecnología, derecho y derechos humanos. Córdoba: Publicaciones Obra Social y Cultural Caja Sur, 1996.

Ramírez Gloria, coord. Derechos humanos. Puebla: Universidad Autónoma de Puebla, 1998.

Raoul, Marion. Declaración universal de derechos humanos y realidades surafricanas. Barcelona: Serbal/París: UNESCO, 1984.

Rodríguez Palop, María E. Derechos culturales y derechos humanos de los inmigrantes. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2000.

Rodríguez y Rodríguez, Jesús. Antología Clásicos Mexicanos de los derechos humanos: De la conquista a la independencia. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991.

Rodríguez y Rodríguez, Jesús. Antología clásicos mexicanos de los derechos humanos: De la independencia a la constitución vigente. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1991.

Rodríguez y Rodríguez, Jesús. Antología de clásicos mexicanos de los derechos humanos: De la constitución vigente a nuestros días. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1993.

Rubio Carracedo, José; J. M. Rosales; y M. Toscano Méndez. Ciudadanía, nacionalismo y derechos humanos. Madrid: Trotta, 2000.

Ruiz de la Cuesta, Antonio, coord. Bioética y derechos humanos: implicaciones sociales y jurídicas. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2005.

Sandoval Vargas, Graciela, y Edgar Corzo Sosa. Criterios jurídicos de las recomendaciones de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (1990-2005). México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

Sebastián, Luis de. De la esclavitud a los derechos humanos: la formación del pensamiento solidario. Barcelona: Ariel, 2000.

Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE). Compendio de normas e instrumentos

nacionales e internacionales relativos a la protección de los derechos humanos de las mujeres migrantes. México: Secretaría de Relaciones Exteriores/Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer, 2006.

Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE). Compilación de recomendaciones a México de los mecanismos internacionales y comités de derechos humanos de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos. México: Secretaría de Relaciones Exteriores, 2003.

Stavenhagen, Rodolfo. Derecho indígena y derechos humanos en América Latina. México: El Colegio de México/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1988.

Stavenhagen, Rodolfo. Derechos humanos de los pueblos indígenas. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2000.

Stavenhagen, Rodolfo. Derechos humanos y cuestiones indígenas: informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. México: Organización de Naciones Unidas Consejo Económico y Social, 2003.

Szczaranski, Clara Leonora. Culpabilidades y sanciones en crímenes contra los derechos humanos: otra clase de delitos. Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica, 2004.

Trindade, Antonio Augusto Cancado. Derecho internacional de los derechos humanos: esencia y trascendencia: (votos en la corte Interamericana de derechos humanos, 1991-2006). México: Editorial Porrúa/Universidad

Iberoamericana, 2007.

Trindade, Antonio Augusto Cancado. El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI. Santiago de Chile/México: Jurídica de Chile, 2001.

Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996.